上海市嘉定区人民法院

民 事 判 决 书

（2018）沪0114民初2033号

原告：上海丽彤铸造材料有限公司，住所地上海市嘉定区。

诉讼代表人：唐鹏，该公司监事。

委托诉讼代理人：庄侃，上海科尚律师事务所律师。

委托诉讼代理人：华振宇，上海科尚律师事务所律师。

被告：端木佳杰，男，1983年9月10日生，汉族，住江苏省。

委托诉讼代理人：殷忠刚，上海普世(昆山)律师事务所律师。

委托诉讼代理人：潘佳雯，上海普世(昆山)律师事务所律师。

原告上海丽彤铸造材料有限公司(以下简称丽彤公司)与被告端木佳杰间损害公司利益责任纠纷一案，本院于2018年1月22日受理后，依法适用普通程序，公开开庭进行了审理。原告委托诉讼代理人庄侃、华振宇、被告委托诉讼代理人殷忠刚、潘佳雯均到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告向本院提出诉讼请求：被告将违反公司法竞业禁止规定所得归还原告并赔偿损失合计300万元(暂定)。

事实及理由：2008年1月16日，原告丽彤公司设立，由张某1担任公司法定代表人及执行董事。2013年9月4日，张某1退股，部分股权转让给被告。后由被告担任丽彤公司执行董事及法定代表人。2014年9月至2015年3月期间，被告担任案外人昆山帝邦铸造科技有限公司(以下简称帝邦公司)的法定代表人及执行董事，并持有帝邦公司50%的股权。2017年3月至今，被告在案外人苏州都邦材料科技有限公司(以下简称都邦公司)任职监事，并持有都邦公司49%的股权。帝邦公司及都邦公司的经营范围与原告均属同类业务。被告的行为已经违反公司法第一百四十八条第一款第五项的规定，即董事、高级管理人员不得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。被告的行为给原告丽彤公司造成巨大损失，故原告要求将被告在上述两家公司的违法收入归入丽彤公司，并赔偿损失。

审理中，原告明确其主张的所得收入指的是被告从都邦公司、帝邦公司处获得的分红、工资收入以及被告对外转让帝邦公司股权得到的股权转让价款；原告主张的赔偿损失指的是因被告的侵权行为导致原告的预期利益损失，预期利益损失计算方式为：以2013年9月之前及2013年9月之后原告丽彤公司收入的差额，按照同期销售额进行计算。故原告向法院申请司法审计，对都邦公司、帝邦公司的经营状况及净资产、利润情况进行审计。

被告辩称，其并未实施侵害原告丽彤公司利益的行为，故无需对原告丽彤公司承担损害赔偿及收入归并的责任。被告虽然担任丽彤公司的执行董事及法定代表人，但早已丧失了对丽彤公司的控制权及经营权。2013年，被告通过股权转让方式成为丽彤公司的持股20%的股东。被告成为丽彤公司股东后才发现丽彤公司的实际控制人为唐鹏。唐鹏利用大股东的优势地位实际控制了丽彤公司，掌握了公司的公章、财务章、法人章。2014年起，被告就无法参与丽彤公司的经营管理，不了解公司的经营状况，也未收到过分红。嗣后，被告与唐鹏口头协商退股事宜，唐鹏口头承诺配合被告办理退股手续，但却一直未办理相关手续。至于帝邦公司，系被告为了贷款需要才担任该公司的挂名法定代表人及股东，没有在该公司获得任何收益。贷款批下来后，被告就将股权转回给案外人张某1。都邦公司设立后，实际并未经营，也没有任何分红和收益。综上，被告认为，被告虽然是丽彤公司的法定代表人及股东，但实际上未参与任何公司治理和经营管理业务，亦无法实施侵害丽彤公司利益的行为，请求驳回原告全部诉请。

原告为证明其诉称的事实向法院提供了下列证据材料：

1、丽彤公司工商内档材料(包括股东名录、公司变更登记申请表、公司董事、监事、经理名单、股权转让协议、股东会决议、公司章程、企业登记告知承诺书等)，证明2013年9月4日起至今，被告担任丽彤公司的执行董事及法定代表人。另外公司章程对公司董事、监事、高级管理人员规定了相应的义务；

2、都邦公司企业信用信息报告，证明2017年3月，被告与张某1共同出资设立都邦公司，都邦公司的经营范围与丽彤公司经营范围属于同类业务；

3、帝邦公司企业信用信息报告，证明2014年9月至2015年3月期间，被告出资并经营与丽彤公司同类业务的公司；

4、2012年10月1日丽彤公司整改方案、(2016)苏0583民初12725号民事判决书，证明被告在丽彤公司任职期间负责公司与案外人芜湖宝德轮业有限公司之间的业务。被告于2013年12月起就将原属于丽彤公司该笔业务转移给帝邦公司，并获得相应收益；

5、2013年9月至2015年3月期间丽彤公司部分的报销单、工资发放表，证明被告在成为丽彤公司法定代表人及股东后，实际参与丽彤公司的经营管理，并非被告所述的只是挂名法定代表人。

被告对原告提供的上述证据发表质证意见如下：对证据1真实性无异议，唐鹏系丽彤公司的控股股东，被告虽然是法定代表人，但实际不参与公司的经营管理，当然不负有公司董事、高级管理人员对公司的义务；对证据2真实性无异议，被告虽然系该公司的股东，但该公司未实际开展经营，被告也未获得任何收益；对证据3真实性无异议，被告系为了该公司办理贷款才成为该公司的挂名法定代表人及股东，嗣后被告将股权转回，亦未获得任何差价和收益；对证据4的丽彤公司整改方案、民事判决书真实性无法确认。即便该整改方案是真实的，该方案中明确被告仅是丽彤公司的业务员，其负责的客户“芜湖宝德”只是一个简称，并不能证实就是判决书中的芜湖宝德轮业有限公司。根据民事判决书认定的事实，帝邦公司与芜湖宝德轮业有限公司发生业务的时间为2013年11月至2014年期间，而被告只是在2014年9月至2015年3月期间担任帝邦公司名义上的法定代表人及股东，只是为了办理贷款需要，并没有损害丽彤公司的利益；对证据5真实性无法确认，该组证据与本案也没有关联性。被告只是作为丽彤公司业务员向丽彤公司报销经费、领取工资，而非作为股东行使股东权利、领取分红。

被告为证明其述称意见，向本院提交如下证据材料：

1、帝邦公司出具的证明、个人贷款还款对账单各一份，证明被告担任帝邦公司法定代表人及股东系为了贷款需要，只是挂名的法定代表人及股东，被告并没有从帝邦公司获得任何利益；

2、设备购销协议及设备图片各一份，证明帝邦公司为制造型企业，而丽彤公司为销售型企业，丽彤公司与帝邦公司经营范围不同，并不存在业务竞争；

3、纳税申报表、电子缴款凭证、增值税专用发票一组，证明都邦公司并未开展实际经营，纳税金额不超过3,000元，并未对丽彤公司造成损失；

4、2012年12月14日会议纪要一份，证明丽彤公司的实际控制人为公司监事唐鹏，丽彤公司变更法定代表人只是根据唐鹏的安排，被告仅是名义上的法定代表人。会议纪要记载的主持人系唐鹏，第8条记载的丽彤公司每月周总结、周计划均需邮件发送给唐鹏，表明被告仅是丽彤公司的业务员。被告持有丽彤公司20%股权属实，但并不参与丽彤公司的经营管理。

原告对被告提供的证据材料发表质证意见如下：对证据1帝邦公司出具的证据真实性、合法性无异议；对证据1中的个人贷款还款对账单真实性无法确认，系复印件。帝邦公司出具的证明中提到系为了公司购买车辆而办理的贷款，而个人贷款还款对账单反映的是以被告个人名义办理的贷款，该两份材料反映的情况不一致；对证据2真实性、关联性无法确认。仅凭一份帝邦公司的买卖合同无法证明该公司主营业务；对证据3真实性无异议。都邦公司的增值税专用发票上记载复核人是赵利，赵利系帝邦公司现在的法定代表人，都邦公司与帝邦公司系关联企业，两家公司都是由被告、张某1、赵利以某种形式共同经营的；对证据4真实性无异议。该份会议纪要形成时间为2012年12月14日，当时被告还不是丽彤公司的股东及法定代表人，仅是丽彤公司的业务员。2013年9月，被告的股东及法定代表人身份才进行工商变更登记，但事实上被告在2013年上半年就开始参与丽彤公司经营管理。

本院经审理认定事实如下：

2008年1月16日，丽彤公司经工商部门核准设立，注册资本为50万元，股东为：张某1(认缴出资17.5万元，持股比例35%)、唐鹏(认缴出资32.5万元，持股比例65%)。由张某1担任公司执行董事及法定代表人，唐鹏担任公司监事。丽彤公司的经营范围为：金属材料及制品、化工原料及产品(除危险化学品、监控化学品、烟花爆竹、民用爆炸物品、易制毒化学品)、水性涂料、五金交电、润滑油、耐火陶瓷制品及其他耐火材料的销售，从事货物及技术的进出口业务。根据公司章程规定，执行董事、高级管理人员不得有下列行为：(一)挪用公司资金；(二)将公司资金以其个人名义或者以其他个人名义开立账户存储；……(五)未经股东会同意，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职公司同类的业务。

2012年11月14日，丽彤公司召开会议，就公司销售额、客户资源、法定代表人变更(由张某1变更为被告)、公司利润、分红分配方案、公司考核、办公室人员管理等问题进行商讨。其中提到2012年11月份开始实行每月做到周总结、周计划，开展巩固客户，为公司、客户创造双赢价值，邮件最后到唐总。该会议纪要落款处由被告、张某1及唐鹏签字确认。

2013年9月4日，张某1将其持有的丽彤公司20%股权转让给被告，张某1另将其持有的丽彤公司15%股权转让给案外人唐某某。同时，丽彤公司经股东会决议，免去张某1公司法定代表人职务，选举被告为丽彤公司新的法定代表人。2013年9月至2015年6月期间，被告作为部门主管在公司报销单签字。

另查明，2011年4月21日，帝邦公司经工商部门核准设立，公司经营范围为铸造材料及设备的研发；金属制品加工、销售；铸造用耗材、铸造设备、水性涂料、五金交电、润滑油销售；自营和代理货物和技术的进出口业务。2014年9月3日，被告与案外人陶某某签订股权转让协议一份，约定陶某某将其持有的帝邦公司50%股权以50万元的对价转让给被告。同日，帝邦公司股东会选举被告为该公司法定代表人及执行董事。2015年3月25日，被告与案外人张2签订股权转让协议一份，约定被告将其持有的帝邦公司50%股权以50万元的对价转让给张2。同日，帝邦公司股东会免去被告公司法定代表人及执行董事职务，并选举张2为公司执行董事及法定代表人。

另查明，2017年3月14日，都邦公司经工商部门核准设立，注册资本为500万元，股东为被告及案外人张某1。被告在都邦公司担任监事职务。都邦公司的经营范围为：铸造材料及设备的研发；金属制品加工、销售；铸造辅助材料、耐火材料、高性能膜材料、脱模制品(不含危险品、易制毒化学品及监控化学品)五金交电、润滑油销售。都邦公司在2017年之前并未开展经营业务，仅在2018年起才有少量经营业务。

审理中，本院向帝邦公司发函，询问被告在该公司履职及获得收益情况。帝邦公司回函称，被告于2014年9月3日至2015年3月26日期间担任过该公司的股东及法定代表人，仅是为了该公司办理贷款需要，公司办完贷款后即将股东及法定代表人重新变更；该公司未向被告支付过收益；丽彤公司与被告之间的诉讼与该公司无关，公司的财务账册涉及商业机密，故不同意向法院提交财务账册并配合相关司法审计。

本案争议焦点：一、被告是否符合公司法及公司章程规定的应当受到竞业禁止义务约束的公司董事、高级管理人员的身份？

被告认为，其仅是丽彤公司的普通业务员及持股20%的股东，并非丽彤公司实际的法定代表人，不参与公司经营管理。本院认为，根据工商登记资料显示，2013年9月3日，被告受让丽彤公司20%股权并同时担任丽彤公司执行董事及法定代表人。被告任职公司执行董事已经公司股东会决议通过，并经工商登记。被告认为其仅系名义的执行董事，应当就此提供相应证据予以佐证。但被告并未提供证据，相反在原告提供的公司报销单上被告以部门主管的身份签字，可见被告并非公司一般员工。虽然被告对上述报销单真实性予以否认，但其并未提供相反证据，故本院对被告的上述抗辩意见不予采信。被告作为丽彤公司的执行董事及法定代表人，应当对公司负有忠实及勤勉义务，受到竞业禁止义务的约束。

二、原告主张的赔偿损失及归入权能否成立？

本院认为，根据公司法及丽彤公司的章程规定，董事、高级管理人员不得有下列行为：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的收入应当归公司所有。根据本案庭审查明，被告担任丽彤公司执行董事及法定代表人职务期间，于2014年9月至2015年3月期间成为帝邦公司的法定代表人及股东，并于2017年3月14日另行与他人共同设立了都邦公司，并担任该家公司的监事。至于都邦公司，被告虽然系该公司的股东及监事，且该公司经营范围与丽彤公司确存在重合之处，但并无证据证明被告实际参与了该公司的经营管理，且都邦公司在2017年之前确未开展实际经营业务。故原告主张被告实施了损害公司利益的行为，并无依据，本院不予采信。至于帝邦公司，被告在任职丽彤公司执行董事期间，又另行担任该公司的法定代表人并持有该公司50%的股权，且帝邦公司的经营范围与丽彤公司存在部分重合，本院有理由相信被告违反了公司法及公司章程关于董事、高级管理人员的竞业禁止义务，依法应当将被告在帝邦公司的收入归入丽彤公司所有。至于被告主张其仅系帝邦公司名义法定代表人及股东的意见，本院认为，被告提供的证据无法证实其所述事实，本院不予采信。现被告已于2015年3月25日将持有的帝邦公司50%股权转让给案外人，并同时不再担任帝邦公司的法定代表人。另外，帝邦公司并非本案当事人，且不同意配合提供相应财务账册、进行司法审计，本院亦无法启动司法审计程序。鉴于原告丽彤公司未就被告的侵权行为后果即原告主张的300万元赔偿损失及归入权进行相应举证，原告丽彤公司的诉请缺乏事实依据，本院难以支持。

综上，本院认为，当事人对自己提出的主张应当提供证据。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。据此，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第九十条之规定，判决如下：

驳回原告上海丽彤铸造材料有限公司全部诉讼请求。

本案受理费30,800元，由原告上海丽彤铸造材料有限公司负担(应于本判决生效之日起7日内缴付本院)。

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　　郑　磊

审　判　员　　范培华

人民陪审员　　吕　剑

二〇一八年七月二十三日

书　记　员　　高　岩

附：相关法律条文

一、《中华人民共和国公司法》

第一百四十八条董事、高级管理人员不得有下列行为：

（一）挪用公司资金；

（二）将公司资金以其个人名义或者以其他个人名义开立账户存储；

（三）违反公司章程的规定，未经股东会、股东大会或者董事会同意，将公司资金借贷给他人或者以公司财产为他人提供担保；

（四）违反公司章程的规定或者未经股东会、股东大会同意，与本公司订立合同或者进行交易；

（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；

（六）接受他人与公司交易的佣金归为己有；

（七）擅自披露公司秘密；

（八）违反对公司忠实义务的其他行为。

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。

二、《中华人民共和国民事诉讼法》

第六十四条第一款当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。

三、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》

第九十条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。