广东省佛山市中级人民法院

民 事 判 决 书

（2018）粤06民终3383号

上诉人（原审原告）：佛山市极致金属制品有限公司，住所地广东省佛山市南海区。

法定代表人：陈某，经理。

委托诉讼代理人：梁淑媚，北京市盈科（佛山）律师事务所律师。

委托诉讼代理人：符安娜，北京市盈科（佛山）律师事务所实习律师。

被上诉人（原审被告）：段文彬，女，汉族，1984年3月19日出生，住广东省佛山市禅城区。

委托诉讼代理人：刘金财，广东品高律师事务所律师。

委托诉讼代理人：招洁华，广东品高律师事务所律师。

被上诉人（原审被告）：刘凯，男，汉族，1980年10月7日出生，住广东省佛山市禅城区。

委托诉讼代理人：刘金财，广东品高律师事务所律师。

委托诉讼代理人：招洁华，广东品高律师事务所律师。

原审第三人：佛山市永正大进出口有限公司，住所地广东省佛山市南海区。

法定代表人：程勇强。

委托诉讼代理人：郭炳均，该公司员工。

上诉人佛山市极致金属制品有限公司（以下简称极致公司）因与被上诉人段文彬、刘凯以及原审第三人佛山市永正大进出口有限公司（以下简称永正大公司）损害公司利益责任纠纷一案，不服广东省佛山市禅城区人民法院（2017）粤0604民初2136号民事判决，向本院提起上诉。本院于2018年3月19日立案后，依法组成合议庭对本案进行了审理。本案现已审理终结。

极致公司上诉请求：1.撤销一审判决，支持极致公司对段文彬、刘凯的全部诉讼请求；2.判令一审、二审全部诉讼费用由段文彬、刘凯承担。事实与理由：

一、一审判决基本事实认定错误，极致公司股东合作模式应遵从《关于合作经营佛山市极致金属制品有限公司的协议》（以下简称《合作协议》）中关于股东权利义务及限制同业竞争的约定。

极致公司三位股东进行投资合作存在特殊的背景，股东陈某主管生产环节，段文彬、刘凯主管销售与财务，大股东Alex主管海外市场。股东陈某完全不懂对外贸易流程，大股东Alex与陈某毫无信任基础，段文彬、刘凯是唯一的沟通桥梁，这也是全案中刘凯只能提交一份陈某填写过英文报价邮件的原因。而一审法院仅仅依据偶发的行为就完全否定各股东已经签订的书面《合作协议》，无视其中《合作协议》中关于限制同业竞争的约定，无契约精神。段文彬、刘凯侵吞差价的行为已经严重损害公司的利益，导致公司长时间面临供应商追债，甚至面临破产境地。段文彬、刘凯应对其损害公司利益的行为承担责任。

二、一审判决遗漏重大事实，完全忽略极致公司另一位股东Alex在公司的权益体现。

一审法院仅依据两封邮件便判定作为极致公司股东之一的陈某认可差价，认可段文彬、刘凯享有销售环节利润的事实，并据此认定双方的交易模式实际推翻了之前签订的《合作协议》，完全遗漏掉《合作协议》当事方之一也即作为控股股东的Alex在案发前完全不知道差价，也绝对不认同差价的事实。在一份三方协议中，不能仅凭协议一方或两方在实际履行过程中的行为就视为变更三方协议。若依一审判决所述，协议签订前后交易模式一致，则无法解释极致公司三位股东以增资扩股的方式进行投资合作且实际出资并作相应的工商变更；无法解释如果极致公司股东陈某与段文彬、刘凯各享生产、销售环节利润，则作为控股股东的Alex如何从其投资行为中获利。

极致公司补充上诉意见称：

一、一审判决基本事实认定错误，合作协议的签署即代表三方交易习惯以及法律关系的改变，陈某、段文彬以及Alex自2013年11月起共同投资经营极致公司。

虽然在合作协议签署之前，极致公司、段文彬及TURNMILLAB（Alex实际控制的公司）便存在交易往来，但这种交易往来存在于段文彬以中间商的身份向Alex抽取巨额佣金（实际抽取的佣金要远远高于其向Alex允诺的1%）的基础之上。后来Alex看中极致公司的生产能力，并觉得应从原材料环节免去佣金成本，便在段文彬的牵线之下与段文彬投资入股极致公司。虽然双方在合作之后的分工与其在原来交易中的工作内容是类似的，但法律关系已经发生本质变化如下图：

合作协议签署前：

合作协议签署后：

即，合作协议签署之后，段文彬已由原来中间商的身份转变为极致公司的股东及高管，对外代表极致公司与TURNMILLAB进行买卖交易。既然法律关系已经发生本质变化，那法律后果也应该随之改变，合作之前段文彬报价与陈某报告的差价归属与极致公司无关，但合作之后段文彬作为极致公司股东及财务负责人的报价产生的收入应当然的归属公司所有。

即使在本案中，陈某与Alex此前因完全没有沟通基础与信任基础，表现出来一些看似与常理不符的地方，但是陈某提供的说明与Alex的邮件回复完全可以看出三者合作的原意本就是共同经营合作，按照各自的持股比例享有公司权益。根据三方签订的合作协议第四条第一款，在段文彬未提供相反证据证明三者达成“陈某、段文彬各享生产、销售环节利润，Alex只投钱不享有任何权益”这一荒谬论断的前提下，一审法院的判决是站不住脚的。一审法院在已有书面股东合作协议的情况下，用合同法中的交易习惯来否定公司治理约定，显然属于事实认定错误。

二、一审法院法律适用不准确。本案为损害公司利益责任纠纷，重点不在于陈某何时知道侵吞差价，而是只要段文彬的报价属于职务行为或股东违反忠实义务的行为，所获收入应归属公司所有。

合作协议已载明三方合作后禁止股东自我交易、关联交易、利益输送的条款：（1）《合作协议》第四条第6款：“各方不得从事损害该公司利益的活动，尤其不得利用公司资源为个人牟利。”（2）《合作协议》第四条第7款:“未经其他方同意，任何一方不得同该公司进行交易。”作为财务负责人的段文彬，违反忠实义务在公司与客户的交易中侵占的属于公司的款项，这部分收入应归入公司，根据公司法第一百四十八条第二款的规定，极致公司可以行使归入权。

三、一审法院错误分配及认定举证责任。

公司分红与否与本案待证事实并无关联，极致公司并无义务证明公司亏损。公司利益的损害不能等同于指公司亏损，本应属于公司的差价部分而被段文彬、刘凯侵占也当然属于公司利益的损害。极致公司已提交《合作协议》及Alex邮件回复证明极致公司的利润分配方式即为按持股比例分红，且《合作协议》第五条明确约定：“该公司的利润按出资比例分配，该公司的利润分配方案必须经甲乙丙三方共同签字同意后，才能实行。”而段文彬、刘凯未提供其与陈某、Alex三方同意以另外的模式进行分红的证据，举证不能的是段文彬、刘凯，而非极致公司，举证不能的责任应由段文彬、刘凯承担。

段文彬、刘凯辩称：

一、案外人陈某作为极致公司的法定代表人及实际控制人，偶发性的行为更足以证明合作模式未曾变更的事实。

合作协议签订后，由于三方之间的合作模式依旧，因此三方仍然是沿用合作协议签订前的对接模式进行对接，即由极致公司与段文彬、刘凯对接，段文彬、刘凯与TURNMILLAB公司对接，因此由极致公司直接向TURNMILLAB公司报价并非常态，而正因为有极致公司直接向TURNMILLAB公司报价这种非常态情况的出现，才更直接证明了在实际操作中，并非按照三方所签订的合作协议进行，否则，极致公司就不会在明知存在差价的情况下仍一直按照其报给段文彬、刘凯的价格进行结算。

二、Alex作为案外人，其权益如何与本案无关。事实上，Alex的获利根本并非是通过公司的盈利分配，而是通过再提高价格供货给国外其他客户的方式获取利益。

Alex虽然是合作协议签订的其中一方，但其同时也是TURNMILLAB公司的负责人。如果在签订合作协议后，三方之间的合作模式遵从合作协议的约定，那么极致公司完全可以直接将报价发给TURNMILLAB公司，而无需通过段文彬、刘凯。而且，无论是段文彬、刘凯还是Alex,自协议签订至今并未参与过极致公司的盈利分配，这进一步说明段文彬、刘凯以及Alex的盈利模式如合作协议签订前的模式。而事实上，Alex之所以投资于极致公司，是为了扩大极致公司的产能，以使其实际控制的TURNMILLAB公司有更稳定的供货渠道，为其带来更可观的经济利益。综上，一审法院认定事实清楚，适用法律正确，请求二审法院驳回极致公司的上诉请求，维持原判。

永正大公司述称：永正大公司对于极致公司与段文彬、刘凯之间的纠纷不知情，永正大公司与本案纠纷无关。

极致公司向一审法院起诉请求：1.判令段文彬、刘凯返还侵占极致公司的货款1169362.60元及利息，该利息至2017年1月12日为56470.47元，2017年1月13日起利息按人民银行同期贷款利率计至实际清偿之日止；2.段文彬、刘凯承担本案翻译费用8825元；3.段文彬、刘凯返还极致公司出口退税款项共计275667.41元及利息（利息自起诉之日起按中国人民银行同期贷款利率计算至实际清偿之日止）;4.段文彬、刘凯承担本案诉讼费用。

一审法院认定事实：极致公司于2010年10月25日登记设立，原股东为陈某。2013年11月7日，陈某作为甲方、段文彬作为乙方、Alex作为丙方，三方签订《合作协议》，约定主要内容如下：1.出资：三方共同出资150万元，其中甲方出资51万元（持股34%），乙方出资22.5万元（持股15%），丙方出资76.5万元（持股51%），登记股东由甲方变更为甲乙两方，丙方的股份由乙方代为持有；2.分工：甲方负责公司内部经营管理的全部事务，包括安全、生产、技术、员工管理、国内市场开拓等，暂定工资10000元/月；丙方负责开拓公司在国外的业务，监督公司各方面的工作，暂定工资3000元/月；乙方协助丙方开拓国外业务，协调生产、销售工作，分管财务工作，暂定工资3000元/月；3.利润分配：公司的利润按出资比例分配，分配方案必须经甲乙丙三方共同签字同意后，才能实行；4.其他：段文彬授权刘凯代为处理一切事务。

上述《合作协议》签订前，陈某、段文彬、Alex即存在合作，极致公司、段文彬、刘凯确认合作模式如下：陈某将产品报价给刘凯，刘凯在前述报价基础上浮一定比例再报价给TURNMILLAB（Alex在国外经营的公司），TURNMILLAB认可报价即向刘凯下订单，刘凯再向陈某下订单，由陈某组织生产。生产完成后，陈某将货物交付给刘凯，并按双方报价进行结算，刘凯再将货物出口TURNMILLAB，并按双方报价进行结算。

极致公司、段文彬、刘凯对《合作协议》签订后有关货物报价、出口、回款情况确认如下：TURNMILLAB（Alex在国外经营的公司）向极致公司下单，陈某通过邮件向刘凯报价（以下简称报价1），刘凯再向TURNMILLAB报价（在陈某报价基础上上浮一定比例，以下简称报价2）。出口货物由可退税商品和不可退税商品构成：（1）对不可退税商品部分，由刘凯办理运输、清关事宜，并由刘凯向TURNMILLAB出具形式发票（以下简称形式发票2），形式发票上记载的总费用包括货款（报价2的价格）、装运费、FOB费用，收款账户为刘凯指定的香港汇丰银行账户（账户名：SunHui(HK)xxxxxxxxx），TURNMILLAB按形式发票上记载的总费用向上述收款账户汇款。同时，出货后，陈某也向刘凯出具形式发票（报价1的价格，以下简称形式发票1），以此作为双方结算依据，并由刘凯将货款汇入极致公司账户；（2）对可退税商品部分，由极致公司委托永正大公司办理出口，极致公司于2014年4月1日与永正大公司签订《代理出口协议》，约定主要内容如下：永正大公司作为商务代理协助极致公司办理有关对外成交及出口手续；极致公司在货物出口后60日内向永正大公司开具17%的增值税票；永正大公司收到国外客商货款后，将相应款项汇给极致公司指定账户；永正大公司在收到极致公司的增值税票后，按照对应的退税率（13%）在2个工作日内折算给极致公司，并每美元收取人民币0.06元的手续费。上述《代理出口协议》加盖极致公司的公章，并由陈某签名确认。对该部分货款的结算，极致公司、段文彬、刘凯确认如下：极致公司向永正大公司开具增值税发票时向刘凯收取8%的开票费，永正大公司收到国外客商货款及办理出口退税后，将相应的货款和退税汇入极致公司账户，陈某向刘凯出具形式发票（即形式发票1），并作为结算依据。

一审法院另查明一，陈某分别于2011年10月25日（合作前）、2013年12月6日（合作后）通过电子邮箱向刘凯发送了两份报价单，两份报价单上记载的相同产品的报价一致；陈某分别于2012年7月29日（合作前）、2015年3月30日（合作后）通过电子邮箱向刘凯发送了两份报价单，两份报价单记载的相同产品的报价一致。

一审法院另查明二，2014年11月6日10时02分，陈某通过电子邮箱向刘凯发送了文件名分别为“quotationcollection”（即报价2）和“极致20141105报价单”（即报价1）的两份文件，与以往陈某向刘凯发送的报价单不同，该报价单最后一列记载了“备注价”，该“备注价”与同时发送的“quotationcollection”记载的报价基本一致（上下浮动5‰）。同日10时16分，陈某通过电子邮件向Alex发送了“quotationcollection”，并抄送刘凯。

一审法院另查明三，2015年7月29日，陈某通过电子邮箱向刘凯发送了名为“极致20150724装箱单”的文件，要求刘凯核对装箱单记载的单价是否正确，经比对，该装箱单记载的货物单价与TURNMILLAB收到的形式发票（即形式发票2）记载的货物单价一致。2015年9月23日，陈某通过电子邮箱向刘凯发送了名为“极致20150724发票”（即形式发票1）的文件，该形式发票记载的货物编号、规格及数量与“极致20150724装箱单”记载的信息一致，但记载的单价均下浮20%左右。

一审法院另查明四，陈某通过电子邮件向刘凯发送了名为“极致20131111-20131203发票”，该发票记载的应收货款为-31309.20元；名为“极致20131227-20140302发票”记载的应收货款为-213270.60元；名为“极致20140303-20140404发票”记载的应收货款为-356208.54元，……。

一审法院另查明五，对可退税商品，永正大公司除按比例收取手续费外，还收取拖车费、车场报关费等费用，上述费用均由段文彬个人账户支出。

一审法院另查明六，段文彬、刘凯于2016年1月26日登记结婚。

一审法院认为：极致公司诉请段文彬、刘凯返还所侵占公司款项，本案属损害公司利益责任纠纷。极致公司诉请款项分为“报价差价款”和出口退税，对此，一审法院分析如下：

关于“报价差价款”，极致公司主张报价1只是出货保底价，仅供段文彬、刘凯与TURNMILLAB议价时参考，其不知情报价2与报价1之间存在价差，故一直未向段文彬、刘凯主张相关款项。综合本案现有证据，一审法院对极致公司的主张不予采信，具体理由如下：1.根据“另查明二”查明事实，报价1明确记载了“备注价”，该“备注价”与报价2基本一致，故一审法院推定极致公司至少于2014年11月6日已知情报价1与报价2存在价差，但其并未向段文彬、刘凯提出异议；2.根据“另查明三”查明事实，极致公司在知晓报价1与报价2存在价差的情况下，仍向段文彬、刘凯出具以报价1为基础的形式发票，并以此为依据与段文彬、刘凯进行结算；3.根据“另查明四”查明事实，段文彬、刘凯多次存在预付或超额付款，如段文彬、刘凯只是单纯履行职务且不存在特别约定的利润分配方式，段文彬、刘凯实无必要垫付相关款项，而只需待TURNMILLAB汇款至香港汇丰银行账户后再如数汇款至极致公司账户即可；4.极致公司陈述自《合作协议》签订至今，股东未对公司利润进行分红。但根据极致公司提供的刘凯向TURNMILLAB出具的形式发票记载金额来看，双方货物交易金额约2000万元，在极致公司未举证证明公司存在亏损的情况下，公司连续三年不分红，与日常生活经验不符。且，根据“另查明一”查明事实，报价1记载的同类产品价格在《合作协议》签订前后相一致，故可推定报价1记载价格已包括生产成本和生产利润，而对该部分生产利润，极致公司亦未在股东间进行分配。

关于出口退税，极致公司主张其不知情出口退税的存在，并误将永正大公司汇入的款项（货款+退税）全部抵扣段文彬、刘凯支付的货款。综合现有证据，一审法院对极致公司的上述主张不予采信，具体理由如下：1.根据一审法院查明的事实，极致公司与永正大公司签订的《代理出口协议》已经明确记载了13%的出口退税，极致公司法定代表人在该协议上签名并加盖公章，故在其未能提供相反证据予以反驳的情况下，一审法院其知晓出口退税的存在；2.根据段文彬、刘凯确认事实，极致公司向永正大公司出具增值税发票时向段文彬、刘凯收取8%的开票费，因开具增值税发票是极致公司作为货物销售方应负义务，如段文彬、刘凯只是单纯履行职务且不存在特别约定的利润分配方式，段文彬、刘凯向极致公司支付开票费明显违背日常生活经验，也不符合常理；3.根据“另查明五”查明事实，段文彬、刘凯个人向永正大公司支付出口货物过程中产生的相关费用，如段文彬、刘凯只是单纯履行职务，该费用应由极致公司支出。

综上，一审法院认为，虽《合作协议》约定股东按股权比例分配利润，但在实际经营过程中，股东并未按相关约定履行，而是参照合作之前的模式，各享生产、销售环节的利润，在极致公司未举证证明该种利润分配方式损害公司或公司债权人利益的情况下，该种利润分配分式对股东具有约束力。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款的规定，判决如下：驳回极致公司的全部诉讼请求。一审案件受理费9196元，财产保全费5000元，合计14196元，由极致公司负担。

本院二审期间，各方当事人均未向本院提交新的证据。

经审理，本院对一审判决认定的事实予以确认。

本院认为：综合各方当事人的诉辩意见，本案二审争议的焦点为极致公司主张段文彬、刘凯存在损害公司利益行为需向公司返还货款及退税款是否有充分的依据。

极致公司诉称公司股东段文彬及其股东事项代理人刘凯在公司经营中存在提高产品报价，侵吞报价差额1169362.60元及产品出口退税275667.41元的情况，故请求段文彬、刘凯予以返还。对此，本院具体分析如下：

第一，关于产品报价差价款是否令极致公司权益受到损害的问题

极致公司主张陈某与段文彬及Alex签订《合作协议》前后，均不知道段文彬、刘凯将公司给予的产品报价提高后再外报的情形，报价的差额应属于公司收入。段文彬、刘凯则主张虽与陈某签订《合作协议》，但实际并未按照《合作协议》操作，而是按照原先的操作模式报价收款，并以此种方式获取公司的利润分配。从双方的主张来看，极致公司诉讼请求是否得获支持的前提为段文彬、刘凯提高报价的行为是否为极致公司认可的公司经营方式。

首先，从本案查明的事实来看。极致公司及段文彬、刘凯确认在签订《合作协议》前极致公司与段文彬、刘凯的合作模式为，先由极致公司报价给刘凯，再由刘凯报价给TURNMILLAB,TURNMILLAB认可刘凯的报价后下单，付款也由TURNMILLAB直接付款给刘凯。而根据段文彬、刘凯本案所举证据，三方签订《合作协议》后，极致公司的法定代表人陈某曾有将含有两份价格不同的报价单发送给刘凯，并由极致公司最终将报价较高的报价单发送给AlAlex。此事实可以初步证明段文彬、刘凯所述，即签订《合作协议》后仍按照之前的方式报价。极致公司主张不知道刘凯提高了报价，以为刘凯对外所报价格为FOB价。对此，本院认为，极致公司与段文彬、刘凯签订《合作协议》前就已进行了较长时间的合作，合作方式亦为极致公司向刘凯报价，再由刘凯向外商报价。在双方的此种外贸合作过程中，极致公司作为产品出口的商事经营主体，对外贸经营模式及价格构成不进行了解，显然有违商事交易常理。其次，即使如极致公司所述，其一直以为刘凯对外报价为FOB价格，但从2015年7月29日极致公司通过电子邮件发送给刘凯的装箱单及之后发送的形式发票来看，极致公司应当知道其开具给刘凯的形式发票的价格与装箱单所载价格存在差额，但其仍以较低的价格开具形式发票，明显与商事交易常理悖逆。最后，从段文彬、刘凯多次预付或超额付款及段文彬的账户支付拖车费、车场报关费等事实，结合段文彬、刘凯仅在极致公司每月收取3000元的工资及极致公司在三方合作起始至今未分红的情况，段文彬、刘凯主张极致公司仍以之前的操作方式经营，其两人按照原来的报价方式作为两人在公司的利润分配方式，较之极致公司的主张更为合理可信。

基于上述分析，段文彬、刘凯报价之差额为已获极致公司认可的经营方式。在没有证据反映该合作方式将损害公司或公司债权人利益，且本案并无充分证据证明段文彬、刘凯为极致公司履行职务行为违反勤勉、忠实义务的情况下，一审法院认定本案报价存在差额的事实并未损害极致公司利益恰当，本院予以维持。

第二，出口退税的问题。根据本案查明的事实，陈某作为极致公司的法定代表人与永正大公司签订《代理出口协议》，该协议明确约定永正大公司在收到极致公司的增值税票后，按照对应的退税率（13%）在2个工作日内折算给极致公司，并每美元收取人民币0.06元的手续费。由此可见，极致公司清楚知道退税事项。极致公司主张不知道退税存在，并将退税款全部抵扣给段文彬、刘凯的陈述明显有失诚信。此外，永正大公司在一、二审中确认已将出口退税款转入极致公司的公司账户，即实质上退税款由极致公司掌控。在此情况下极致公司所举证不足以证实段文彬、刘凯侵占退税款的事实。综上，极致公司主张段文彬、刘凯收取退税款后未返还公司缺乏依据，本院不予支持。

综上所述，一审认定事实清楚，适用法律正确，本院予以维持。极致公司上诉所提理据不足，应予驳回。据此，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第一项、第一百七十五条之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费18392元，由上诉人佛山市极致金属制品有限公司负担。

本判决为终审判决。

审判长　　陈儒峰

审判员　　贾小平

审判员　　李　炜

二〇一八年六月十四日

法官助理黄燕芝

书记员李燕美