江苏省南京市雨花台区人民法院

民 事 判 决 书

（2018）苏0114民初2325号

原告：沈和连，住南京市建邺区。

委托诉讼代理人：孙响晴，北京德恒（南京）律师事务所律师。

被告：周剑明，住南京市雨花台区。

委托诉讼代理人:刘凤东,江苏爱信律师事务所律师.

第三人：江苏恒安方信科技有限公司，统一社会信用代码91320000588450677T，住所地在南京市栖霞区紫东路1号。

法定代表人：周剑明，该公司董事长。

委托诉讼代理人：曹某，住南京市秦淮区。

原告沈和连与被告周剑明、第三人江苏恒安方信科技有限公司（以下简称恒安公司）损害公司利益责任纠纷一案，本院于2018年5月8日立案后，依法适用简易程序，公开开庭进行了审理。原告沈和连的委托诉讼代理人孙响晴，被告周剑明的委托诉讼代理人刘凤东，第三人恒安公司的委托诉讼代理人曹某到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告沈和连向本院提出诉讼请求：一、判令被告周剑明立即向第三人恒安公司支付因违反竞业禁止义务所得的收入暂计30万元；二、被告周剑明立即停止侵害第三人恒安公司利益的行为；本案诉讼费用由被告周剑明承担。事实和理由：2011年12月30日，原、被告及其他案外人共同投资设立恒安公司，被告周剑明为法定代表人。第三人恒安公司营业执照载明的经营范围包括计算机网络系统集成与软硬件产品开发、销售；计算机网络工程设计等。2016年10月12日，被告周剑明持股87%的南京华博科技有限公司（以下简称华博公司）与案外人深圳市云鹏正曜科技发展有限公司（以下简称深圳云鹏正曜公司）共同出资设立江苏云鹏正曜信息科技有限公司（以下简称江苏云鹏正曜公司），被告周剑明为该公司的法定代表人，并担任董事、总经理职务，该公司营业执照载明的经营范围与第三人恒安公司存在重合，两者存在同业竞争。

2018年3月26日，原告沈和连向第三人恒安公司监事会书面请求起诉被告周剑明，但未果。

被告周剑明作为恒安公司的董事长、总经理，在其任职期间，未经股东会同意，违反公司法等法律规定的禁止性规定，损害恒安公司利益，故诉至法院，望判如所请。

被告周剑明答辩称，被告周剑明系案外人华博公司的控股股东，被告周剑明与他人共同设立江苏云鹏正曜公司是基于华博公司的委托和指派。原告沈和连与被告周剑明等设立恒安公司时，已知悉被告周剑明是华博公司的实际控股人，并且该公司从事与恒安公司的同类的经营，因此原告沈和连在此情形下对被告周剑明基于华博公司的委托而从事同类工作是明知的，故不构成竞业禁止；案外人江苏云鹏正曜公司并未实际经营，该公司的股东出资均未到位，因此被告周剑明实际没有履行董事或总经理职务，并且该公司经股东会决议，已经决定注销，目前该公司正处于注销公告期间。综上，原告沈和连的诉讼请求没有事实及法律依据，请求法院予以驳回。

第三人恒安公司答辩称，本公司未发现被告周剑明存在损害公司利益的行为；其他答辩意见同被告周剑明。

经审理查明，第三人恒安公司于2011年12月30日在南京市工商行政管理局登记、注册，营业期限至2061年12月29日，现自然人股东为周剑明、沈和连、赵息保、赵亮、朱苏燕、唐榕融、王可等十三位，法人股东江苏联博计算机信息产业有限公司等三位，注册资本4461.61万元，法定代表人周剑明，监事周海峰，被告周剑明为公司董事长兼总经理。公司经营范围：计算机网络系统集成与软硬件产品开发、销售；计算机网络工程设计、安装；通信设备、电子元器件销售；计算机软硬件技术开发、技术咨询；技术转让和技术服务；信息技术、产品研发、销售与服务等。恒安公司公司章程第十二章第四十九条规定：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；第五十条规定董事、高级管理人员不得有下列行为：……（五）未经股东会同意，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；（六）接受他人与公司交易的佣金归为已有；（八）违反公司忠实义务和其他行为。董事、高级管理人员违反前规定所得的收入应当归公司所有。第五十一条规定：董事、监事、高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。第五十三条规定：董事、高级管理人员有本章程第五十一条规定的情形的，股东可以书面请求监事会向人民法院提起诉讼；监事会收到前款股东书面请求后拒绝提起诉讼，或者自收到请求之日起三十日内未提起诉讼；或者情况紧急，不立即提起诉讼将会使公司利益受到难以弥补的损害的，前款规定的股东有权为了公司利益以自己的名义直接向人民法院提起诉讼等。

2016年10月12日，华博公司、深圳云鹏正曜公司出资设立案外人江苏云鹏正曜公司并在江苏省工商行政管理局办理了注册登记。注册资本5000万元，法定代表人周剑明兼经理（本案被告），公司经营范围：网络技术、信息技术的开发；计算机软件的设计、开发、销售、技术咨询、技术服务；网络工程；网站设计与开发；设计、制作、代理、发布国内各类广告；展览展示策划；信息及信息技术咨询等。案外人华博公司系由周剑明与其他人出资设立的并在工商行政管理部门注册登记的有限公司。2018年3月18日，华博公司、深圳云鹏正曜公司召开关于江苏云鹏正曜公司注销股东大会，决议事项如下：1、公司设立登记后未开业，同意公司注销。2、同意成立清算组，清算组成员为：周剑明、刘亚芹。周剑明为清算组组长。3、同意将上述决定登报公告公司注销情况及告知公司债权债务人。2018年5月25日至同年7月9日江苏云鹏正曜公司对外发布简易注销公告信息。2018年3月26日，原告沈和连向恒安公司监事会发出请求起诉函，提请恒安公司监事会诉讼被告周剑明损害公司利益行为。另查被告周剑明是否存在损害公司利益的其他行为等。后恒安公司监事会未代表公司向周剑明提起诉讼。

另查明，2016年1月1日至2018年7月1日，案外人江苏云鹏正曜公司未有向税务部门交纳企业所得税、增值税记录。该公司2016年度，资产负债表载明资金合计为零；2017年度，发生了管理费用3638.03元、财务费用292.63元、营业利润-3930.66元等，资产合计69.34元。

以上事实有原、被告、第三人的陈诉及工商资料、金税三期税收表、资产负债表、请求起诉函为证。

本院认为，依照《中华人民共和国公司法》第一百四十七条、第一百四十八条之规定，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。上述人员不得利用职权收受贿赂或者其它非法收入，不得侵占公司的财产，上述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……（八）违反公司忠实义务的其他行为。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。上述人员执行公司职务对违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。恒安公司的公司章程第十二章第四十九条、第五十一条、第五十三条作了与上述法律规定相同的规定。依照法律及公司章程的规定，被告周剑明作为恒安公司的法定代表人及董事长、总经理，对公司负有忠实、勤勉、竞业禁止等信义义务。第三人恒安公司于2011年12月30日设立后，被告周剑明为公司的法定代表人兼董事、经理。2016年10月12日被告周剑明作为案外人华博公司的控股股东，该公司与其他公司设立江苏云鹏正曜公司并出任该公司的法定代表人兼经理，两公司的经营范围中有关计算机软件的设计、开发、销售、技术咨询、技术服务、网络工程、信息及信息技术咨询部分重叠。被告周剑明担任江苏云鹏正曜公司法定代表人兼经理，为该公司经营与恒安公司同类业务，未经过股东会或股东大会同意，该行为违反公司竞业禁止的原则。但在原告沈和连为公司利益以自己名义起诉之前，江苏云鹏正曜公司已召开股东大会，决议自行清算并履行了清算相关工作，并正在办理公司注销手续，现被告周剑明损害公司利益的行为，已得到纠正，故原告沈和连主张被告周剑明停止侵害第三人利益的行为无事实依据，对该项诉讼请求本院不予支持。

原告沈和连行使公司归入权，诉请判令被告周剑明立即向第三人恒安公司支付因违反竞业禁止义务所得收入暂计30万元。本院认为，违反竞业禁止义务的行为构成要件：1、未经股东会或者股东大会同意；2、利用职务便利；3、将获得商业机会为自己或者他人或是自营或者为他人经营与所任公司同类的业务。原告沈和连主张被告周剑明向恒安公司支付30万元所得收入，属侵权赔偿类法律关系，应具备侵权责任的四个构成要件之一的“损害事实的客观存在”，即因竞业禁止取得违法利益。本案原告沈和连申请法院开具调查令查询的结果为，江苏云鹏正曜公司自成立至公司股东大会决议注销时止，无经营纳税记录，2016年度、2017年度资产负债表只反映发生管理费用3000多元，资产合计2016年度为零，2017年度为69.34元。按照原告沈和连所提交的证据反映出江苏云鹏正曜公司自成立时起至今为止未开展生产经营活动等，也就不存在被告周剑明用获得的商业机会为自己或者向他人进行利益输送获得利益等，故原告沈和连主张被告周剑明支付恒安公司所得收入30万元，无事实及法律依据，对此本院不予支持。

原告沈和连对自己提出的主张，有责任提供证据，因提供的证据尚不能支持其诉讼请求，后又未能进一步补强证据，故应承担由此而产生的对其不利的法律后果。

综上，依照《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，〈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〉第九十条第一款、第二款之规定，判决如下：

驳回原告沈和连的诉讼请求。

本案案件受理费5800元，减半收取2900元，由原告沈和连承担。

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，并按照对方当事人或者代表人的人数提出副本，上诉于江苏省南京市中级人民法院。

审判员　　李书剑

二〇一八年七月四日

书记员　　龙菲菲