上海市虹口区人民法院

民 事 判 决 书

（2017）沪0109民初33516号

原告：上海用智棋类俱乐部有限公司，住所地上海市徐汇区。

法定代表人：赵栋。

委托诉讼代理人：王欣，上海市金茂律师事务所律师。

被告：赵栋，男，1971年5月5日出生，汉族，住上海市。

委托诉讼代理人：严旻，上海固金律师事务所律师。

第三人：上海守拙围棋文化传播有限公司，住所地上海市杨浦区国宾路XXX号XXX室。

法定代表人：赵栋，执行董事。

委托诉讼代理人：赵洁，女。

原告上海用智棋类俱乐部有限公司与被告赵栋，第三人上海守拙围棋文化传播有限公司损害公司利益责任纠纷一案，本院于2017年12月29日受理后，依法适用简易程序，公开开庭进行了审理。原告委托诉讼代理人王欣律师、被告委托诉讼代理人严旻律师及第三人委托诉讼代理人赵洁到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告向本院提出诉讼请求：一、被告停止自营或为他人经营与原告同类的业务，即被告不得再担任第三人的法定代表人和股东；二、被告违法收入50万元归原告所有。审理中，原告撤回第一项诉请。事实和理由：2009年，案外人石某某与被告共同出资设立原告，双方各持股50%，由被告担任原告的法定代表人、石某某担任原告监事，原告主要从事幼儿围棋俱乐部。现原告发现，被告自2014年2月开始在外设立第三人，持有第三人50%股权并担任第三人法定代表人等职务；第三人的经营范围与原告完全相同，使得本应属于原告的商业机会被分流给第三人，同时被告在代表原告进行宣传时同时宣传了第三人。根据我国公司法规定，公司高级管理人员不得未经股东会同意利用职务便利为自己谋取属于公司的商业机会，自营或为他人经营与任职公司同类的业务。本案中，被告违反上述法律规定，应当承担相应赔偿责任。关于被告应归入原告的收入，系根据原告于2015年10月1日至2016年9月30日的净利润39万余元进行估算推定。本案系对公司高级管理人员提起的诉讼，石某某作为原告的监事，有权以原告名义提起本案诉讼。

被告辩称，不同意原告的诉讼请求。一、虽然第三人的法定代表人是被告，但第三人实际由被告的姐姐赵洁经营，因为被告系围棋职业五段，有一定名气，故为增加第三人的收入，让被告成为第三人的法定代表人，被告从未从第三人获取分红或收益。因此，被告没有在原告之外自营或为他人经营同类业务。二、2012年被告与石某某在本市徐汇区设立原告，此后又设立通幽文化传媒有限公司，该两家公司均由被告实际经营。此后，被告与石某某又共同在本市浦东新区设立两家公司(未办理营业执照)，均由石某某实际经营，收益亦归石某某所有，费用等成本由被告承担。上述四家店和第三人实际共同以同一围棋俱乐部的名义、共同使用一个商标即“九道”，该商标系以原告名义注册，故上述五家店从外部来看实际是连锁店。上述四家店和第三人分布在上海各区，实际不存在相互竞争的问题。三、第三人于2012年设立时，石某某曾参与开业仪式，故石某某对于第三人的设立与经营是明知并同意的。2014年2月，被告开始在第三人处挂名法定代表人。四、关于原告的第二项诉请，第三人与原告经营地点、经营成本等均不同，无法比照原告审计报告估算第三人的经营情况。从第三人的年度报告分析，第三人虽有盈利，但所有者权益均为负数。

第三人述称，同意被告的意见。

本院经审理，对当事人无异议的证据予以确认，认定事实如下：

2009年12月21日，原告设立，注册资本为3万元，股东为被告和石某某，双方各持股50%，被告系原告执行董事，石某某系原告监事。

2012年9月3日，第三人设立，注册资本3万元，股东为赵洁和庄青，各持股50%。2014年3月12日，第三人股东变更为赵洁与被告，各持股50%。同日，被告成为第三人法定代表人。2017年5月9日，第三人股东变更为被告与吴越青。

2017年4月26日，原告召开临时股东会，会议审议以下内容：1、原告利润分配方案的议案；2、原告相关财务数据议案；3、规范公司财务制度，明确执行所有收入统一收归公司营业账户的议案；4、第三人侵犯原告商标权，拟通过法律程序追究责任的议案。关于第一项议程，被告与石某某未达成一致意见；关于第二项议程，双方同意先确认谁是财务再去查账；关于第三项议程，双方均同意原告所有收入归原告财务账户；关于第四项议程，石某某代理人称有人侵权，被告代理人称谁侵权去砸掉。

2017年7月18日，上海北勤会计师事务所有限公司出具上北勤会报(2017)3061号审计报告，载明原告从2015年10月1日至2016年9月30日的收入总额1,823,257.50元、支出总额1,425,029.83元，净收益为398,227.67元。

另查明，第三人在国家企业信用信息公示系统(上海)中录入的自2013年至2016年的年度报告载明：2013年第三人资产总额为8.124396万元、负债为33.095946万元、所有者权益为-24.97155万元、营业总收入(即主营业务收入)为23.708735万元、利润总额(即净利润)为-15.573701万元、纳税总额为0.863981万元；2014年第三人资产总额为8.273538万元、负债为36.98497万元、所有者权益为-28.711432万元、营业总收入(即主营业务收入)为30.461153万元、利润总额(即净利润)为-3.739882万元、纳税总额为0.863981万元；2015年第三人资产总额为23万元、负债为38万元、所有者权益为-15万元、营业总收入(即主营业务收入)为41万元、利润总额(即净利润)为14万元、纳税总额为1.4万元；2016年第三人资产总额为17.71万元、负债为22.84万元、所有者权益为-5.13万元、营业总收入(即主营业务收入)为29.19万元、利润总额(即净利润)为9.69万元、纳税总额为0.3万元。

再查明，通过大众点评网查询“十九道围棋俱乐部”，第三人系作为十九道围棋俱乐部的五角场店进行宣传。“十九道围棋俱乐部”的微信公众号中亦将第三人与原告等四家门店共同宣传，“十九道围棋俱乐部”公众号的登记主体为原告。

本院认为：我国公司法规定董事、监事、高级管理人员应当遵守法律、行政法规等，对公司负有忠实义务和勤勉义务；公司董事、高级管理人员对公司负有竞业禁止义务，包含禁止自营或为他人从事与公司营业有竞争性的活动。被告作为原告的董事，属于公司法所规定的竞业禁止义务的主体。被告在仍担任原告董事的情况下，通过受让股权成为第三人股东及法定代表人，从事与原告相竞争的业务，尽管被告辩称石某某作为原告另一股东应当对此知情、认可，但被告未提供充分证据予以证明，故被告的行为显然已经违反竞业禁止义务，其在第三人处所得收入理应依法归原告所有。关于被告违反竞业禁止义务所得的收入，因被告及第三人未提供第三人的相关财务账册，第三人仅提供其年度报表，综合考虑被告在第三人的持股比例及第三人的实际经营情况等各种因素，本院依法酌情确定被告违反竞业禁止义务收入为8万元。

综上所述，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、第二款规定，判决如下：

被告赵栋于本判决生效之日起十日内赔偿原告上海用智棋类俱乐部有限公司8万元。

案件受理费8,800元，减半收取4,400元，由原告上海用智棋类俱乐部有限公司负担3,696元，由被告赵栋负担704元。

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。

审判员　　沈文宏

二〇一八年三月五日

书记员　　范毅君

附：相关法律条文

《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。