上海市宝山区人民法院

民 事 判 决 书

（2017）沪0113民初15982号

原告：上海扬智嘉达企业管理有限公司，住所地上海市浦东新区。

法定代表人：杨振华，总经理。

委托诉讼代理人：邵玉洁，上海森叶律师事务所律师。

被告：金学俊，男，1974年5月19日生，汉族，户籍地上海市宝山区。

委托诉讼代理人：柴云海，上海申浩律师事务所律师。

第三人：上海博革企业管理咨询有限公司，住所地上海市浦东新区三林路XXX号XXX幢XXX室。

法定代表人：吴京蓉，执行董事。

委托诉讼代理人：柴云海，上海申浩律师事务所律师。

原告上海扬智嘉达企业管理有限公司(以下简称扬智公司)与被告金学俊股东损害公司利益责任纠纷一案，本院于2017年8月14日立案受理后，依法适用普通程序，公开开庭进行了审理。审理中，本院依法追加上海博革企业管理咨询有限公司(以下简称博革公司)为第三人参加诉讼，原告委托诉讼代理人邵玉洁及被告与第三人共同委托诉讼代理人柴云海到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告扬智公司向本院提出诉讼请求，请求判令：1、被告自2015年4月22日至2016年1月22日在第三人博革公司应得的收入人民币1,419,286.91元(以下币种均相同)归被告所有；2、诉讼费、审计费由被告负担。事实和理由：被告自2012年7月1日开始在原告处工作，担任原告的总裁及事业部总经理，并于2016年1月22日主动离职。被告在原告处任职期间在外设立了第三人博革公司，博革公司经营与原告相同的主营业务，被告的行为严重违反了我国公司法关于公司高级管理人员的竞业禁止义务，现原告为维护自身权益，提起本案诉讼。

被告金学俊辩称，不同意原告的诉请。首先不认可审计报告的审计结论；其次，即便是以审计报告的审计结论为依据，也应当扣除25%的企业所得税以及提取的博革公司利润10%的公积金金额，最后审计结论记载的上述利润只是博革公司账面的金额，被告并未取得，原告诉请归入权的基础不存在。

第三人博革公司述称，同意被告的辩称意见。

审理中，当事人围绕诉讼请求提交了相关证据，本院组织当事人进行了举证和质证。经审理，本院查明以下事实：

1、扬智公司于2009年5月17日注册成立，注册资本为79万元，法定代表人为杨振华，经营范围为企业管理及咨询(除经纪)，计算机软件开发及销售，股东为被告、北京扬智信息管理技术有限公司、杨振华、李学军、杨迈、夏雨生、王越、张艳玲，被告担任扬智公司的董事。

2、2012年6月18日，原告与被告签订《劳动合同》，聘请被告为扬智公司总经理，合同期限为2012年7月1日至2015年6月30日，被告负责执行董事会决议，主持扬智公司全面工作，保证经营目标的实现，代表公司前述有关协议、合同、合约和处理有关事宜，被告应按照原告要求，按时完成规定的工作数量，达到规定的质量标准。同日，原、被告签订《上海扬智嘉达企业管理有限公司保密协议》，约定被告在劳动合同期内离职或者劳动合同到期离职的，需要把所有的商业秘密资料移交甲方，同时承担保密期内不向外泄露商业秘密的义务，被告接受竞业禁止的限制，离职后两年内不得在同行业中泄露本协议之约定机密，亦不自己提供与原告同类服务或生产与原告同类产品，或者受聘其他与原告有竞争关系的企业或组织。并约定被告在劳动合同工期内，不得在外兼职，如违反本规定，被告需返还原告兼职期间支付的劳动报酬并承担违约责任等。

3、2016年1月22日，被告在员工离职表上签字，该离职表记载被告因个人发展原因离职，并记载入职时间为2009年6月1日，申请离职时间为2016年1月22日。另原、被告双方签订《解除劳动关系协议书》，协议书记载被告于2016年1月22日向原告提出解除劳动关系并辞去总经理职务的申请，原告已经同意被告的辞职申请，该协议书另记载原告不要求被告在离职后承担竞业限制义务，被告承诺不主动竞争原告现有客户、原有客户及现有机会的未来签单机会。

4、博革公司于2015年4月22日注册成立，注册资本100万元，经营范围为企业管理咨询、商务信息咨询，会务服务，计算机软件的开发及销售。博革公司成立时股东为陈钰、金学俊，其中金学俊出资94万元持股94%，陈钰出资6万元持股6%，法定代表人为金学俊，2015年12月23日，法定代表人变更为被告金学俊的配偶吴京蓉，2016年3月30日，被告金学俊向李铁柱转让持有的博革公司25%股权。

5、审理中，原告申请对第三人博革公司2015年4月22日至2016年1月22日期间的利润进行审计，本院依法准许，并依法委托复兴明方会计师事务所进行审计。该事务所经审计后出具复会【2018】司会鉴第206号司法会计鉴定意见书，该意见书认为博革公司在2015年5月至2016年1月的利润总额为1,509,879.69元，并认为博革公司未实际缴纳企业所得税，以后需缴纳的企业所得税需以税务部门的核缴数为准。

原告对审计报告无异议，被告及第三人对审计报告有异议，认为2016年1月22日以后博革公司的收入570,484.45元不应计入博革公司的利润，但并不申请审计人员出庭接受询问。

6、审理中，原告还提供了以下证据证明其主张：1、被告发给原告公司员工黄莉玲的精益倡导者课程的PPT，证明该精益课程的知识产权是原告公司所有，属原告的商业秘密；2、对博革公司网页的公证书，证明博革公司与原告的主营业务相同，经营范围都涉及精益管理课程；3、博革公司网页及视频截图，证明博革公司经营着与原告相同的主营业务，即为企业提供咨询管理服务；4、原告给康尼机电公司制作的精益管理咨询服务方案(PPT)，该方案载明版权归原告所有，后当时还在原告处任职的李铁柱(离职后亦转到博革公司工作)发给已经离职的被告，并将该PPT上的logo改为原告和博革咨询，证明被告试图混淆客户，以翘取原告公司客户；5、2016年1月14日李铁柱与被告的邮件往来，证明被告要求李铁柱将上述证据4中的原告logo全部改成博革咨询，进一步表明被告窃取原告的商业机会；6、杭州信多达电子科技有限公司、牡丹江恒丰纸业股份有限公司发给原告的终止合作的通知函复印件，证明因被告窃取公司商业机会，导致上述两家公司通知原告终止企业咨询服务合作，使得原告公司遭受损失；7、原告法定代表人杨振华与杭州信多达电子科技有限公司的巩总的电话录音及文字整理资料，证明被告意图窃取原告客户杭州信多达电子科技有限公司；8、李铁柱入职博革公司后与紫江彩印公司员工顾瑛的邮件往来，证明李铁柱在原告处离职后加入博革公司进行与原告公司相似的业务推广；9、被告与张秉英的邮件往来记录，证明被告负责经营原告公司期间欠付北京扬智嘉信公司管理费用3,606,903.32元。对上述证据，被告及第三人发表质证意见如下：证据1无法反映是被告发给黄莉玲的邮件，该PPT中的照片是被告本人，原告处也确实有该精益管理课程的PPT，但被告在职期间对外宣传的材料差不多都是该课件，且上述课程并不涉及保密，在互联网上都可以搜索到；证据2的真实性无异议，博革公司也是从事企业咨询管理服务的公司，精益管理也是其业务之一，确实与原告公司存在竞业的情况；证据3的形式真实性无异议，但该截屏及视频无法反映其时间，且博革公司的视频未在优酷视频网站上宣传，故对该网站上的视频内容真实性无法确认；证据4的真实性不予认可，被告在原告处任职期间是做过康尼机电公司的方案，但该项目当时没有谈下来，因此无法确认其真实性；对证据5，因时间太久，且被告现查不到是否有过该份邮件，故对其真实性无法确认，且该服务方案也不具有保密性，都是一些通用的服务介绍；证据6因原告未能提供原件，对其真实性无法确认，且该两公司是否终止和原告的合作与被告无关联；证据7真实性无法确认，杭州信多达电子科技有限公司的负责人是巩总，但该谈话录音中是否是巩总的谈话被告不能确认；证据8的真实性无法确认，李铁柱从原告处离职后确实是到博革公司工作，博革公司与紫江彩印公司之间有企业咨询服务业务，但并不能证明是被告指使李铁柱到博革公司工作；证据9不符合邮件证据形式，也看出不邮件时间，故真实性不予认可。

7、另查明，2016年12月8日，上海市浦东新区劳动人事争议仲裁委员会立案受理了原告的仲裁申请，原告请求被告：1、返还2015年4月22日至2016年1月22日期间所有工资和奖金收入577,748.06元；2、支付违反保密协议给原告带来的损失20万元；3、支付依照保密协议第四条第一款规定的一次性违约金693,297.67元；4、支付依照保密协议第四条第二款规定的一次性违约金115,549.61元；5、将2015年4月22日至2016年1月22日期间被告违反公司高管义务在外收入的20万元归入原告。在该案审理中，被告于2017年1月5日对原告提出反请求，要求原告支付2015年12月1日至2016年1月31日期间的工资差额及2016年1月22日之前累计拖欠的各类奖金共计1,145,395元。上述仲裁委员会将被告的反请求立案受理后对双方的请求合并审理。仲裁审理中，被告确认其与原告签订总裁绩效合同后，每月基本工资和津贴为26,000元，其中5,500元作为计税工资，19,500元作为“差旅费”以发票报销方式固定发放，同时还有1,000元现金发放的交通补贴，此外被告还有业务报销费用，原告以“旅差费”名目予以实际报销。上述仲裁委员会于2017年2月8日作出裁决，裁令原告支付被告2015年12月1日至2016年1月22日期间的工资差额38,663元，而对原告要求被告将2015年4月22日至2016年1月22日期间的在外收入20万元归入原告的请求以及被告要求原告支付2016年1月22日之前拖欠的各类奖金1,106,732元的请求不予处理，并对原、被告的其余请求均不予支持。原告对此裁决不服，遂向上海市浦东新区人民法院(以下简称浦东法院)提起诉讼，要求判令被告向原告返还其2015年4月22日至2016年1月22日期间所获得的工资及奖金共计人民币363,617.06元；2、判令被告支付因违反保密协议给原告带来的损失10万元；3、判令被告按照保密协议第四条第一款支付违反竞业限制的违约金5万元；4、判令被告按照保密协议第四条第二款支付违反保密义务的一次性违约金67,209.78元；5、判令被告根据我国《公司法》关于高级管理人员的忠实义务规定，将其2015年4月22日至2016年1月22日期间在外经营公司的收入50万元归原告所有，浦东法院审理后认为原告依据我国《公司法》的相关规定，要求被告将其2015年4月22日至2016年1月22日期间经营博革公司的收入归原告所有的请求，因不属于劳动争议的受案范围，故浦东法院不予处理并作出(2017)沪0115民初24094号判决：一、被告金学俊于本判决生效之日起十日内返还原告上海扬智嘉达企业管理有限公司2015年4月22日至2016年1月22日期间的工资报酬163,800元；二、驳回原告上海扬智嘉达企业管理有限公司要求被告金学俊支付违反保密协议给其造成的损失10万元的请求；三、驳回原告上海扬智嘉达企业管理有限公司要求被告金学俊支付违反竞业限制义务的一次性违约金5万元的请求；四、驳回原告上海扬智嘉达企业管理有限公司要求被告金学俊支付违反保密义务的一次性违约金67,209.78元的请求；五、原告上海扬智嘉达企业管理有限公司于本判决生效之日起十日内支付被告金学俊2015年12月1日至2016年1月22日期间的工资差额38,663元。后被告不服浦东法院作出的民事判决，向上海市第一中级人民法院(以下简称一中院)提起上诉，一中院审理后认为被告金学俊于2015年4月22日出资成立与扬智公司同业竞争的有限公司，违反了双方保密协议的约定，也与金学俊作为扬智公司高级管理人员应尽的忠实义务相悖于2017年11月29日作出判决，：一、维持上海市浦东新区人民法院(2017)沪0115民初24094号民事判决第二、三、四、五项；二、撤销上海市浦东新区人民法院(2017)沪0115民初24094号民事判决第一项；三、驳回上海扬智嘉达企业管理有限公司要求金学俊向其公司返还2015年4月22日至2016年1月22日期间工资报酬163,800元的诉讼请求。

本院认为，本案主要的争议问题为：1.金学俊作为扬智公司原高管是否违反我国《公司法》有关高管竞业禁止的规定以及违反对公司的忠实义务的规定。2.扬智公司主张的应当归其所有的被告的收入如何界定及计算。

就争议问题1，本院认为，《中华人民共和国公司法》明文规定：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。如若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业务的，违规所得的收入归公司所有。本案中，金学俊受聘担任扬智公司总经理，负责执行扬智公司的董事会决议，主持扬智公司全面工作，保证经营目标的实现，代表公司签署有关协议、合同、合约和处理有关事宜。然其在任职期间，另行与陈钰共同设立博革公司。博革公司的经营范围为企业管理咨询、商务信息咨询，会务服务，计算机软件的开发及销售，博革公司与原告的主营业务相同，经营范围都涉及精益管理课程，而且依据原告提供的证据显示被告在原告任职期间即以博革公司的名义与客户洽谈业务、签订合同。综上，本院认为被告利用职务便利为自己及博革公司谋取了本属于扬智公司的商业机会，并为博革公司经营了与扬智公司同类的业务，违反了我国《公司法》中高管竞业禁止及忠实义务，损害了扬智公司的利益，并使自身获利，故而应当承担相应法律责任。

就争议问题2，扬智公司主张的应当归其所有的被告收入的界定及计算方法。关于收入的界定，本案中，金学俊通过与他人设立博革公司，其持股收益并非一般意义上的报酬，鉴于博革公司法人地位的独立性，且该公司还存在其他股东，故不能将博革公司的“收入”直接理解为金学俊的“收入”，而应参考金学俊对博革公司的持股比例来确定金学俊的收入为宜，即使金学俊没有直接从博革公司处获得分红，但博革公司利润的增加客观上也使得金学俊所持博革公司股权获得增值，金学俊仍是实际获得收益的；关于收入应如何计算的问题，本院认为应结合审计报告的结论及案件实际情况进行综合考量。依据审计报告，博革公司在2015年5月至2016年1月的利润总额为1,509,879.69元，但审计报告同时明确该利润为博革公司的税前利润总额，根据《中华人民共和国企业所得税法》的相关规定居民企业所得税的税率为25%，另依据我国公司法的规定，公司分配当年税后利润时，应当提取利润的10%列入公司法定公积金，另在2015年5月至2016年1月期间，被告持有博革公司94%的股权。综合以上分析，本院结合查明的事实及现有证据，并参考被告金学俊在博革公司的持股比例，酌情判令将金学俊在博革公司取得的收入1,509,879.69元\*75%\*90%\*94%=958,018.66元归原告所有。据此，本院依照《中华人民共和国公司法》第一百四十七条第一款，第一百四十八条第一款第(五)项、第二款及《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十二条之规定，判决如下：

一、被告金学俊应于本判决生效之日起十日内偿付原告上海扬智嘉达企业管理有限公司款项958,018.66元；

二、对原告上海扬智嘉达企业管理有限公司的其余诉讼请求不予支持。

如果未按本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。

本案受理费17,573元，由原告负担4,193元、被告负担13,380元，审计费80,000元由被告负担。

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或者代表人的人数提出副本，上诉于上海市第二中级人民法院。

审　判　长　　罗有敏

审　判　员　　刘　丹

人民陪审员　　蔡秀华

二〇一九年一月二十九日

书　记　员　　蒯本清

附：相关法律条文

一、《中华人民共和国公司法》

第一百四十七条董事、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。

……

第一百四十八董事、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的收入应当归公司所有。

二、《中华人民共和国民事诉讼法》

第一百四十二条法庭辩论终结，应当依法作出判决。判决前能够调解的，还可以进行调解，调解不成的，应当及时判决。

第二百五十三条被执行人未按判决、裁定和其他法律文书指定的期间履行给付金钱义务的，应当加倍支付迟延履行期间的债务利息。被执行人未按判决、裁定和其他法律文书指定的期间履行其他义务的，应当支付迟延履行金。