山东省威海市中级人民法院

民 事 判 决 书

（2018）鲁10民终2538号

上诉人（原审原告）：威海市升安海运有限责任公司，住所地威海市环翠区竹岛街道塔山中路-396号。

法定代表人：张广仕，董事长。

委托诉讼代理人：邵亮，山东威扬律师事务所律师。

委托诉讼代理人：黄乐云，山东威扬律师事务所律师。

上诉人（原审被告）：马元明，男，1957年4月26日出生，汉族，住威海市环翠区。

委托诉讼代理人：梁新荣，山东威和律师事务所律师。

委托诉讼代理人：袁文虎，山东威和律师事务所律师。

上诉人（原审被告）：威海泛洋船务有限公司，住所地威海市环翠区海滨北路-46号1210、1211室。

法定代表人：马元明，总经理。

委托诉讼代理人：梁新荣，山东威和律师事务所律师。

委托诉讼代理人：袁文虎，山东威和律师事务所律师。

上诉人威海市升安海运有限责任公司（以下简称升安公司）与上诉人马元明、威海泛洋船务有限公司（以下简称泛洋公司）损害公司利益责任纠纷一案，不服山东省威海市环翠区人民法院（2017）鲁1002民初5416号民事判决，向本院提起上诉。本院依法组成合议庭审理了本案，现已审理终结。

升安公司上诉请求：1.请求撤销一审判决，依法改判马元明、泛洋公司赔偿升安公司损失112216元；2.本案一、二审诉讼费用依法承担。事实和理由：一审法院认定以中介服务费发票金额为泛洋公司的收益，并以此计算马元明应得收益为23996.67元是错误的。1.马元明2009年开始在升安公司处工作，曾系升安公司股东，2015年开始担任升安公司副经理，于2017年4月退休离职。马元明在担任公司副经理期间，于2015年12月11日，一人投资设立泛洋公司，经营与升安公司同类的业务，至今仍系泛洋公司股东、执行董事兼总经理，根据《公司法》第一百四十九条的相关规定，马元明所得收入应当归升安公司所有；2.一审中，环翠法院依法向国家税务总局威海市环翠区税务局调取了泛洋公司开具的增值税发票情况，发票金额合计为882895.39元。升安公司认为应当依此计算泛洋公司的收益；3.马元明在2013年12月至2014年11月期间承包经营升安公司船员外派业务（该业务与泛洋公司经营的系同类业务），根据承办方案的约定，马元明所创收入扣除所有成本和费用，可分得利润部分70%，承包经营期间，马元明开展船员外派业务获得收入为1610054.59元，按承包方案约定领取的利润为143357.41元，因此马元明经营船员外派业务的利润率平均为12.71%。根据泛洋公司开具的增值税发票金额882895.39元，结合上述马元明承包经营期间经营同类业务的利润率12.71%，所以泛洋公司收益应为112216元，该收益应当归升安公司所有；4.根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的规定的规定》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，一审庭审中，一审法院要求马元明提交其所开办的泛洋公司的账目，但马元明无正当理由拒不提供，根据上述规定，应当推定升安公司的主张成立。综上，一审法院认定事实错误，进而导致判决结果错误。

马元明、泛洋公司辩称，1.马元明既不是升安公司的股东也不是高管。《公司法》第216条第（一）项规定的公司高级管理人员是指公司管理层中担任重要职务，负责公司经营管理、掌握公司重要信息的人员，其所称的经理、副经理在实际中是指公司的总经理、副总经理，不包括部门经理。马元明实际只是升安公司海务部副经理，且没有实际履行任何公司副经理的职责。海务部经理是孙志君，马元明协助海务部经理工作，履行海务监督员的职责，考虑其岁数大，为了让其享受中层正职的工资，任命其为航运部经理，实际航运部是不存在的。从升安公司与马元明的劳动仲裁案及（2018）鲁1002民初260号案件中提供的2015年度、2016年度《发文登记表》的签名栏“海务部”、“关于陆地人员工作标准调整的通知”、“公司岗位人员工资标准”、工资表中可以综合证明，升安公司聘任孙志君担任总经理，孙志君是海务部经理，马元明是海务部副经理，公司按照中层正职的标准给马元明发工资。升安公司没有证据证明其赋予了马元明有管理或者协助总经理管理公司各部门综合事务的实际权力，也没有证据证明在2015年12月至2017年4月马元明实际列席了公司董事会或者从事过公司任何经营管理决策的事务。升安公司主张马元明是公司高管不成立。2.马元明与升安公司没有签署竞业禁止协议，也没有从事损害升安公司利益的任何事务，泛洋公司与升安公司的营业范围不重合，升安公司没有证据证明马元明从事了损害其公司利益的行为，也没有证据证实因马元明的行为导致升安公司核心机密或者核心客户、业务流失，升安公司要求马元明赔偿损失没有事实及法律依据。3.升安公司将泛洋公司列为被告没有法律依据，泛洋公司非一人股东，该公司的经营收入和亏损依法由公司负担，依法应驳回其对泛洋公司的诉讼请求，其不应与马元明承担连带责任。4.一审程序违法。升安公司伪造“任命书”，马元明要求对升安公司出具的两份不同的“聘任通知”中伪造的“聘任通知”进行鉴定，一审法院以种种理由，拒绝调取升安公司处的“聘任通知”，9次开庭，每次都要求马元明提供证据，却始终未采纳马元明提交的调取证据申请及鉴定申请。请求二审法院依法调取升安公司出具的内容不同的两份“聘任通知”并组织鉴定真伪。5.法院应依法追究升安公司及有关人员伪造证据、虚假诉讼的责任。

马元明上诉请求：1.请求撤销一审判决，依法改判马元明不承担赔偿责任。事实和理由：一审查明事实错误，导致法律适用错误，依法应予纠正，理由为，1.马元明不符合公司法意义上的高管，实际并未从事与公司高管有关的公司决策、掌握核心客户、公司机密的事情。升安公司除高管任命书外，没有举出证据证明马元明实际参与公司经营决策、实际管理事务或是参与公司高层会议，一审仅凭升安公司单方制作的副经理聘任书这一有争议的孤证，认定高管身份，证据不足；2.关于该副经理身份的关键证据的形成时间，马元明在一审中申请鉴定，一审要求马元明提供检材没有合法的事由和事实根据，该聘任书是升安公司提供的，该聘任通知书载明共印10份，且系发放给每个具体部门的，升安公司能够提供其2013年制作的内部承包经营方案，却提供不了2016年形成的聘任通知书的其余9份，不合常理，一审要求马元明提供升安公司自行制作保管的文书当做检材违背事实常理，显失公平；3.升安公司没有举证证明其核心客户是因为马元明不当竞争原因流失导致给其造成的实际损失，也没有举证证明烟台打捞局与升安公司的具体业务合同或者是具体合作范围，来证明是与泛洋公司的业务相同，仅仅以申请法院调取的发票数额来证明其损失，不符合法律要求因果关系的举证要求，属于缺乏证据链支持的孤证，依法不应当支持。综上，一审认定事实不清，适用法律错误。

升安公司答辩意见：1.马元明在升安公司工作期间曾担任公司的股东，负责公司船员外派业务，担任公司的副经理及部门经理，后在2015年以个人名义成立了经营同类业务的泛洋公司，上述事实通过一审双方提交的证据、工商部门调取的公司登记信息以及其他上诉人与被上诉人之间纠纷案件的生效法律文书能够证实；2.关于马元明提到的升安公司核心客户与其没有关系，需要说明的是，在马元明承包升安公司船员外派业务期间主要的合作方为“烟台打捞局”，而在一审法院依法调取的税务部门的相关证据中能够看出，烟台打捞局同时也是马元明成立的泛洋公司的主要合作方；3.关于马元明提到的与升安公司在环翠区法院的劳动争议案件中，法院依法判令升安公司支付独生子女一次性补贴，该项费用升安公司已履行完毕。综上，马元明在升安公司工作期间所掌握的客户信息被用于其成立的泛洋公司公司，因此给升安公司造成了经济损失，该损失应当由马元明承担。

泛洋公司上诉请求：1.请求撤销一审判决，改判泛洋公司不承担赔偿责任。事实与理由同马元明上诉理由。一审判决泛洋公司对马元明所承担的赔偿责任负连带给付义务错误，首先没有法律规定泛洋公司和其股东之间应当就本案承担连带责任，其次，马元明也并非责任主体，所以泛洋公司不承担连带责任。

升安公司辩称，泛洋公司在成立时是一人有限责任公司，马元明系泛洋公司成立时的唯一股东、法定代表人，且至今仍为泛洋公司的控股股东，因此应当承担连带责任。

升安公司向一审法院起诉请求：1.请求判令马元明、泛洋公司共同赔偿升安公司损失451993.32元；2.请求判令马元明、泛洋公司承担诉讼费。

一审法院认定事实：2007年11月12日，升安公司成立，经营范围包括国内船舶代理、货物代理、为海洋船舶提供配员、代理船员用人单位管理海洋船舶船员事务、代理海洋船舶船员申请培训、考试及申领相关证书等。升安公司章程第十七条规定，董事会行使下列职权：……（9）决定聘任或者解聘公司经理及其报酬事项，并根据经理的提名决定聘任或者解聘公司副经理、财务负责人及决定其报酬事项……。

2013年9月1日，升安公司与马元明等五人签订升安公司激励经营方案，方案约定经营团队以升安公司的信誉，用其船员服务机构和船员外派机构的资质对公司进行对外业务开展，期限为2013年12月1日至2014年11月30日。经营团队经营期间，涉及船员及船舶配员服务等对外合同，公司董事会原则同意经营团队意见并签字，但必须报送董事长审核确认备案，董事会有否决权。

2015年2月25日，升安公司作出董事会决议，决议内容为：董事会同意聘任马元明同志为公司副经理兼海务监督员。2015年2月28日，升安公司印发威升海发（2015）第13号文件，文件标题为《关于李世确等同志职务任免的通知》，该通知载明：根据公司业务发展和管理工作的需要，公司总经理孙志君同志决定对部分岗位进行调整如下：马元明同志任副经理兼海务监督员……，任期自2015年3月1日至2016年2月29日。马元明在升安公司发文登记表中海务部经办人处签字。2016年1月21日，升安公司印发威升海字（2016）1号文件，文件标题为《关于聘任李世确等同志职务的通知》，该通知载明：根据总经理提名并经公司董事会同意，总经理聘任：马元明同志为副经理兼航运部经理……，以上同志的聘任时间由二〇一六年一月一日起至二零一六年十二月三十一日止。马元明在升安公司发文登记表中海务部及航运部接收人处签字。2017年4月，马元明自升安公司办理退休离职。

另查明，2015年12月11日，马元明一人投资设立泛洋公司，并担任公司法定代表人、执行董事及经理。泛洋公司经营范围包括代理海船船员办理申请培训、考试、申领证书等有关手续，代理船员用人单位管理海船船员事务，为国内航行海船提供配员等相关活动，船舶管理、船舶代理、船员信息咨询、水上货物运输代理等。2016年8月24日，泛洋公司注册资本变更为350万元，马元明认缴出资额245万元，出资比例为70%；焉普认缴出资额105万元，出资比例为30%。

又查明，2013年12月至2014年11月，马元明履行承包协议期间，升安公司自烟台市打捞局取得收入为1610054.59元，马元明同期自升安公司处领取的承包费用共计143357.41元。2015年以后，升安公司与烟台市打捞局未再发生业务关系，泛洋公司与烟台市打捞局存在业务关系。诉讼过程中，一审法院根据升安公司申请，依法向国家税务总局威海市环翠区税务局调取了泛洋公司成立后至2017年4月开具增值税发票情况，其中服务名称为劳务派遣费的增值税发票金额为845552.51元（向烟台市打捞局开具的发票金额为119543元），服务名称为中介服务费的增值税发票金额为34280.95元。

一审庭审中，马元明陈述其未在泛洋公司获取收入，也不存在分红收入。一审法院通知泛洋公司提供2017年4月前的盈利情况及工资表，泛洋公司提供了2016年12月底及2017年4月份的损益表，并表示因公司更换会计，无法查找其他时期的损益表和资产负债表，公司只有两个员工，不制作工资表。一审法院依法向国家税务总局威海市环翠区税务局调取泛洋公司的资产负债表及利润表，该表记载泛洋公司2016年度的未分配利润为-24050.9元，截止2017年4月30日的未分配利润为-35958.96元。

一审法院认为，本案的争议焦点为：一、马元明是否属于升安公司高级管理人员；二、马元明是否违反竞业禁止义务，损害升安公司的利益；三、升安公司主张的赔偿数额是否合理；四、泛洋公司是否承担法律责任。

关于第一个争议焦点。根据《中华人民共和国公司法》第二百一十六条规定，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。升安公司根据章程规定，由董事会作出决议，聘任马元明为公司副经理兼海务监督员，且先后发出聘任其为公司副经理兼海务监督员、副经理兼航运部经理的通知，马元明签收通知后并未提出异议，故应予确认马元明在升安公司副经理身份情况。根据公司法规定，马元明属于升安公司高级管理人员。马元明辩称其实际为海务部副经理，与上述通知内容不符，且未提交证据证实，不予采信。

关于第二个争议焦点。《中华人民共和国公司法》第一百四十七条规定：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；第一百四十八条第一款第五项规定：董事、高级管理人员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。根据上述规定，公司董事、高级管理人员应当对公司负有忠实和勤勉义务，在公司任职期间应以公司最佳利益为出发点，不得追求公司利益以外的利益，不得追求个人利益。因此，董事、高级管理人员对公司负有竞业禁止义务，即包含禁止自营或为他人从事与公司营业有竞争性的活动，也包含禁止利用职务便利谋取属于公司的商业机会。马元明当时系升安公司副经理，属于升安公司的高级管理人员，其在升安公司担任副经理期间，未经升安公司股东会同意，发起成立泛洋公司并担任法定代表人、执行董事和经理职务。而升安公司与泛洋公司主要经营范围均包括船舶管理、为海船提供配员等，属同类经营。马元明上述行为违反了《中华人民共和国公司法》第一百四十七条和第一百四十八条第（五）项规定的相应的忠实义务和竞业禁止义务。马元明庭审中提交其与升安公司签订的劳动合同，主张劳动合同并未约定竞业禁止义务，但签订该合同时马元明并非升安公司高级管理人员，且竞业禁止义务属于法定义务，即使双方未约定，仍对高级管理人员具有约束力。

关于第三个争议焦点。《中华人民共和国公司法》第一百四十八条规定，董事、高级管理人员违反前款规定所得的收入应当归公司所有。该条规定了公司对董事、高级管理人员的违法所得有权行使归入权。马元明否认其自泛洋公司取得收入，泛洋公司亦未向一审法院提交完整的公司损益表等账目情况，但泛洋公司对外开具了名称为劳务派遣费、中介服务费的增值税发票，结合泛洋公司经营范围为管理船舶、提供配员等中介服务，中介服务费部分应认定为泛洋公司的收益。结合马元明在泛洋公司的出资比例为70%，故其应得收益为23996.67元（34280.95元×70%），该部分收益应归升安公司所有，升安公司诉讼请求中超出上述部分，一审法院不予支持。

关于第四个争议焦点。《中华人民共和国侵权责任法》第八条规定，二人以上共同实施侵权行为，造成他人损害的，应当承担连带责任。马元明系泛洋公司的法定代表人、执行董事、总经理，且为控股股东，据此认定泛洋公司对烟台打捞局的业务属于原告的商业机会应当是明知的。泛洋公司在此情况下，仍然将升安公司的商业机会据为己有，应认定其与马元明共同实施了侵权行为。综上所述，升安公司诉讼请求合理部分，一审法院依法予以支持。依照《中华人民共和国公司法》第一百四十七条、第一百四十八条第一款第五项、第二款、第一百四十九条、第二百一十六条、《中华人民共和国侵权责任法》第八条之规定，判决如下：一、马元明于本判决生效后十日内赔偿威海市升安海运有限责任公司损失23996.67元；二、威海泛洋船务有限公司对马元明上述付款义务承担连带给付责任；三、驳回威海市升安海运有限责任公司其他诉讼请求。案件受理费8080元，威海市升安海运有限责任公司负担7651元，马元明、威海泛洋船务有限公司负担429元。保全申请费3025元，威海市升安海运有限责任公司负担2864元，马元明、威海泛洋船务有限公司负担161元。

二审期间，本院调取了（2018）鲁1002民初260号马元明与升安公司劳动争议纠纷案中升安公司提交的《关于陆地人员工资标准调整的通知》，其中记载2016年1月起升安公司的岗位人员工资标准为：总经理9000元，海务部经理、机务部经理9000元，副经理5500元，中层正职5500元，中层副职3600元…。在该案中，升安公司主张马元明的工资标准为5500元。

另查明，升安公司未设副总经理一职。

本院审理查明的其他事实与一审查明的一致，对一审法院查明的其他事实予以确认。

本院认为，本案争议焦点为马元明是否属于升安公司的高级管理人员。《中华人民共和国公司法》第二百一十六条规定：“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。”本案中，升安公司主张马元明于2015年3月至2017年4月在升安公司担任副经理一职，属于公司高级管理人员，提交两份职务任免通知，马元明对上述通知的真实性提出异议。升安公司设总经理，未设副总经理一职，升安公司未能提供马元明即为副总经理及其作为副经理参与公司经营管理的证据，且根据马元明领取工资情况来看，其与中层正职领取同等工资。在没有证据表明马元明参与公司经营管理、实际履行公司高级管理人员职责，仅依据任免通知认定马元明属于升安公司高级管理人员，证据不足。因此，马元明的上诉请求有事实及法律依据，本院予以支持。升安公司主张马元明作为公司高级管理人员因违反竞业禁止义务应当赔偿升安公司损失的诉讼请求，应予驳回。

至于上诉人升安公司关于一审法院认定马元明应得收益的数额错误以及泛洋公司关于其不应承担连带责任的上诉理由已无认定之必要。

综上，上诉人马元明、泛洋公司的上诉理由成立，应予支持，一审判决认定事实有误，本院予以纠正。依照《中华人民共和国公司法》第二百一十六条、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第二项之规定，判决如下：

一、撤销山东省威海市环翠区人民法院（2017）鲁1002民初5416号民事判决；

二、驳回威海市升安海运有限责任公司的诉讼请求。

一审案件受理费8080元，保全申请费3025元，二审案件受理费2943元，由威海市升安海运有限责任公司负担。

本判决为终审判决。

审判长　邓　锐

审判员　李慧东

审判员　马树芳

二〇一九年二月二十八日

书记员　孙晓燕