江苏省南京市中级人民法院

民 事 判 决 书

（2015）宁商终字第252号

上诉人（原审原告）江苏乐辉医药有限公司，住所地在江苏省南京市秦淮区大明路105-2号B座4楼。

法定代表人李子樵，该公司董事长。

委托代理人朱大网、祝天强，上海理德律师事务所律师。

被上诉人（原审被告）谢芳，女，1975年4月30日生，汉族。

委托代理人徐骏、袁敏，江苏致邦律师事务所律师。

原审第三人上海信好实业有限公司，住所地在上海市长安路1138号中房华东大厦11F。

法定代表人王丹凤，该公司执行董事。

委托代理人徐骏、袁敏，江苏致邦律师事务所律师。

上诉人江苏乐辉医药有限公司（以下简称乐辉公司）因与被上诉人谢芳、原审第三人上海信好实业有限公司（以下简称信好公司）损害公司利益责任纠纷一案，不服南京市建邺区人民法院（2014）建商初字第155号民事判决，向本院提起上诉。本院于2015年2月4日立案受理，并依法组成合议庭，于2015年3月23日公开开庭进行了审理。上诉人乐辉公司的委托代理人朱大网、祝天强，被上诉人谢芳与原审第三人信好公司的委托代理人徐骏、袁敏到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

乐辉公司一审诉称：谢芳于2012年6月1日同乐辉公司签订劳动合同，在乐辉公司担任总经理职务，负责公司全面的经营管理，劳动合同期限自2012年6月1日至2015年5月30日。2013年7月15日，谢芳从乐辉公司离职。谢芳离职后，乐辉公司发现谢芳在担任总经理期间，未经乐辉公司股东会同意，私下与他人共同投资设立信好公司经营与乐辉公司同类的业务，且谢芳在该公司的出资比例为80%。同时，谢芳还利用其在乐辉公司担任总经理的职务便利，未经乐辉公司股东会同意，代表乐辉公司与信好公司进行交易，交易总额达1889724.07元。根据《中华人民共和国公司法》第147条和第148条规定，公司高级管理人员对公司负有忠实义务，未经公司股东会或股东大会同意，不得与所任职公司订立合同或进行交易，也不得自营与所任职公司同类的业务。否则，其违反上述规定所得的收入应当归公司所有。谢芳在乐辉公司担任总经理，属于高级管理人员，其对乐辉公司负有忠实义务。然而，谢芳在任职期间，未经股东会同意却经营与公司同类的业务，并同公司进行自我交易。谢芳的行为已严重违反其对公司的忠实义务，其因此所得的收入应该归乐辉公司所有。请求判令谢芳：1、违反自我交易禁止性规定所获得的收入604711元归乐辉公司所有；2、违反竞业禁止义务所获得的收入10万元归乐辉公司所有；3、承担本案诉讼费用。

谢芳一审辩称：1、乐辉公司称谢芳在乐辉公司工作时设立信好公司与事实不符，谢芳未参与过信好公司的经营活动。乐辉公司于2012年6月与谢芳签订劳动合同，但第三人信好公司在2012年2月成立，第三人成立时谢芳并非乐辉公司的员工，所以不存在竞业禁止。2、谢芳不属于高级管理人员，谢芳未得到乐辉公司和其董事会的任命，乐辉公司在上海的全部活动受其母公司上海蓝怡医疗有限公司（以下简称蓝怡医药公司）的指定和安排，谢芳一直在接受乐辉公司母公司的指令，其并非真正法律意义上的高级管理人员。3、乐辉公司与第三人之间的经营活动是正常的商业往来，谢芳个人没有参与自我交易的活动。4、乐辉公司没有任何经济损失，其要求谢芳承担相应责任的诉请无法律依据，乐辉公司所提供的现有证据不能反映乐辉公司与第三人之间发生过交易往来，更不能证明所谓的交易是谢芳的原因造成的。其诉请要求行使归入权的理由没有法律依据，同时，乐辉公司也没有任何证据证明谢芳违反了竞业禁止的义务，其要求谢芳承担法律责任的理由不存在，故请求法院驳回乐辉公司的诉请。

第三人信好公司一审述称：信好公司是独立运作的公司，其与谢芳没有任何经营上的关系，谢芳也没有参与信好公司的经营。乐辉公司现提供的证据不能证明信好公司与乐辉公司之间发生过自我交易的活动。乐辉公司主张的竞业禁止没有事实依据，竞业禁止要根据乐辉公司失去了什么样的商业机会进行判断，包括损失的金额、谢芳及信好公司在其中发挥的作用。请求驳回乐辉公司的诉请。

乐辉公司为证明其诉讼请求，提供以下八组证据：

第一组证据：1、谢芳于2012年6月1日同乐辉公司签订的《劳动合同》；2、谢芳于2013年7月15日递交的《员工辞职申请表》。证明谢芳自2012年6月1日至2013年7月15日在乐辉公司担任总经理。

第二组证据：1、乐辉公司的营业执照；2、信好公司的工商机读资料信息；3、信好公司的股东出资信息表。证明谢芳在2012年2月，同案外人王丹凤共同出资设立与乐辉公司经营同类业务的信好公司，谢芳作为公司股东之一，其出资比例为80%。

第三组证据：2012年10月至2013年8月期间乐辉公司向信好公司开具的增值税发票汇总表，证明谢芳在乐辉公司担任总经理期间，其违反忠实义务的自我交易总额为1889724.07元。

第四组证据：1、乐辉公司同案外人、信好公司账目查询表；2、乐辉公司同信好公司之间涉及交易的银行对账单。证明乐辉公司与信好之间的交易真实存在并且履行完毕。

第五组证据：1、乐辉公司工商登记公示信息；2、乐辉公司任命谢芳为总经理的董事会决议；3、乐辉公司股东任命谢芳为总经理的股东决定；4、谢芳担任乐辉公司总经理期间的工资即谢芳薪酬统计表（复印件）；5、谢芳于2008年3月31日同上海蓝怡科技有限公司（以下简称蓝怡科技公司）签订的《劳动合同》一份。证明谢芳自2010年5月17日起即在乐辉公司担任总经理，谢芳已经实际履行了总经理的岗位职责，且享受了总经理的岗位薪资待遇。

第六组证据：1、乐辉公司投资公司的高管李辉同乐辉公司员工周京敏的谈话录音；2、南京奕欣生物科技有限公司（以下简称奕欣公司）工商登记公示信息。证明谢芳投资的信好公司派驻自己员工朱芸在乐辉公司办公，谢芳除投资信好公司外，同时还投资入股奕欣公司，且经营与乐辉公司同类的业务，谢芳的违法意图明显。

第七组证据：乐辉公司与信好公司签订的《G8购销合同书》（复印件）。证明谢芳在乐辉公司担任总经理期间，违反忠实义务进行自我交易。

第八组证据：1、谢芳于2012年11月17日以乐辉公司总经理的身份向乐辉公司董事长李子樵发送2013年公司工作计划的邮件打印页；2、谢芳于2012年11月20日向乐辉公司发送的个人简历邮件打印页；3、谢芳于2012年12月24日以乐辉公司负责人的身份向乐辉公司发送2012年工作总结暨2013年工作计划的邮件打印页；4、谢芳于2013年1月6日以乐辉公司负责人（总经理）的身份向乐辉公司发送的电子邮件打印页。证明谢芳在乐辉公司担任总经理，谢芳已实际履行总经理的岗位职责。

谢芳对乐辉公司上述证据的质证意见为：

第一组证据：对《劳动合同》和《员工辞职申请表》的真实性均无异议。但《劳动合同》第九条培训、竞业、保密约定显示按公司《人力资源管理制度》执行，但乐辉公司没有提供该《人力资源管理制度》。证明双方之间有竞业禁止的约定。

第二组证据：对该组证据的真实性均无异议，但乐辉公司的经营范围与信好公司的经营范围并不完全一致，信好公司的经营范围更广泛。且信好公司是2012年2月设立的，而谢芳与乐辉公司之间的劳动合同签订于2012年6月，即谢芳在成为乐辉公司的员工之前，信好公司已经存在。

第三组证据：对该组证据的真实性有异议，该汇总表只是乐辉公司的账目查询结果表，并非正规发票，乐辉公司没有提供交易合同，不能直接证明乐辉公司与信好公司之间存在买卖合同关系。乐辉公司与信好公司的交易并未涉及到谢芳个人，故不能说明谢芳有自我交易的行为；且交易记录里有谢芳离职后的交易情况，因此也不能说明乐辉公司与信好公司的交易与谢芳有关。

第四组证据：该组证据只能说明乐辉公司与信好公司之间有交易往来，不能证明谢芳利用其高管身份进行了自我交易，故该组证据与本案无关联性。

第五组证据：1、对乐辉公司的工商登记公示信息的真实性予以认可，但不能表明谢芳实际上真正担任乐辉公司的高管。且乐辉公司的设立时间是2010年5月24日，而双方之间的劳动合同起算时间为2012年6月；2、对乐辉公司任命谢芳为总经理的董事会决议的真实性有异议，人事任命书的时间系2012年12月27日，而董事会决议的时间为2012年12月29日，这不符合常理。且由蓝怡科技公司任命谢芳为乐辉公司高管，有违乐辉公司的公司章程；3、对乐辉公司任命谢芳为公司经理的股东决定的真实性认可，但这是为了公司的设立需要，当时谢芳并不是乐辉公司员工，并未与乐辉公司签订劳动合同；4、对谢芳薪酬统计表的真实性不予认可，系乐辉公司单方制作，并未得到谢芳的签字确认；5、谢芳与蓝怡科技公司之间的《劳动合同》系复印件，故对真实性不予认可。

第六组证据：1、谈话录音中的当事人并没有身份证明，也未出庭作证，且与本案无关联性；2、对奕欣公司的工商登记公示信息的真实性无异议，但与本案无关联性。奕欣公司的设立时间是2011年1月7日，当时谢芳并非乐辉公司的员工，故不存在自我交易行为。

第七组证据：该合同无原件，即使该合同客观存在，也不能证明谢芳在业务交易过程中为其谋取利益。

第八组证据：对该组证据的真实性不能确认，亦无法达到乐辉公司的证明目的，谢芳只是蓝怡医药公司下属公司的负责人。

信好公司对乐辉公司提供的证据质证意见为：

第一组证据：对该组证据的真实性无异议，但对证明目的有异议。是否是公司高管要采取事实主义，仅凭劳动合同中载明谢芳为总经理不能说明谢芳确实是乐辉公司的高管。从辞职申请表看谢芳提出辞职和实际离职的时间均为2013年7月15日，作为高管人员其全面负责企业的日常经营管理工作，在同一日即完成从辞职申请到辞职手续交接的全面过程，不符合企业的运行规律。

第二组证据：对该组证据的真实性无异议，但对证明内容有异议，根据乐辉公司的营业执照和信好公司的工商机读资料显示，两公司的经营范围均很宽泛，其中有交叉，但是是否经营同类业务需要根据实际交易情况判断，仅凭营业执照和工商档案证明乐辉公司与第三人经营同类业务没有根据。

第三组证据：对该组证据的真实性无法判断。

第四组证据：该组证据与本案无关联性。

第五组证据：1、对乐辉公司的工商登记公示信息的真实性无异议，但该工商登记只是为了满足登记的形式主义需要，不能证明谢芳实际履行了总经理的职责；2、对乐辉公司任命谢芳为总经理的董事会决议的真实性不予认可，蓝怡科技公司对谢芳进行任命，说明谢芳在公司的地位系部门经理；3、对乐辉公司任命谢芳为公司经理的股东决定的真实性认可，但当时谢芳并未与乐辉公司签订劳动合同，该决议只是满足工商登记的形式需要；4、对谢芳薪酬统计表的真实性不予认可，不能说明谢芳系乐辉公司的高管；5、谢芳与蓝怡科技公司之间的《劳动合同》系复印件，故对真实性不予认可。

第六组证据：1、对谈话录音的真实性、合法性、关联性均不予认可；2、奕欣公司的工商登记公示信息与本案无关联性，奕欣公司不是本案的当事人。

第七组证据：对该证据的真实性不予认可。从该合同反映出信好公司在帮乐辉公司进行销售，故该合同亦不能达到乐辉公司的证明目的。

第八组证据：对该组证据的真实性均不予认可。

谢芳为证明其答辩意见，提供以下证据：

1、乐辉公司的公司章程，其中第九条显示乐辉公司的母公司是蓝怡医药公司，是法人独资企业；第十七条显示乐辉公司是一人有限责任公司不设股东会；第十八条第九项显示经理应该由公司的执行董事进行任命，但是现实情况并非如此，公司章程中也未对自我交易有禁止性约定。

2、乐辉公司与谢芳之间的《劳动合同》（同乐辉公司第一组证据），该合同中显示《职位说明书》、《工资调整通知单》等作为劳动合同附件，但是谢芳从未看过附件。《劳动合同》中无双方之间存在有关竞业禁止的约定，谢芳离职后乐辉公司也未给予任何经济补偿。

3、员工辞职申请表（同乐辉公司第一组证据），该申请表抬头为“上海蓝怡公司”，部门为“江苏乐辉”，可以看出谢芳是向蓝怡医药公司辞职，从申请到离职在一天内完成，并非正常解聘总经理的法定程序，谢芳仅仅执行蓝怡医药公司的相关指令，并非公司高管。

乐辉公司对谢芳上述证据的质证意见为：对上述证据的真实性均无异议，但是不认可证明目的，认为劳动合同可以充分证明谢芳总经理身份，公司法也明确规定总经理属于公司高管，谢芳在实际工作中也在履行公司高管的职责，根据公司法关于高管禁止自我交易的立法目的、初衷，公司高管对其任职公司有忠实义务，公司高管与其任职公司有自我交易属于公司法所规定的禁止性行为。

信好公司对谢芳提供的证据质证意见为：对证据的真实性无异议，谢芳并未行使高管的相应职权。

信好公司未向原审法院提供证据。

原审法院对证据的认证意见为：谢芳、信好公司对乐辉公司提供的第一、二组证据、第五组证据中的乐辉公司工商登记信息、股东决定和第六组证据中的奕欣公司工商登记公示信息的真实性无异议，乐辉公司、信好公司对谢芳提供的三组证据的真实性无异议，对上述双方无异议证据的真实性予以确认。谢芳、信好公司虽对乐辉公司提供的第三、四组证据和第五组证据中的董事会决议的真实性持有异议，但并未提供证据加以反驳，且乐辉公司已提供原件供核实，故原审法院对该几组证据的真实性予以确认。对乐辉公司提供的第五组证据中的谢芳薪酬统计表、谢芳与蓝怡科技公司之间的《劳动合同》和第七、八组证据均系复印件，原审法院依法不予认证。对乐辉公司提供的第六组证据中的谈话录音，因录音中的当事人未出庭接受质询，不符合证据的形式要件，依法不予确认。至于证据的证明力问题，将在“本院认为”部分结合案件事实予以综合分析与认定。

原审法院经审理查明，2010年5月24日，乐辉公司成立，法定代表人为李子樵，经营范围为：“许可经营项目：医疗器械销售（按许可证所列范围经营）。一般经营项目：从事医药科技领域内的技术开发、技术转让、技术咨询、技术服务；一类医疗器械、仪器仪表、办公用品、日用百货、五金交电、金属材料、电子产品、机械设备、计算机软硬件、建材销售；医疗设备维修、租赁、咨询服务；土木工程设计、施工。”公司股东为蓝怡医药公司。2010年5月17日，蓝怡医药公司作出股东决定：任命李子樵担任乐辉公司执行董事、洪炜担任乐辉公司监事，公司经理由谢芳担任。乐辉公司章程第十八条载明：“本公司设执行董事，执行董事行使下列权利：……（九）决定聘任或解聘公司经理及报酬事项，并根据经理的提名决定聘任或解聘公司副经理，财务负责人及其报酬事项。”第十九条载明：“公司设经理，行使下列职权：（一）主持公司的生产经营管理工作，组织实施股东决定；（二）组织实施公司年度经营计划和投资方案；（三）拟订公司内部管理机构设置方案；（四）拟订公司的基本管理制度；（五）制定公司的具体规章；（六）提请聘任或者解聘公司副经理、财务负责人；（七）决定聘任或者解聘除应由执行董事决定聘任或者解聘以外的负责管理人员；（八）执行董事授予的其他职权。”

2012年6月1日，谢芳与乐辉公司签订《劳动合同》一份，该合同第一条约定：“本合同期自2012年6月1日至2015年5月30日止”。第二条约定：“谢芳从事总经理工作，乐辉公司的工作所系岗位职责详见附件《职位说明书》。”第九条约定：“培训、竞业、保密约定按公司《人力资源管理制度》执行。”该合同后未见附件。

2012年12月29日，蓝怡科技公司召开第十四次股东会，决议2013年度人事任命的议案，其中任命谢芳为乐辉公司总经理，任命期间从2013年1月1日至2013年12月31日。

2013年7月15日，谢芳向“上海蓝怡公司”递交《员工辞职申请表》，该申请书中载明：“部门：江苏乐辉；入职时间：2004年7月1日；谢芳因身体原因，于2013年7月15日向公司申请提出辞职，辞职时间为2013年7月15日。”

原审另查明，2012年2月22日，信好公司成立，公司经营范围为：“商务咨询，投资管理，咨询，市场营销策划，会务会展服务，建筑工程，绿化工程，（节能环保、医药科技）领域内的技术开发、技术转让、技术咨询和技术服务，从事货物及技术的进出口业务，机电设备租赁，一类医疗器械、建筑材料、装饰材料、机电设备、电子产品、服装、鞋帽、皮革制品、化妆品的销售；Ⅲ、Ⅱ类：医用超声仪器及有关设备、临床检验分析仪器（含医疗器械类体外诊断试剂）、医用卫生材料及敷料、医用缝合材料及粘合剂、医用高分子材料及制品（一次性使用无菌医疗器械重点监管产品除外）、介入器材（植入类医疗器械除外）、软件；Ⅱ类：医用光学器具，仪器及内窥镜设备、医用核素设备。”信好公司股东为谢芳及王丹凤，谢芳出资80万元，持股比例为80%，王丹凤为信好公司法定代表人。2012年10月30日至2013年8月27日期间，信好公司与乐辉公司存在多次交易往来，由乐辉公司向信好公司销售医疗器械。

经各方当事人确认，一审的争议焦点为：1、谢芳是否为乐辉公司的高级管理人员；2、谢芳是否存在违反竞业禁止义务和自我交易的行为；3、如果谢芳存在违反了竞业禁止义务和自我交易的行为，乐辉公司对谢芳的收入行使归入权的具体金额是多少。

原审法院认为，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。本案系损害公司利益责任纠纷，损害公司利益责任系指公司股东滥用股东权利或者董事、监事、高级管理人员违反法定义务，损害公司利益而产生的责任。本案中，乐辉公司认为谢芳作为公司高管，未经公司股东会同意违反竞业禁止义务并进行自我交易，乐辉公司应对谢芳的收入行使归入权。对此，乐辉公司应当承担举证责任。

关于第一个争议焦点，根据《中华人民共和国公司法》第二百一十七条第（一）项规定，高级管理人员，是指公司的经理、副经理、财务负责人，上市公司董事会秘书和公司章程规定的其他人员。该法条所指公司经理、副经理在商事实践中可对应公司的总经理和副总经理。谢芳认为其只是乐辉公司形式意义上的总经理，乐辉公司是蓝怡医药公司的子公司，故乐辉公司的经营活动全部由蓝怡医药公司统一安排，谢芳是按照蓝怡医药公司的指令工作，乐辉公司实际控制人是蓝怡医药公司及乐辉公司执行董事李子樵。对此，原审法院认为，谢芳与乐辉公司签订的《劳动合同》中明确载明谢芳的职务为总经理，结合乐辉公司的公司章程中关于总经理的职责规定，谢芳应系乐辉公司的高级管理人员。对于谢芳的该抗辩意见，依据不足，不予采纳。

关于第二个争议焦点，首先，高级管理人员竞业禁止义务是指未经股东会或股东大会同意，高级管理人员不得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。为防止利用高级管理人员身份优势谋取个人利益而损害公司利益，基于平衡利益冲突、保护公司利益的目的，高级管理人员应对公司承担忠实义务，而高级管理人员竞业禁止义务是忠实义务的重要内容，如果他们同时处于公司竞争者的地位，将导致其个人利益与公司利益的冲突以及利用公司任职的便利，增加篡夺商业机会同公司竞争的可能性，公司的最大利益就将难以实现。因此，对竞业限制的范围进行解释时，应当把握的一个原则便是考察公司高管从事的各种经营活动是否侵害了公司现实利益或者可预见的预期利益，以此作为判定标准。本案中，尽管谢芳系信好公司股东，但并未在本质上改变乐辉公司与信好公司原有的利益格局，乐辉公司亦未提供证据证明谢芳的行为篡夺了乐辉公司的商业机会，并损害了乐辉公司的商业利益。因此谢芳在信好公司担任股东的行为不违背高级管理人员竞业禁止义务的根本目的，不构成高级管理人员竞业禁止行为。其次，谢芳时任乐辉公司总经理期间有权对外签署合同，且在谢芳从乐辉公司辞职之后，乐辉公司与信好公司之间仍有交易往来，乐辉公司章程亦未对此行为作出禁止性约定，乐辉公司未能提供证据证明谢芳实际操纵了乐辉公司与信好公司进行交易，故不能据此得出谢芳的行为系自我交易行为。

关于第三个争议焦点，乐辉公司在诉讼中要求法院保全信好公司自2012年6月起至2014年3月期间的账务账册、销售合同及相关票据等证据，并安排第三方审计机构对信好公司的相关财务账册进行审计。原审法院认为，乐辉公司诉请的依据在于谢芳在乐辉公司任总经理期间存在违反竞业禁止义务和自我交易行为。在没有初步证据证明谢芳存在上述行为的情况下，原审法院对该申请不予准许。综上，乐辉公司要求就谢芳违反自我交易规定所获得的收入604711元（1889724.07元（乐辉公司与信好公司的交易总额）×40%（估算的利润率）×80%（谢芳在信好公司的出资额）］和谢芳违反竞业禁止义务所获得的收入10万元归乐辉公司所有，缺乏事实和法律依据，依法不予支持。据此，依照《中华人民共和国公司法》第一百四十八条、第一百四十九条、第二百一十七条第一款、《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条、《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款、第一百四十二条之规定，原审判决驳回乐辉公司的诉讼请求。一审案件受理费10800元，保全费4044元，共计14844元，由乐辉公司负担。

乐辉公司不服上述民事判决，向本院提起上诉称：一、原审判决对于《公司法》第一百四十八条第（四）、第（五）项作目的限缩解释，将该责任等同于侵权法的损害赔偿责任，于法无据。二、原审判决基于对《公司法》第一百四十八条的错误解释，不合理分配上诉人举证责任，要求上诉人额外证明篡夺商业机会的事实，于法无据。三、在原审中，上诉人要求对相关证据作证据保全，申请对相关交易收入进行评估，并不会妨害任何人的合法权利，而是为了查明必要事实的正当诉讼权利之行使。原审判决推卸责任，事实上延宕了诉讼期间，更可能造成上诉人无法举证或举证不能。请求二审法院撤销原审判决，判令被上诉人谢芳：1、违反自我交易禁止性规定所获得的收入604711元归乐辉公司所有；2、违反竞业禁止义务所获得的收入10万元归乐辉公司所有；3、承担本案一、二审诉讼费用。

被上诉人谢芳答辩称：原审认定事实清楚，判决有法律依据。请求二审法院驳回上诉人的上诉请求。

原审第三人信好公司的答辩意见同被上诉人谢芳的答辩意见。

当事人各方对原审查明的案件事实无异议，本院予以确认。

经各方当事人确认，二审归纳争议焦点为：一、谢芳是否存在违反竞业禁止义务的行为；二、如果谢芳存在违反竞业禁止义务的行为，所得的收入金额是多少。

本院认为，《中华人民共和国公司法》第一百四十八条规定，董事、高级管理人员不得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；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。董事、高级管理人员违反上述规定所得的收入应当归公司所有。被上诉人谢芳系上诉人乐辉公司总经理，属于公司高级管理人员，谢芳在担任乐辉公司总经理期间，未经股东会、股东大会同意，利用其控股的信好公司与乐辉公司订立合同进行交易；其未经股东会或者股东大会同意，自营或为他人经营与乐辉公司经营范围相同的业务，其行为违反了公司高级管理人员对公司应有的忠实义务，根据法律规定，公司高级管理人员违反忠实义务的，其所获得的收入应当归公司所有。

本案中，上诉人乐辉公司主张的604711元公司归入权，应当是指被上诉人谢芳担任乐辉公司总经理期间，未经股东会或者股东大会的同意，利用信好公司与乐辉公司订立合同进行交易所取得的利益归乐辉公司所有。现乐辉公司主张谢芳有604711元收入，依据是2012年10月30日至2013年8月2日期间，乐辉公司向信好公司销售了1889724.07元医疗器械。但在该交易中，乐辉公司是卖方、信好公司是买方，乐辉公司无证据证明在谢芳担任乐辉公司总经理期间，其向信好公司销售的医疗器械价格低于其向其他公司销售的价格，即乐辉公司无证据证明谢芳因实施乐辉公司与信好公司交易行为而获得了溢出利益，也没有证据证明因谢芳实施乐辉公司与信好公司的交易行为而给乐辉公司造成了损害或损失。且即使乐辉公司向信好公司销售1889724.07元医疗器械，信好公司获得了经营收入，也不能当然得出该收入的80％归谢芳所得，故乐辉公司主张谢芳违反竞业禁止义务进行自我交易所获得的604711元收入归公司所有的诉请，缺乏事实依据，本院不予支持。

关于乐辉公司主张谢芳违反竞业禁止义务，要求将谢芳经营同类业务所获得的10万元收入归公司所有的问题。谢芳于2012年2月22日与他人共同投资设立了信好公司，经营与乐辉公司相同的业务范围，谢芳在2012年6月1日至2013年7月15日担任乐辉公司总经理期间，未将该情况告知乐辉公司股东，其行为违反了公司高级管理人员应尽的忠实义务。乐辉公司对此已经完成了初步举证义务。谢芳否认有10万元收入，应承担相应举证责任。最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第七十五条规定，有证据证明一方当事人持有证据无正当理由拒不提供，如果对方当事人主张该证据的内容不利于证据持有人，可以推定该主张成立。乐辉公司要求对信好公司2012年6月至2014年3月期间的财务账册进行保全并审计，二审中谢芳明确表示不能提供信好公司2012年6月至2014年3月期间的财务账册等资料。据此本院推定乐辉公司的主张成立。故对乐辉公司要求将谢芳经营同类业务所获得的10万元收入归乐辉公司所有的诉请，本院予以支持。综上，上诉人的部分上诉请求成立，本院予以支持。原审认定谢芳行为未违反竞业禁止义务不当，导致判决结果有误，本院予以纠正。本案一、二审诉讼费用按乐辉公司诉请数额与获得支持数额的比例负担。依照《中华人民共和国公司法》第一百四十八条、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（二）项、第一百七十五条之规定，判决如下：

一、撤销南京市建邺区人民法院（2014）建商初字第155号民事判决；

二、被上诉人谢芳于本判决生效之日起十日内给付上诉人江苏乐辉医药有限公司10万元；

三、驳回上诉人江苏乐辉医药有限公司的其他诉讼请求。

如果未按本判决指定的期限履行给付金钱义务，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。

一审案件受理费10800元、保全费4044元，合计14844元，由上诉人乐辉公司负担12738元，被上诉人谢芳负担2106元；二审案件受理费10800元，由上诉人负担乐辉公司负担9268元，被上诉人谢芳负担1535元（被上诉人应负担的诉讼费用已由上诉人向法院预交，被上诉人在给付上述款项时将此款一并给付上诉人）。

本判决为终审判决。

审　判　长　　吴劲松

审　判　员　　刘阿珍

代理审判员　　夏奇海

二〇一五年六月二十九日

书　记　员　　陈　丹

《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：

……

（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。

……

董事、高级管理人员违反上述规定所得的收入应当归公司所有。

最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》

第七十五条有证据证明一方当事人持有证据无正当理由拒不提供，如果对方当事人主张该证据的内容不利于证据持有人，可以推定该主张成立。

《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。

第一百七十条第二审人民法院对上诉案件，经过审理，按照下列情形，分别处理：

（一）原判决、裁定认定事实清楚，适用法律正确的，以判决、裁定方式驳回上诉，维持原判决、裁定；

（二）原判决、裁定认定事实错误或者适用法律错误的，以判决、裁定方式依法改判、撤销或者变更；

（三）原判决认定基本事实不清的，裁定撤销原判决，发回原审人民法院重审，或者查清事实后改判；

（四）原判决遗漏当事人或者违法缺席判决等严重违反法定程序的，裁定撤销原判决，发回原审人民法院重审。

原审人民法院对发回重审的案件作出判决后，当事人提起上诉的，第二审人民法院不得再次发回重审。

第一百七十四条第二审人民法院对上诉案件，除依照本章规定外，适用第一审普通程序。