上海市浦东新区人民法院

民 事 判 决 书

（2018）沪0115民初80216号

原告：上海快聚信息技术有限公司，住所地上海市浦东新区。

法定代表人：王松涛，总经理。

委托诉讼代理人：杨一锋，北京市京师律师事务所律师。

委托诉讼代理人：温智旻，北京市广渡律师事务所律师。

被告：赵东波，男，1975年9月26日出生，汉族，住江苏省昆山市。

被告：刘鹏，男，1982年9月15日出生，汉族，住山东省诸城市。

二被告共同委托诉讼代理人：马晓伟，上海市联合律师事务所律师。

二被告共同委托诉讼代理人：王展，上海市联合律师事务所律师。

被告：上海法沃信息科技有限公司，住所地上海市浦东新区。

法定代表人：徐彬，执行董事。

委托诉讼代理人：陈辉，上海明伦(无锡)律师事务所律师。

委托诉讼代理人：雷建华，上海明伦(无锡)律师事务所律师。

原告上海快聚信息技术有限公司与被告赵东波、刘鹏、上海法沃信息科技有限公司(以下简称法沃公司)损害公司利益责任纠纷一案，本院于2018年11月1日立案受理后，依法适用简易程序审理，后本院依法将本案转为适用普通程序审理，并公开开庭进行了审理。原告委托诉讼代理人杨一锋、温智旻、被告赵东波、刘鹏及其共同委托诉讼代理人马晓伟、王展、被告法沃公司委托诉讼代理人陈辉到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告上海快聚信息技术有限公司向本院提出诉讼请求：1.被告赵东波、刘鹏各半赔偿原告其在被告法沃公司处收取的人民币350万元；2.被告法沃公司承担连带清偿责任；3.三被告承担诉讼费。事实和理由：2014年12月31日，赵东波、刘鹏及案外人坤微融通投资管理(北京)有限公司(以下简称坤微公司)共同出资设立了原告，赵东波任原告董事、经理，刘鹏任监事，赵东波、刘鹏为原告实际经营人，公司章程约定了股东、董事、监事、总经理及其他高级管理人员的竞业禁止义务。但赵东波和刘鹏于2016年12月与案外人上海法赫投资有限公司(以下简称法赫公司)共同设立了被告法沃公司，二人在法沃公司担任董事、监事，法沃公司与原告经营业务相同，该等行为违反了公司法和原告章程中关于竞业禁止的规定，严重损害原告的利益，故请求将赵东波、刘鹏在法沃公司的收入归入原告所有。审理中，原告明确提起本案请求权基础为行使归入权。

被告赵东波、刘鹏共同辩称，原告经营困难，被告赵东波、刘鹏设立被告法沃公司后，将业务再分包给原告。被告赵东波和刘鹏未从被告法沃公司处得到分红，没有出资、工资，没有实际任职。被告赵东波和刘鹏是代替原告进行分包工作。

被告上海法沃信息科技有限公司辩称，原告将被告法沃公司列为被告在主体上不适格，没有事实证明被告法沃公司损害了原告的利益。法沃公司的业务和原告不相同。原告要求法沃公司承担责任，没有依据。

经审理查明，原告于2014年12月31日设立，系有限责任公司，股东为被告赵东波、刘鹏、坤微公司。2018年5月8日，原告公司在工商备案信息中的经理由赵东波变更为王松涛，监事由朱晓莉、马晓露、刘鹏变更为苏东伟。原告的经营范围包括计算机软件开发，网络工程，计算机系统集成，计算机科技、电子科技、信息科技、通讯设备技术专业领域内的技术开发、技术转让、技术咨询、技术服务，计算机、软件及辅助设备，自动化控制设备、通讯器材的销售，医疗器械经营，从事货物及技术的进出口业务。原告章程第四十二条约定，股东及其下属单位不应从事与公司相同或相近的业务，应采取有效措施避免同业竞争。另，2014年12月15日，赵东波、刘鹏、坤微公司签署出资协议，该协议第十八条约定，在公司任职或第十二条约定的持股期间，出资人赵东波、刘鹏及特殊近亲属不得从事与公司同业或与公司经营范围存在竞争的业务，非经坤微公司书面同意不得在其他单位任职、兼职或持有与公司相同或存在竞争关系的公司、企业或其他组织的股权、份额。

被告法沃公司设立于2016年12月19日，股东为赵东波、刘鹏、法赫公司。法沃公司的经营范围包括信息科技、计算机技术、电子科技、通讯设备技术领域内的技术开发、技术服务、技术咨询、技术转让，计算机软件开发，网络工程，计算机系统集成，计算机、软件及辅助设备、自动化设备、通讯器材的销售，从事货物及技术的进出口业务。

2017年11月，刘鹏的基本养老保险个人账户从原告处转出，二被告表示刘鹏向赵东波提出离职，经协商，2017年11月办理了刘鹏的离职手续。

审理中，原告申请向税务部门调取法沃公司发放工资及分红的证据，后又撤回该申请。原告另申请对法沃公司进行审计，法沃公司表示公司无人管理，无法提供账册。法沃公司在审理中表示未进行过分红。赵东波表示未从法沃公司领取过工资，刘鹏表示从2018年7月至2018年12月领取过法沃公司每月6,395元的工资。

以上事实，由企业公示信息、出资协议、刘鹏的养老保险个人账户转出记录、原、被告当庭陈述为证。

本院认为，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有责任提供证据加以证明。原告提起本案诉讼要求行使归入权，根据法律规定，董事、高级管理人员违反《公司法》第一百四十八条相关规定所得的收入应当归公司所有，但本案中被告刘鹏、法沃公司并非原告的董事、高级管理人员，原告要求对其行使归入权，缺乏依据。根据原告的章程和出资协议，赵东波、刘鹏不得擅自自营或为他人经营与原告同类业务，从企业公司信息显示的内容来看，原告和法沃公司的经营范围基本一致，赵东波、刘鹏同时成为两家公司的股东，显然已有违反章程和协议之嫌。然原告要求行使归入权，应当对董事、高级管理人员获得的收入进行初步举证，但原告对于赵东波的收入情况未进行举证或作出任何有实质意义的说明，审理中原告又撤回了至税务部门进行相关调查的申请，因此，本院认为，原告的举证义务未完成，其要求赵东波支付75万元的诉讼请求，缺乏必要的证据，本院难以支持。原告另申请审计，但在法沃公司表示无法提供账务资料的情况下，启动审计并无意义，况且如前所述，原告未能对赵东波取得收入进行初步举证，故本院不准许原告的该项申请。关于原告对刘鹏的诉讼请求，本院还认为，根据企业公示信息，刘鹏在2018年5月已不再担任原告监事，而这之前，刘鹏有无在法沃公司取得收入，亦无相关证据予以佐证。综上，依照《中华人民共和国公司法》第一百四十八条，《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条的规定，判决如下：

驳回原告上海快聚信息技术有限公司的诉讼请求。

案件受理费34,800元，由原告上海快聚信息技术有限公司负担。

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，上诉于上海市第一中级人民法院。

审　判　长　　杜晓淳

人民陪审员　　朱玲芳

人民陪审员　　沈慧华

二〇一九年七月一日

书　记　员　　张怡湘

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、《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》

第二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。