上海市嘉定区人民法院

民 事 判 决 书

（2017）沪0114民初7586号

原告：上海欧翠实业有限公司，住所地上海市徐汇区。

法定代表人：姚瑾，该公司执行董事。

委托诉讼代理人：杨立宏，上海中夏旭波律师事务所律师。

委托诉讼代理人：李玉奇，上海中夏旭波律师事务所律师。

被告：赵冰川，男，1983年6月13日出生，汉族，现住上海市嘉定区。

委托诉讼代理人：方有明，北京市天元律师事务所上海分所律师。

委托诉讼代理人：盛安彦，北京市天元律师事务所上海分所律师。

第三人：嘉兴强德网络科技有限责任公司，住所地浙江省嘉兴市南湖区亚太路XXX号(嘉兴科技城)6号楼615室。法律文书送达确认地上海市黄浦区延安东路XXX号XXX室。

法定代表人：赵冰川，该公司经理。

委托诉讼代理人：宓晓亭，上海市联合律师事务所律师。

原告上海欧翠实业有限公司与被告赵冰川、第三人嘉兴强德网络科技有限责任公司(以下简称“强德公司”)间损害公司利益责任纠纷一案，本院于2017年5月19日受理后，依法适用普通程序，于2017年7月20日、2017年12月20日公开开庭进行了审理。原告委托诉讼代理人杨立宏、被告委托诉讼代理人盛安彦、第三人委托诉讼代理人宓晓亭两次庭审均到庭参加诉讼，被告赵冰川参加了第二次庭审。本案现已审理终结。

原告向本院提出诉讼请求：判令被告在上海齐材电子商务有限公司(以下简称“齐材公司”)投资并任职期间所得中的90万元赔偿给强德公司。

事实与理由：原告系强德公司股东，目前持有强德公司9.5786%的股份。被告赵冰川在2015年1月15日注册成立了强德公司，于2015年6月30日引进原告入股该公司。但被告在持有强德公司股权并作为控股股东、法定代表人(总经理)、董事期间，又于2015年8月17日另行注册成立了齐材公司，该公司与强德公司经营同类业务。齐材公司成立后，虽然身为两家公司的法定代表人，被告却带走强德公司的相关企业资源，全身心投入齐材公司的经营管理，已获得利益逾千万，却使得强德公司经营陷入困境，并欠下大量债务，导致原告的投资几乎全部亏损。原告认为被告的行为显然属于公司法“未经股东会或者股东大会同意，利用职务便利为自己或者为他人谋取属于公司的商业机会，自营或为他人经营与所任职公司同类业务”的法定禁止情形，已经给强德公司造成严重损失，故诉至法院，请求判如所请。

庭审中，原告明确其诉请90万元的依据在于：根据齐材公司增资后的章程，齐材公司设立后引进了两家投资商，两家公司投资金额共计2,650万元，其中439万余元作为齐材公司的注册资本，2,200余万元进入齐材公司的资本公积金，对此齐材股东可以共享，按照被告的持股比例53.71%，53.71%×2,200万元≈1,181万元。为何起诉90万元是因为截至起诉日强德公司亏损90万元，所以要求被告赔偿90万元是为了弥补强德公司亏损。

被告辩称：不同意原告诉请。1、被告于2015年6月离职，不再担任强德公司的CEO和经营性管理工作，对内卸任了一切职务，根据公司法规定，法定代表人由总经理、董事长担任，但被告已经不具备特定职务；2、强德公司股东均豁免了被告的竞业限制义务，且被告在2015年6月前后基本放弃了所有股份和职务。根据原告提供的材料体现，强德公司股东均同意被告可以从事任何行业的创业，或与强德公司相同、相似或相竞争的业务。各方签署的协议原告也参与签署，是原告真实意思表示；3、原告没有提供相应的证据或财务数据，证明强德公司亏损了90万，所以原告的主张没有事实依据。综上，不同意原告全部诉讼请求，请求依法予以驳回。

第三人强德公司陈述称，被告2015年6月已经从公司离职，虽然挂着公司的法定代表人，但实际上不参与公司运作。同样，被告虽是工商登记的强德公司股东，但实际上通过内部决议已经放弃了股份，只是没有经过工商变更，且当时也决定将强德公司注销掉的。综上，不同意原告诉请。

经审理查明：

1、第三人强德公司设立于2015年1月15日，注册资本为1,000万元。公司原登记为投资人为被告赵冰川的一人有限责任公司。2015年6月30日，被告赵冰川与原告签订股权转让协议一份，载明：被告将其持有的强德公司9.58%股份计95.8万元出资额(尚未出资)无偿转让给原告。同日，公司另形成股东会决议一份，主要内容为：应到六方，实到六方，实到人员有赵冰川、李海坚、嘉兴德沃投资有限责任公司(以下简称“德沃公司”)委派的股东代表李慧、原告公司委派的股东代表王垦、西藏险峰华兴长青投资有限公司(以下简称“西藏险峰”)委派的股东代表陈科屹、杭州险峰投资合伙企业(有限合伙)(以下简称“杭州险峰”)委派的股东代表陈科屹，因股权转让公司类型变更为有限责任公司，委派赵冰川、王志勇、李海坚为公司董事，组成公司董事会，任期三年，委派李慧为公司监事，任期三年。同日，三董事另形成董事会决议一份，选举王志勇为公司董事长，聘任赵冰川为公司经理。六方股东亦于2015年6月30日签署公司章程一份，约定经理为公司法定代表人，经理由董事会决定聘任或解聘，对董事会负责。

2、2015年7月29日，强德公司变更为有限责任公司。目前登记股东为本案原告、被告赵冰川、案外人李海坚、西藏险峰、杭州险峰、德沃公司，股东出资时间为2015年12月31日前。公司经营范围为网络技术开发、技术转让、技术服务、技术咨询、软件开发、建材销售。目前登记的公司法定代表人系被告赵冰川、李慧任监事。

3、2015年6月5日，伽益(上海)劳务派遣有限公司外来从业人员退工备案登记表显示：“赵冰川自2015年2月2日进我单位工作，现于2015年6月5日合同解除”。

4、2015年9月23日，由王志勇、李海坚、王垦签字，强德公司盖章的免责声明载明：“赵冰川已于2015年6月5日办理离职手续，放弃所有股份，已与公司没有任何关系，赵冰川可以从事任何行业的创业与应聘，并当初已达成离职后不承担公司相关事务的任何法律责任与义务”。

5、2015年11月30日，由王垦、李海坚、王志勇签字的一份补充协议记载：根据2015年5月强德公司股东会达成的协议与赵冰川变更法人协议的补充，接下来强德公司会启动注销流程。

6、2015年12月23日，西藏险峰与杭州险峰出具确认函一份，确认“赵冰川已于2015年6月5日办理离职手续……各方认可并同意赵冰川可以从事任何行业的创业和应聘，并在离职后不承担公司相关事务的任何法律责任与义务。各方进一步同意豁免赵冰川与其担任强德公司董事及经理的任何义务和责任。”

7、2015年12月23日，强德公司形成董事会决议一份，内容为确认赵冰川于2015年6月5日离职，同意自离职日起接受赵冰川辞任公司经理一职并豁免赵冰川与其担任公司经理有关的任何义务和责任；确认自离职日起，赵冰川不再担任强德公司董事、经理及法定代表人；除涉及赵冰川离职、强德公司股权变更或解散事宜以外，不再以任何直接或间接方式参与强德公司的任何经营管理决策。该董事会决议并对豁免赵冰川竞业禁止义务作出了陈述。

8、本案审理过程中，德沃公司于2017年7月21日向本院出具公司声明一份，确认王志勇系德沃公司的股东代表，认可其在2015年6月30日股东会决议、2015年9月23日免责声明、2015年11月30日补充协议、2015年12月23日董事会决议上的签字系受公司委托。

另查以下事实：

(1)、第三人强德公司成立之前，原、被告及其他股东即达成过六方投资协议，但各方当事人均未向本院递交该投资协议。

(2)、原告认可王垦确实代表原告与被告在公司成立前有过接触，亦认可其让王垦参加2015年6月30日的股东会，但未提供书面授权委托材料。

9、案外公司齐材公司成立于2015年8月17日，被告赵冰川为该公司股东并为公司法定代表人。该公司经营范围为：电子商务，从事软件科技领域内的技术开发、技术咨询、技术服务、技术转让、建筑材料、装潢材料、家居用品、计算机、软件及辅助设备批发、零售。公司注册资本为2,439.0244万元。

2016年1月7日，齐材公司形成公司章程一份(上海齐材电子商务有限公司经修订与重述的公司章程)，该文件显示，苏州金沙江朝华创业投资合伙企业(有限合伙)就增资交易而支付对价600万元，杭州圆景股权投资合伙企业(有限合伙)就增资交易而支付对价2,050万元。从该章程的内容显示，该公司的前期投资人、管理层股东(含本案被告赵冰川)与上述投资方就引入投资后各方股东的权利与义务作了详实的约定，例如公司未能在约定期限内实现合格上市投资方的回购、减资请求权、违反特定义务管理层股东的连带责任等。

10、2017年1月期间，原告向第三人强德公司监事李慧发出两封请求函，要求其代表公司向赵冰川提起诉讼，其中一封退回，一封已签收。

上述事实，由原告企业信用公示资料、2015年6月30日股权转让协议、股东会决议、董事会决议、公司章程、2015年6月5日退工备案登记表、2015年9月23日免责声明、2015年11月30日补充协议、2015年12月23日确认函、2015年12月23日董事会决议、公司声明、齐材公司企业信用公示资料、2016年1月7日上海齐材电子商务有限公司经修订与重述的公司章程、请求函及邮寄签收凭证等书证以及当事人、证人的陈述为证，事实清楚，足以认定。

本院认为，本案原告系以归入权为请求权基础向本院提起诉讼，原告认为归入权的行使并不以其举证标的公司的实际损失为必要条件，对此，本院予以认同。但归入权的行使仍需满足一定要件，即首先需证明被告存在违反法定义务的特定行为，其次需证实被告取得收入的客观事实，再次是特定行为与取得收入之间存在因果关系。

针对上述第一要件，原告主张被告违反法定义务，即指依据公司法规定，董事、高级管理人员未经股东会或股东大会同意，不得自营或者为他人经营与所任职公司同类的业务。该条确认的即是董事、高级管理人员的法定竞业禁止业务。该法定竞业禁止业务系针对公司董事及高管在职期间的行为，且符合同类业务的要求。故原告主张归入权需首先证明被告赵冰川自营的齐材公司系与强德公司属同类业务，且该行为发生在被告任强德公司董事或高级管理人员期间。针对被告是否经营同类业务，原告举证强德公司与齐材公司工商登记的经营范围旨在证明两家公司经营范围存在重合，原告又称“齐材公司是否经营瓷砖无所谓，核心问题在于强德公司与齐材公司都是用网络技术经营电子商务”；被告则认为“标的公司做线上线下的瓷砖业务，齐材公司做线上线下的水管电线、涂料等辅材业务，不经营瓷砖”。对此本院认为，同类业务一般指与所任职的公司经营范围一致、经营活动一致、能够形成相互竞争关系的业务。齐材公司确与强德公司经营范围有所重合，但考虑到目前除原告举证工商登记的经营范围外，双方均认可的事实仅系两家公司均用网络技术经营电子商务，而无论是“网络技术”抑或“电子商务”涵盖均过于广泛，故难以从原告目前举证得出赵冰川经营的齐材公司与强德公司经营同类业务的事实。本院另认为，根据原、被告双方的举证，针对被告经营齐材公司是否仍在强德公司任职期间亦存在争议。原告举证2015年6月30日的股东会决议、董事会决议、章程旨在证明被告并未离职，仍担任标的公司法定代表人、董事及经理；被告则反证退工备案登记表、免责声明、确认函、董事会决议旨在证明其于2015年6月5日离职。鉴于原被告双方对对方证据的真实性均予以认可，而上述证据显示的事实却存在矛盾之处，故只能由本院综合考量后予以认定。本院认为，强德公司共六方股东，现有证据显示由五方股东认可被告2015年6月5日离职且不担任董事和经理的事实，强德公司也于免责声明中对此认可，亦提及被告赵冰川需配合公司完成变更手续，故权衡比对原被告双方证据，本院倾向性认可被告所述该节事实盖然性优于原告。

综上分析，本院认为，原告所举现有证据无法得出被告在任职期间另行自营同类业务的结论。至于被告是否取得收入的问题，本院认为在上述归入权第一要件未满足的情况下，该问题本可以不予赘述，但本院亦想提示原告仅凭《上海齐材电子商务有限公司经修订与重述的公司章程》证明被告取得收入的事实证明效力亦过于薄弱。综上，当事人对自己提出的主张，有责任提供证据，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《中华人民共和国公司法》第一百四十八条第一款第五项、第二款、《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：

驳回原告上海欧翠实业有限公司的诉讼请求。

本案受理费12,800元，财产保全费5,000元，合计诉讼费17,800元由原告上海欧翠实业有限公司自行承担。

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，上诉于上海市第二中级人民法院。

审　判　长　　王筑慧

审　判　员　　范培华

人民陪审员　　陆志文

二〇一八年四月九日

书　记　员　　朱　瑛

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：

……

（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》

第六十四条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。