辽宁省鞍山市中级人民法院

民 事 判 决 书

（2015）鞍审民终再字第6号

再审申请人（原审原告，二审上诉人）：鞍山市鸿锦耐火化工材料有限公司。

法定代表人：蒋荫安，经理。

委托代理人：李艳群。

再审申请人（原审原告，二审上诉人）：蒋荫安。

被申请人（原审被告，二审被上诉人）：焦红霞。

委托代理人：孔霞，辽宁钢城正大律师事务所律师。

被申请人（原审被告，二审被上诉人）：鞍山市永利耐火原料有限公司。

法定代表人：焦强，总经理。

再审申请人鞍山市鸿锦耐火化工材料有限公司（以下简称鸿锦公司）、蒋荫安因与被申请人焦红霞、鞍山市永利耐火原料有限公司（以下简称永利公司）控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员损害公司利益赔偿纠纷一案，不服本院（2014）鞍民三终字第98号民事判决书，向辽宁省高级人民法院申请再审。辽宁省高级人民法院于2015年2月2日作出（2014）辽审三民申字第01140号民事裁定书，指令本院再审本案。本院依法另行组成合议庭，于2015年5月22日公开开庭进行了审理。再审申请人鸿锦公司的法定代表人蒋荫安及其委托代理人李艳群，被申请人焦红霞的委托代理人孔霞及被申请人永利公司的法定代表人焦强到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原审原告诉称：2009年3月16日原告蒋荫安出资25万元，被告焦红霞出资25万元，成立了鞍山市鸿锦耐火化工材料有限公司，经营范围：耐火材料、化工原料（不含危险化学品）、五金、建材、钢材销售、化工结合剂生产，经营期限为10年。经股东会决定，原告蒋荫安为公司执行董事、法定代表人，被告为公司监事。当公司经营至2010年12月份期间，公司销售经营额和利润极度下降，原材料库存减少，原公司客户源开始减少。尤其是到2011年2月初原40多家客户没有几家到公司买货，使公司经营陷入困境，濒临破产。后经原告调查了解发现：一、被告焦红霞身为鸿锦公司股东、监事、高管人员的同时，于2010年10月21日又注册成立了名为鞍山市永利耐火原料有限公司，由被告（出资90万元）与其弟焦强（出资10万元）共出资100万元，住所鞍山市千山区宁远镇二台子村，经营范围：耐火材料、化工产品（不含危险化学品）、五金、建材、钢材销售。经营期限为10年，被告焦红霞为该公司执行董事兼经理、法定代表人，焦强为监事。被告焦红霞利用原告蒋荫安心脏病复发住院手术养病之机，另立执照，自营与其所在公司同类业务，谋取个人利益。二、被告焦红霞身为鸿锦公司股东、监事、高管人员，利用分工采购和销售负责人的职务之便，严重违反公司法有关对公司负有忠实义务的规定，采取欺骗、欺诈的行为，如从2010年12月开始加紧分红、减少库存、私下备货、评价出高价进，以天利和腾鳌老高为名实为永利，进行关联交易。三、被告焦红霞身为鸿锦公司股东、监事、高管人员，在原告不知情的情况下，又以永利公司法定代表人的身份与所在鸿锦公司发生关联交易采取平价出货给永利公司，再加价返给鸿锦公司和与鸿锦公司同时进货等手法，达到双重获利目的，损害鸿锦公司利益。四、被告焦红霞身为鸿锦公司股东、监事、高管人员，脚踩两只船，严重违反了不正当竞争法有关应当遵循自愿、平等、公平、诚实信用的原则，遵循公认的商业道德的规定，被告采取非法和不道德的行为手段，为永利公司获得绝对竞争优势，非法获取利益。五、被告焦红霞身为鸿锦公司股东、监事、高管人员，采取不正当手段，将鸿锦公司经营的经济信息、客户范围、进货渠道及价格、销售价格、有关联系方式等，全盘转移给自立的永利公司，以达到独自获利之目的。综上所述，二被告给鸿锦公司从2010年10月至2011年3月，甚至直接影响到2011年8月，造成经济损失50余万元。由于二被告行为违反了《中华人民共和国公司法》、《中华人民共和国反不正当竞争法》的规定，严重损害了鸿锦公司的利益和侵犯了原告蒋荫安的合法权益，原告根据《中华人民共和国民事诉讼法》诉至法院，请求：1、判令由二被告赔偿鸿锦公司经济损失100万元，其中支付蒋荫安应得利润50万元。2、判令二被告停止对原告侵害行为至本案所指商业秘密为公众所知悉时为止。并在本案审理开庭后立即采取措施先予执行。3、判令二被告不得经营与起诉人相同的经营业务，同时判令被告焦红霞从鸿锦公司退股、清算。4、判令由二被告承担全部诉讼费用及相关调查费用。

被告焦红霞未提交书面答辩状，在庭审中辩称：1、被告焦红霞是原告公司监事，行使的是监事职权，没有侵犯原告权利。2、被告焦红霞成立公司后，是在与原告蒋荫安完全清算的情况下才注册成立的公司，而且焦红霞在永利公司的股权也已经合法转让给他人，因此，焦红霞从来没有侵犯过原告的权利，也不存在原告声称的停止侵权的行为。3、被告焦红霞从来没有与其他单位利用原告的秘密进行关联交易，在市场经济下选择物美价廉的产品是经营者的合法权利，也是市场经济允许、法律允许的，因此根本不存在侵权。4、原告因为自己的诉讼所支付的费用应当由原告自己承担，对原告给被告造成的损失，被告保留将来追诉的权利。

被告永利公司未提交书面答辩状，在庭审中辩称：1、不同意原告的诉讼请求，原告的诉讼事实不存在。2、没有证据证明永利公司利用和焦红霞的关系进行低价买、高价出的这种交易关系。希望法院驳回原告的诉讼请求。

原审法院审理查明：2009年3月20日，鸿锦公司依法成立，注册资本50万元，蒋荫安、焦红霞各出资25万元，公司经营范围：耐火材料、化工原料、五金、建材、钢材销售，耐火材料、化工结合剂生产，蒋荫安为公司执行董事兼法定代表人，焦红霞为公司监事。公司成立后，蒋荫安委托前妻李艳群参与公司经营，蒋荫安、李艳群、焦红霞均负责联系客户、采购材料、洽谈销售价格、催收外欠货款、开具增值税发票等业务，公司开始正常经营。公司成立后双方未进行分红，未从公司账户中支出款项归个人所有。2010年12月开始双方陆续从公司账户中取出款项归各自所有。鸿锦公司和蒋荫安主张在2010年12月至2011年2月15日期间双方各取得现金及承兑汇票总计79.5万元，焦红霞确认在此期间双方均陆续从公司账户中取得款项，但对具体金额焦红霞无法确定。期间焦红霞曾与蒋荫安协商，要求变更鸿锦公司法定代表人为焦红霞，蒋荫安对此不同意，焦红霞自2011年2月15日起不再参与鸿锦公司经营活动。

2010年10月21日，焦红霞与其弟焦强成立永利公司，焦红霞出资90万元，焦强出资10万元，焦红霞任公司执行董事兼法定代表人，焦强为监事。公司住所地鞍山市千山区宁远镇二台子村，经营范围耐火原料、化工产品、五金、建材、钢材销售。公司成立后进行经营活动。2011年4月13日鸿锦公司和蒋荫安以焦红霞和永利公司侵犯商业秘密造成鸿锦公司经济损失为由将焦红霞和永利公司诉至法院，要求赔偿鸿锦公司经济损失40万元。案件发回重审后，鸿锦公司和蒋荫安增加诉讼请求为要求焦红霞和永利公司赔偿经济损失100万元，其中支付蒋荫安应得利润50万元。

2011年2月23日，焦红霞将其持有的永利公司90%的股份转让给焦强、许薇。同日，永利公司在鞍山市工商行政管理局办理变更登记手续，变更后永利公司的注册资本不变，股东焦强持有60%股份，许薇持有40%股份。焦强为公司执行董事、经理兼法定代表人，许薇为监事。

另查，鸿锦公司向税务机关申报的增值税申报表显示2009年、2010年、2011年的公司销售额分别为2889890.18元、7663152.18元、3072856.49元。原审法院依职权调取鞍山市铁西区国家税务局涉税证明显示，上述三年鸿锦公司每年利润总额分别为－62643.84元、77531.91元、6300.49元。依据鸿锦公司在上述三年内开具的增值税发票，原审法院统计出在此期间到鸿锦公司购买货物的企业共计48家，已查明具体的客户名单及具体采购数额。永利公司的增值税申报表显示2010年全年无销售额、2011年1月的销售额为475798.31元、2011年2月无销售额。原审法院依职权调取鞍山市国家税务直属分局企业所得税季度纳税申报表显示，2010年10月1日至2010年12月31日永利公司累计利润总额为-8829.58元；2011年1月1日至2011年3月31日累计利润总额为-53415.60元。直属分局表示永利公司所得税按季度缴纳，因此出具的数额也是按季度统计的数据。原审法院将该数据与永利公司提交的公司财务损益表对比，公司损益表所载数据与直属分局申报表所载数据相同。永利公司损益表显示至2010年12月31日永利公司的累计利润总额为-8829.58元；2011年1月月利润额68812.46元，本年累计利润总额68986.05元；2011年2月月利润额-59658元，本年累计利润总额9328.05元。

再查，永利公司在鞍山市商业银行道西支行开立一个基本帐户。原审法院根据鸿锦公司、蒋荫安的申请调取了永利公司在2010年10月21日（成立日）至2011年9月23日（原一审查询日）期间该基本户的流水情况及银行转账凭证。依据银行出具的明细清单显示，该公司从成立至2011年2月23日期间共发生贷款项目12笔，据此统计出焦红霞在转让股权前永利公司进账款项总计112.9164万元。其中根据银行凭证永利公司取得的款项中有四笔交易涉及鸿锦公司原企业客户，分别为鞍山市量子集团公司2011年1月28日在永利公司采购10万；鞍山市海润设备公司2011年1月28日采购3.45万元；岫岩龙兴耐火材料有限公司2011年2月21日采购5.0354万元；辽宁万通流体设备公司2011年1月20日采购5.73l万元，上述合计24.2164万元。依据鸿锦公司提供48家客户名单与银行提供的永利公司转账凭证及永利公司自行提供的客户名单，原审法院统计出永利公司在2011年2月23日工商变更前与鸿锦公司重合的客户共四家，在工商变更登记后，永利公司至今现有客户64家，其中有39家与鸿锦公司的客户名称重合，客户一般为鞍山地区的耐火材料企业。在案件审理过程中，鸿锦公司最初申请对鸿锦公司、永利公司的经营情况进行审计，后变更为要求对永利公司从成立至今经营情况审计，之后又认为其提供的证据充分，按照鸿锦公司自行计算的收益率7%乘以永利公司的销售额计算出永利公司侵权所得收益即为鸿锦公司损失，无需审计。鉴于上述情况及案件事实且双方均未缴纳审计费用的客观情况，原审法院未组织审计。2013年9月9日，原审法院针对双方企业实际收益情况与纳税申报表显示的收益情况可能存在不一致的情况，向鞍山市国税稽查局出具司法建议函，建议对鸿锦公司和永利公司的实际利润情况进行核查，但至今未收到相关的核查结果。

原审法院认为：公司的合法经营权益及股东的合法利益应受法律保护。蒋荫安与焦红霞经平等协商共同出资成立鸿锦公司，公司及股东的经营活动、合法权益应受到相关法律的保护和约束。现公司股东蒋荫安认为另一名股东焦红霞在公司经营期间违反公司章程及法律规定，对鸿锦公司及其本人（股东）造成损失并提出赔偿请求，本案案由应为控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员损害公司利益赔偿纠纷。

关于焦红霞在担任鸿锦公司监事期间未经原公司股东会同意自行成立永利公司的行为是否违反法定竞业禁止义务一节，鸿锦公司是经鞍山市工商行政管理局核准成立的有限责任公司，公司及其股东、公司管理人员经营活动应遵守章程及《中华人民共和国公司法》（以下简称《公司法》）的相关规定。《公司法》第四十七条、第五十条、第五十一条、第五十四条关于董事、经理、监事职权的规定，董事主要职权为执行股东会决议、决定公司经营计划等经营决策内容；经理职权为主持生产经营工作、组织实施董事决议等公司执行事务；监事职权为检查公司财务，对董事、高管人员执行公司事务的行为进行监督。鸿锦公司规模很小，职权分工并不明确，虽在章程中记载焦红霞为监事，但实际其与蒋荫安共同参与采购、销售、经营及催收货款等企业核心工作。依据《公司法》第二百一十七条“本法下列用语的含义：（一）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”的规定，焦红霞的身份应为高级管理人员，其在公司工作期间不应违反上述法律规定。但焦红霞在鸿锦公司任职期间，未经鸿锦公司股东会同意，于2010年10月21日作为发起人成立永利公司并担任法定代表人执行董事兼经理，且永利公司与鸿锦公司经营同类业务。依据《公司法》第一百四十九条“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”的规定，焦红霞作为鸿锦公司高管人员期间违反竞业禁止的法定义务，应承担相应的法律责任。

关于焦红霞及其发起设立的永利公司应承担赔偿责任的数额一节，焦红霞在2011年2月23日将全部股权转让给案外人焦强，变更永利公司法定代表人为焦强，并经鞍山市工商行政管理局核准登记，永利公司作为合法成立的企业法人单位，对外经营、独立核算，是其作为经济实体应有权利，取得的合法收入是永利公司法人财产，其他人无权参与分配。但焦红霞在永利公司任职期间（2010年10月21日至2011年2月23日）违反法定竞业禁止规定。应承担相应的赔偿责任，因焦红霞在永利公司的应得收入没有实际取得，永利公司应承担共同赔偿责任。依据《公司法》第一百四十九条第二款的规定，焦红霞在永利公司任职期间所得收入应当归鸿锦公司所有。对于“焦红霞在永利公司任职期间的所得收入”的计算方法，鸿锦公司和蒋荫安认为焦红霞利用任职期间掌握的鸿锦公司商业秘密，经营永利公司对鸿锦公司造成侵害，侵害行为自永利公司成立持续至今。对此鸿锦公司和蒋荫安提供的证据有鸿锦公司纳税申报表、增值税发票、保管账、销售记录、库存分货情况统计表；申请法院调取了永利公司的银行转账凭证；原审法院依职权调取的鞍山市国家税务直属分局、鞍山市铁西区国家税务局出具的涉税证明等。上述证明材料能够证明鸿锦公司在焦红霞成立新公司后其对外销售额下降，焦红霞在担任永利公司法定代表人期间在该公司采购的客户中有四家企业原来曾在鸿锦公司采购货物。但鸿锦公司未能提供永利公司与鸿锦公司销售额下降存在因果关系证据；焦红霞采取不当手段，欺骗原有客户到永利公司采购的相关证据；亦未能提供对其造成损失数额的证据，对此原审法院依据《公司法》第一百四十九条第二款的规定，认定永利公司在焦红霞担任永利公司法定代表人期间在税务机关申报核准的总利润数额498.47元（-8829.58元＋9328.05元）作为赔偿鸿锦公司的损失依据。

关于鸿锦公司主张因永利公司擅自使用鸿锦公司销售客户信息，侵害鸿锦公司商业秘密至今要求进行赔偿100万元一节，鸿锦公司主张的商业秘密指在蒋荫安、焦红霞共同经营鸿锦公司期间，曾在鸿锦公司购买货物的客户名称及附属的相关采购价格等信息构成的客户名单。依据《中华人民共和国反不正当竞争法》（以下简称《反不正当竞争法》）第十条“本条所称的商业秘密，是指不为公众所知悉、能为权利人带来经济利益、具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息”，即认定商业秘密必须具备价值性、保密性、秘密性。客户名单在商业经营中能够给企业带来商业利益，具备价值性，但本案中鸿锦公司所称的客户名单缺乏保密性和秘密性。蒋荫安称采取保密措施，将客户名单锁放在抽屉内，但鸿锦公司代理人李艳群与其说法不一致，焦红霞对此也予以否认，鸿锦公司对此未提供证据予以证明，故无法认定采取保密措施，缺乏保密性；秘密性指客户名单必是企业付出大量金钱、劳动，通过宣传、推荐、接触、信息回馈等手段，建立的稳定客户关系，客户名单要具有深度信息，例如客户交易习惯、购买意向、支付能力等特有信息，他人难以通过公共渠道轻易获得，使客户名单特有化，因此本案所涉客户名单缺乏秘密性；且焦红霞在与蒋荫安成立鸿锦公司之前就在鞍山市俱进耐火材料公司工作七年，对耐火材料市场比较了解，具有耐火材料行业的一般知识、经验和技能，对于该行业客户也有所了解和掌握。因此鸿锦公司的采购和销售企业客户名单不属于法律意义上的商业秘密。但因鸿锦公司、永利公司都是销售型企业，企业本身不组织生产，主要靠低买进高卖出以获得经营利润。因此客户名单对企业具有一定的经济价值，经核对比较鸿锦公司提供的与其往来的客户名单与永利公司提供的客户名单确有部分企业相同，但这些企业大部分都是鞍山本地及周边地区的耐火材料公司。鞍山地区市场容量有限，在经营中出现部分客户重合为正常现象。鸿锦公司在未提供焦红霞擅自与鸿锦公司原客户进行欺骗性交易的相关证据情况下，仅依据双方客户部分重合即认定焦红霞私自将原告客户拉走，据此认定焦红霞侵犯其商业秘密造成鸿锦公司损失，缺乏事实依据。依据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条“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。没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果”的规定，鸿锦公司应承担相应的法律后果。而且在市场经济条件下，公司销售额下降可能存在多种原因：采购方市场行业不景气、原采购企业采购数量萎缩、其他企业销售价格较低等均能造成其销售额下降，而且销售额下降并不必然导致营业利润下降。因此，鸿锦公司的该项诉讼请求，缺乏事实及法律依据，原审法院不予支持。

关于蒋荫安主张其作为鸿锦公司持股50%的股东有权获得焦红霞和永利公司给付款项的50%一节，鸿锦公司现合法存续，焦红霞行为损害的是鸿锦公司利益，鸿锦公司作为独立核算的法人单位，具有独立的法律人格，其取得款项后如何分配是公司内部决策事项，应由公司权力机构股东会依据公司章程及公司法的相关规定进行分配。公司及股东利益是一体的，不能出现双重赔偿，故蒋荫安的该项诉讼请求，缺乏事实及法律依据，原审法院不予支持。

关于鸿锦公司和蒋荫安主张判令焦红霞和永利公司不得经营与起诉人相同的经营业务一节，现永利公司工商档案显示焦红霞已经退出永利公司，不再参与经营；永利公司作为合法存续的法人单位，有权在工商管理部门核准的经营范围内对外独立经营，故鸿锦公司和蒋荫安主张焦红霞和永利公司不得经营与起诉人相同的经营业务，缺乏事实及法律依据，原审法院不予支持。关于鸿锦公司和蒋荫安主张同时判令焦红霞从鸿锦公司退股、清算一节，因本案为控股股东、实际控制人、董事、高级管理人员损害公司利益赔偿纠纷，与股东清算纠纷并非同一法律关系，原审法院不予合并审理。

关于鸿锦公司和蒋荫安主张依据商标案件法律的解释第17条，焦红霞和永利公司应承担律师费、诉讼费、调查费等一节，《中华人民共和国商标法》（以下简称《商标法》）第五十六条、《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第十七条是关于侵犯商标专用权的赔偿数额的认定，本案并非侵犯商标专用权案件，该项法律规定不适用于本案。故鸿锦公司和蒋荫安要求焦红霞和永利公司承担律师费、调查费等缺乏事实及法律依据，原审法院不予支持。依据《诉讼费用交纳办法》第二十九条“诉讼费由败诉方承担，胜诉方自愿承担的除外。部分胜诉、部分败诉的，人民法院根据案件的具体情况决定当事人各自负担的诉讼费用数额”的规定，鸿锦公司和蒋荫安要求焦红霞和永利公司承担全部诉讼费的请求．缺乏事实及法律依据，原审法院不予支持。

综上，依据《公司法》第四十七、第五十条、第五十一条、第五十四条，第一百四十九条、第二百一十七条，《反不正当竞争法》第十条，《商标法》第五十六条，《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第十七条，《诉讼费用交纳办法》第二十九条的规定，判决：一、焦红霞、永利公司共同赔偿鸿锦公司经济损失498.47元。二、驳回蒋荫安，鸿锦公司其他诉讼请求。焦红霞、永利公司如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，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。案件受理费4300元，由焦红霞、永利公司负担2150元，由鸿锦公司负担2150元。

上诉人鸿锦公司和蒋荫安不服原审法院上述民事判决，向本院提起上诉称：一、一审认定事实错误：1、判决书中经审理查明中，一是对蒋荫安、李艳群、焦红霞三人的职责认定与事实不符，事实是焦红霞除了管理财务章外，全盘负责公司的采购、销售、开具增值税发票、月末汇总票据向会计提供、审查公司现金往来账并定期盖章，行使公司经理的职责。焦红霞采取欺骗手段，使双方股东共收益79.5万元的事实存在。焦红霞要变更法人代表是2010年7月末，趁蒋荫安2010年8月25日住院手术之际，另立公司、实施侵权损害行为，而不是一审法院认为的2010年12月至2011年2月15日期间。二是焦红霞至今未与永利公司清算、仍在永利公司负责全面工作，参加同行业的各项活动。焦红霞从形式上退股，但实际仍是控股人及经营人。三是鸿锦公司增值税申报表及永利公司的增值税申报表、损益表显示的利润额等数据问题。报表反映鸿锦公司双方经营期间有客户48家，报表利润与实际收益差距很大，主要原因是焦红霞将运输费含在货款中，又开具增值税发票，加大成本，减少利润，致使企业微利或亏损。永利公司报表中2010年1月经营状况是比较真实的，月销售额475798.31元，1-3月份销售额1099630.17元；而鸿锦公司的同期销售额1月份243025.5元，1-3月为257711元。永利公司此期间由侵害带来的销售额就是鸿锦公司因被侵害而降低的销售额。一审法院认定永利公司的利润数额与实际情况显然不符。四是一审法院认定永利公司只有4家客户与鸿锦公司客户重合不符合实际，永利公司工商变更后的64家客户，与鸿锦公司原有的48家客户重合高达39家，也显示出永利公司对鸿锦公司造成的侵害是巨大的。五是一审法院关于审计过程的认定不完全符合事实。实际情况是鸿锦公司一直主张优先选择以永利公司对鸿锦公司造成的损失确定赔偿额。但未得到采纳，对两个公司的审计的提议，我方主张应先对永利公司进行审计，后审计鸿锦公司，一审法院提出的“无需审计”不符合实际。一审法院已知晓企业实际收益情况与纳税申报表收益情况可能存在不一致，却不等待或催促国税部门核查，草草判决。六是鸿锦公司提供30份证据，一审有5份没有质证，30份证据在判决书中是否采纳未得到回应。2、一审判决书“本院认为”一节与事实不符。一审法院认为焦红霞仅是违反公司章程和法律规定是不全面的，实际上也违反了《反不正当竞争法》有关规定，侵害我方商业秘密，损害公司利益。永利公司股东、董事和法人代表形成一个共同连带的侵害关系，应承担连带责任，对此一审法院没有认定，助长了永利公司的侵权行为；一审法院认定“焦红霞的收入在永利公司退股时没有实际取得，永利公司应承担共同的赔偿责任”。说明焦红霞未撤资也就不需要清算，仍然是公司实际的掌控者。永利公司对鸿锦公司的侵权行为具有连续性和持续性。近亲属之间的股权转让是为了逃避法律责任，且不能提供具体转让交易的证据，实际上焦红霞是实际控股人、经营者，其胞弟焦强只是顶明股东。一审法院仅是支持焦红霞是股东期间永利公司的利润，永利公司具体侵权造成的损失数额应按照鸿锦公司提供的证据认定，即永利公司在2011年1月份销售额达到475798.31元，双方经营时鸿锦公司同期销售额为243025元，这就是因果关系的证据。一审法院关于对焦红霞和永利公司侵权造成的损害，鸿锦公司未提供证据的问题不符合事实。一审采取不切实际的税务报表数据进行计算违背客观事实。关于对客户名单无法认定采取保密措施的认定不符合事实。一审法院认定李艳群、蒋荫安两人说法不一致是歪曲事实，原因是有关采购、销售的信息主要由焦红霞掌控，客户信息是企业的生命，焦红霞理应遵守法定的保密责任和义务，采取保密措施。法院对鸿锦公司提出的永利公司亏损还长期坚持侵权经营的原因不予查对，有不作为和违法之嫌。关于对鸿锦公司主张焦红霞和永利公司不得经营与其相同的业务及焦红霞应从鸿锦公司退股清算不予合并审理的问题，焦红霞所谓退股及永利公司欺骗工商部门取得执照，不能抵销其违反《公司法》和《反不正当竞争法》的规定，其应承担相应的法律责任。焦红霞在鸿锦公司经营期间的未尽事宜的赔偿责任，理应属于本案范围，应当合并审理。二、程序违法。1、对永利公司从成立至今的经营收入、实际收益、运输发票额度、股东焦红霞退股撤资情况的证据未调，怠于取证违法。2、对鸿锦公司提供的30个证据均未签收，25个质证，5个未质证，违反证据规则的规定。一审中提出申请千山区人民法院回避，未得到回应，违反民事诉讼法的规定。三、适用法律有误。1、一审法院适用《公司法》第四十七条、五十条、五十一条、五十四条，没有针对性和实用性。2、仅适用《公司法》第一百四十九条（五）项，还应适用该条（四）、（七）、（八）项。3、一审判决适用《反不正当竞争法》第十条第五款商业秘密的定义来衡量定性鸿锦公司的信息不是商业秘密与本案事实不符。4、对于鸿锦公司要求焦红霞和永利公司承担律师费、诉讼费、调查费等问题，应适用《反不正当竞争法》和《商标法》，予以赔偿。5、一审适用《诉讼费用交纳办法》第二十九条没有事实依据。综上，请二审法院撤销一审判决，判令焦红霞和永利公司赔偿鸿锦公司经济损失100万元，支付蒋荫安应得利润50万元；判令焦红霞和永利公司停止对鸿锦公司的侵害行为，至本案所指商业秘密为公众知悉时止，并在本案审理开庭后采取先于执行；判令焦红霞和永利公司不得经营与鸿锦公司相同的经营业务，同时判令焦红霞从鸿锦公司退股、清算；判令焦红霞和永利公司承担全部律师费、诉讼费及相关调查费。

被上诉人焦红霞未作书面答辩，庭上辩称：一审法院判决认定事实清楚，适用法律正确。

被上诉人永利公司未作书面答辩，庭上辩称：答辩意见与焦红霞相同。

本院二审法院查明的事实与原审法院查明的事实基本一致。

另查明，永利公司从2010年12月成立至今的增值税纳税申报表和损益表显示：永利公司从成立至今的净利润额2010年为-8829.58、2011年为-23209.56元、2012年为-6722.8元、2013年为8895.59元、2014年1-4年为15163.68元；而销售额分别为2011年874万元、2012年936万元、2013年937万元、2014年1-4月188万元。

本院二审中已向双方当事人释明，只有经审计才能确定永利公司的利润，才能确定焦红霞在永利公司的收入。鸿锦公司和蒋荫安认为对永利公司的利润，无需审计，其不主张审计，如法院认为必须审计，也表示同意，但不同意预交审计费，在向其释明如不预交审计费用，则视为不同意审计后，其对法院释明内容不予接受。焦红霞也不同意预交审计费。

本院二审期间，鸿锦公司和蒋荫安提供：1、双方股东分货物情况的记载和分货时李艳华的书面证词，用以证明焦红霞和蒋荫安在未对公司清算时，两人分货的事实。2、录音记录、焦红霞参加购销会活动照片、牌匾照片，用以证明焦红霞仍负责永利公司采购销售、参加行业销售交流会及永利公司门市牌子上联系电话仍是焦红霞的手机号，证明焦红霞参与永利公司经营。3、2011年支付运费转账支票两张，用以证明永利公司以另行增加运费的方式增加成本。

对于证据1，因焦红霞承认双方分货，故对该证据予以采信。对于证据2，焦红霞和永利公司认为录音无法核实真实性，参加会议不等于代表永利公司，牌匾上有电话号不能证明焦红霞在永利公司处理业务。但焦红霞和永利公司未能提供反驳证据，结合本案其他证据能够证明焦红霞在永利公司变更法定代表人后仍参与永利公司的经营，对于证据2本院予以采信。对于证据3，可说明公司利润与实际情况不符，该证据存在一定合理性，故认可对于公司利润与实际情况是否相符需经审计确认。

对于上诉人提出的一审中未质证的所谓证据1即2009年—2011年双方经营相关19家客户情况，用以证明两公司经营期间存在客户重合问题，因客户重合客观存在，对该证据本院予以采信；证据2即关于赔偿计算方法的选择和证据3即关于重审庭审中被起诉人虚假问题的几点说明，因均系鸿锦公司和蒋荫安的观点，不属于本案证据，不应作为证据使用；证据4即鸿锦公司经营期间的付款发票，用以证明利润与实际不符，和证据5即永利公司一票制采购部分单位录音情况，用以证明增加成本及利润和实际不符，因二证据均可说明公司利润与实际情况不符，故二证据均存在一定合理性，故认可对于公司利润与实际情况是否相符需经审计确认。

本院二审认为，公司及股东的合法利益受法律保护。蒋荫安与焦红霞共同出资依法成立鸿锦公司，公司及股东的经营活动、合法权益均应受到法律的保护和约束。依据《公司法》第二百一十七条“本法下列用语的含义：（一）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”的规定，尽管蒋荫安为鸿锦公司的执行董事，焦红霞担任监事，但实际上焦红霞在公司负责采购、销售、经营及催收货款等企业核心工作，承担了公司高级管理人员的职责，故焦红霞属公司高级管理人员。其未经鸿锦公司同意，于2010年10月21日作为发起人成立永利公司，并担任法定代表人执行董事兼经理，与鸿锦公司经营同类业务的情形。符合《公司法》关于竞业禁止及任职的有关规定。尽管焦红霞在2011年2月23日以协议约定，将自己持有的全部股权转让给焦强，并经鞍山市工商行政管理局变更永利公司法定代表人为焦强，但永利公司及焦红霞在数次庭审中，均未能提供充分有效的证据，证明焦红霞收到了退股撤资款90万元，且永利公司也承认焦红霞在工商登记变更后，仍然一直负责永利公司的债务清理，没有离开公司。此行为从实质上仍然符合竞业禁止情形。从鸿锦公司提供的录音和照片证据也显示，焦红霞一直在永利公司经营与其所任职的鸿锦公司同类的业务，其对鸿锦公司利益的侵害持续至今。依据《公司法》第一百四十九条“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”的规定，焦红霞在担任鸿锦公司高级管理人员期间违反竞业禁止的法定义务，应承担相应的法律责任。因该条款并未规定公司承担责任，而永利公司是经工商部门核准的法人单位，其在经营许可范围内经营，并未违反法律规定，二上诉人要求永利公司承担共同赔偿责任没有法律依据，故永利公司不应承担赔偿责任。

关于焦红霞是否应承担将其从永利公司所得收入返还鸿锦公司责任一节。本院二审认为，依据《公司法》第一百四十九条第二款“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”的规定，焦红霞应将其出现竞业禁止行为期间在永利公司的收入返还给鸿锦公司。虽然一审法院也注意到永利公司实际收益与纳税申报表显示的收益可能存在不一致的情况，因故未能予以审计，也虽曾向鞍山市国税稽查局出函，建议对两公司的实际利润情况进行核查，但未待出具核查结果，即以永利公司在税务机关申报表上的利润数额作为赔偿鸿锦公司损失为依据。从报表看，永利公司作为以营利为目的的企业法人从成立至今的净利润额为负值，而几年的销售额为2935万元，对于一个由两个自然人组成的主要靠低买高卖获取利润的销售型企业，如此高的销售额，又连年亏损，却继续经营，说明该企业实际收益情况与纳税申报表显示的收益情况不符，故报表显示的利润数额不能作为永利公司的利润，也不宜作为确定焦红霞在永利公司的收入。对于鸿锦公司和蒋荫安提出的计算方法，焦红霞和永利公司亦不认可。鉴于上述情况，本院二审中已向双方当事人释明，只有经审计才能确定永利公司的利润，才能确定焦红霞在永利公司的收入。鉴于双方当事人均不预交审计费的情况，承办人认为，现无法确定焦红霞在永利公司的实际收入，应待鞍山市国税稽查局对永利公司的实际利润核查出结果或鸿锦公司及蒋荫安能够提供确切证据证明焦红霞在永利公司的具体收入情况下，可再行提起诉讼解决。

关于蒋荫安主张其作为鸿锦公司股东，有权获得焦红霞应赔偿鸿锦公司款项的50%一节。因焦红霞竞业禁止行为损害的是鸿锦公司的利益，鸿锦公司作为独立核算的法人单位，具有独立的法律人格。鸿锦公司在取得赔偿款项后如何分配是其公司内部的决策事宜，属蒋荫安与鸿锦公司之间就公司利润分配而产生的另一法律关系，并非本案审理范围，故蒋荫安的该项主张，缺乏事实及法律依据，不予支持。

关于鸿锦公司主张因永利公司擅自使用鸿锦公司销售客户信息，侵害鸿锦公司商业秘密至今，要求永利公司赔偿，并判令停止对鸿锦公司的侵害行为至本案所指商业秘密为公众知悉时为止，并在本案审理开庭后应采取先予执行一节。经查，鸿锦公司认为其所述的商业秘密，是指在蒋荫安、焦红霞共同经营鸿锦公司期间，曾在鸿锦公司购买货物的客户名称，及相关附属的采购价格等信息构成的客户名单。本院二审认为，依据《反不正当竞争法》第十条“本条所称的商业秘密，是指不为公众所知悉、能为权利人带来经济利益、具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息”的规定，商业秘密必须同时具备价值性、秘密性和保密性。客户名单在商业经营中虽然能够给企业带来商业利益，具备价值性，但具有秘密性的客户名单，不能单纯是客户名称、联系方式的列举，而应该包括客户的需求类型、需求习惯、经营规律、对商品价格的承受能力等客户信息的综合载体；如该客户名单上所承载的信息能够被其他不特定的人通过正常交往途径或一般媒介即可获得，则该客户名单不具有秘密性。由于行业竞争激烈，客户为了获得更优惠的价格和服务，往往会主动与其他企业联系，对比质量、价格，这些都客观上决定了客户名称和价格等信息是处于公知状态的，完全不需要通过侵权手段就可以合法获取，而焦红霞的客户名单仅仅记载客户名称、联系方式及相应价格，因此不具有秘密性，且焦红霞在与蒋荫安成立鸿锦公司之前，就在鞍山市俱进耐火材料公司工作七年，对耐火材料市场比较了解，对于该行业的客户信息已有所了解和掌握。因此鸿锦公司的采购和销售企业客户名单不属于法律意义上的商业秘密。依据《关于禁止侵犯商业秘密行为的若干规定》中所称采取保密措施，“包括订立保密协议，建立保密制度及采取其他合理的保密措施”的规定，鸿锦公司和蒋荫安未能举证证明鸿锦公司针对焦红霞持有的客户信息制定了相关保密制度或与公司员工签订了保密协议，明确禁止员工泄漏客户信息、以及采取其他保护客户信息的技术手段，仅以焦红霞将客户信息锁在办公抽屉内即视为采取保密措施，缺乏事实和法律依据，该客户信息也不具备保密性，故对鸿锦公司和蒋荫安该项主张，不予支持。

关于鸿锦公司和蒋荫安主张判令焦红霞和永利公司不得经营与其相同的经营业务，同时判令焦红霞从鸿锦公司退股、清算一节。本院二审认为，永利公司作为合法存续的法人单位，对外经营与鸿锦公司相同或相近的业务范围，是经过工商管理部门核准的合法经营行为，故鸿锦公司和蒋荫安主张永利公司不得经营与其相同的经营业务，缺乏事实及法律依据，本院不予支持。焦红霞在永利公司变更工商登记后仍然一直负责永利公司的债务清理，实际并没有离开永利公司，一直在经营与其所任职的鸿锦公司的同类业务，故焦红霞应在与鸿锦公司未进行退股清算前，不得经营与鸿锦公司同类业务。关于鸿锦公司和蒋荫安主张同时判令焦红霞从鸿锦公司退股、清算一节，因本案为控股股东、实际控制人、董事、高级管理人员损害公司利益赔偿纠纷，与股东清算纠纷并非同一法律关系，故对二上诉人的此项主张不予合并审理。

关于鸿锦公司和蒋荫安主张判令焦红霞和永利公司承担律师费、诉讼费、调查费等一节。本院二审认为，《中华人民共和国商标法》第五十六条、《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第十七条，是关于侵犯商标专用权的赔偿数额的规范，因本案并非侵犯商标专用权案件，故此两项法律规定不适用于本案，鸿锦公司和蒋荫安的此项主张没有法律依据，不予支持。依据《诉讼费用交纳办法》第二十九条“诉讼费由败诉方承担，胜诉方自愿承担的除外。部分胜诉、部分败诉的，人民法院根据案件的具体情况决定当事人各自负担的诉讼费用数额”的规定，本案诉讼费应由双方各承担50%。

综上，依照《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、维持鞍山市千山区人民法院（2013）鞍千民三初字第1160号民事判决第二项；二、撤销鞍山市千山区人民法院（2013）鞍千民三初字第1160号民事判决第一项；三、焦红霞在与鞍山市鸿锦耐火化工材料有限公司未进行退股清算前，不得经营与鞍山市鸿锦耐火化工材料有限公司同类业务。一审案件受理费4300元，二审案件受理费4300元，共计8600元，由鸿锦公司和蒋荫安负担4300元，焦红霞负担4300元。

再审申请人鸿锦公司和蒋荫安申请再审称：1、请求再审法院撤销原一、二审民事判决；2、判令二被申请人赔偿鸿锦公司经济损失100万元；3、判令二被申请人停止对二再审申请人的侵害行为至本案所指商业秘密为公众所知悉时为止。并在本案再审开庭后立即采取措施先予执行；4、判令二被申请人不得经营与申请再审人相同的经营业务，同时判令被申请人焦红霞从鸿锦公司退股清算。5、判令由二被申请人承担原一、二审全部诉讼费8600元、律师费37000元、材料复印打印费用3000元。理由是：1、原一、二审法院认定事实不清，适用法律错误；2、本案赔偿数额无需进行审计，应依照申请人提出的方法计算，判定被申请人赔偿再审申请人损失100万元；3、二审法院认定再审申请人的客户信息不属于商业秘密不符合事实和法律的规定；4、二被申请人的侵权行为是连带产生的，应承担连带赔偿责任，再审申请人要求判令被申请人焦红霞从鸿锦公司退股清算与本案属同一法律关系，应当合并审理；5、二审法院判决本案诉讼费用双方各承担一半与事实不符，应相应减少申请再审人对一审诉讼费用的承担。

被申请人焦红霞答辩称：1、根据工商登记记载，焦红霞担任鸿锦公司监事，成立其他有限责任公司并不违法，亦没有给再审申请人造成任何损失；2、焦红霞个人多年的从业经验和技能不属于某一个公司，更不涉及商业秘密；3、鸿锦公司客户名单不属于商业秘密，焦红霞从未侵犯过鸿锦公司的权利；4、再审申请人所提经济损失没有证据证明，且与焦红霞无关；5、作为鸿锦公司的股东，蒋荫安与焦红霞就终止合作进行过沟通，并实际分割了公司的现金及库存，焦红霞提走分得的库存余货不违法，也没有侵犯再审申请人的权利；6、再审申请人要求被申请人承担其律师费用不应支持。综上，原审判决认定事实清楚，适用法律正确，再审申请人的再审申请没有事实及法律依据，请求再审法院驳回其再审请求，维持原判。

被申请人永利公司答辩称，原审判决认定事实清楚，适用法律正确，请求再审法院维持原判。

本院再审查明的事实与本院二审查明事实基本一致。

本院再审认为，公司及股东的经营活动、合法权益均应受到法律的保护和约束。依据《公司法》第二百一十七条“本法下列用语的含义：（一）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”和第一百四十九条“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”的规定，被申请人焦红霞虽然在工商登记记载担任鸿锦公司的监事，但其实际负责公司的采购、销售、经营及催收货款等工作，应属高级管理人员；其在担任鸿锦公司高级管理人员期间未经鸿锦公司同意，作为发起人成立经营同类业务的永利公司，并担任法定代表人执行董事兼经理，违反了竞业禁止的法定义务，应承担相应的法律责任。本院二审判决认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。

关于再审申请人鸿锦公司和蒋荫安所提本案赔偿数额无需进行审计，应依照申请人提出的方法计算，判定被申请人赔偿再审申请人损失100万元；二被申请人的侵权行为是连带产生的，应承担连带赔偿责任的再审主张。经审，依据《公司法》第一百四十九条第二款的规定，焦红霞应将其出现竞业禁止行为期间在永利公司的收入返还给鸿锦公司，鉴于双方当事人对于焦红霞在永利公司的收入存在较大争议，又不能提供相应证据予以证明，且本院二审和再审期间双方均明确表示不申请对永利公司的利润进行审计。故本院二审认为，现无法确定焦红霞在永利公司的实际收入，应待鞍山市国税稽查局对永利公司的实际利润核查出结果或鸿锦公司及蒋荫安能够提供确切证据证明焦红霞在永利公司的具体收入情况下，可再行提起诉讼解决，并无不当。依据《公司法》的上述条款中并未规定公司承担责任，永利公司是经工商部门核准的法人单位，其在经营许可范围内经营，并未违反法律规定，再审申请人要求永利公司承担共同赔偿责任于法无据，故本院不予支持。

关于再审申请人所提二被申请人侵犯鸿锦公司商业秘密，应判令其停止对再审申请人的侵害行为至本案所指商业秘密为公众所知悉时为止，并在本案再审开庭后立即采取措施先予执行的再审主张。经查，再审申请人所述的商业秘密，是指在蒋荫安、焦红霞共同经营鸿锦公司期间，曾在鸿锦公司购买货物的客户名称，及相关附属的采购价格等信息构成的客户名单。本院再审认为，依据《反不正当竞争法》第十条“本条所称的商业秘密，是指不为公众所知悉、能为权利人带来经济利益、具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息”的规定，商业秘密必须同时具备价值性、秘密性和保密性。在市场经济条件下，企业客户名称和产品价格等信息是处于公知状态的，无需通过侵权手段即可合法获取，焦红霞于鸿锦公司成立之前已在耐火材料领域从业多年，对该行业市场的客户信息均有所了解和掌握。且鸿锦公司客户名单上所承载的信息能够被其他不特定的人通过正常交往途径或一般媒介获得，因此该客户名单不具有秘密性，不属于法律意义上的商业秘密。再审申请人未能举证证明鸿锦公司针对其客户信息依据《关于禁止侵犯商业秘密行为的若干规定》中所称采取保密措施，“包括订立保密协议，建立保密制度及采取其他合理的保密措施”的规定，制定了相关保密制度或与公司员工签订了保密协议，明确禁止员工泄漏客户信息、以及采取其他保护客户信息的技术手段，该客户信息不具备保密性。故再审申请人的上述主张缺乏事实和法律依据，本院不予支持。

关于再审申请人所提应判令二被申请人不得经营与其相同的经营业务，同时判令焦红霞从鸿锦公司退股、清算的再审主张。经审，被申请人焦红霞在转让永利公司股份并变更工商登记后仍负责该公司的债务清理，在与鸿锦公司未进行退股清算前经营与其所任职鸿锦公司的同类业务，符合《公司法》关于竞业禁止及任职的有关规定，再审申请人此点再审主张，本院予以支持。永利公司作为经过工商管理部门核准登记的法人单位，其对外经营与鸿锦公司相同或相近的业务范围并不违反法律规定，故再审申请人主张永利公司不得经营与其相同业务，于法无据，本院不予支持。因股东清算纠纷与本案控股股东、实际控制人、董事、高级管理人员损害公司利益赔偿纠纷并非同一法律关系，故对再审申请人所提对焦红霞从鸿锦公司退股、清算予以合并审理的再审主张，本院不予支持。

关于再审申请人所提判令二被申请人全部承担律师费、诉讼费、材料复印打印费的再审主张。经查，再审申请人所提《中华人民共和国商标法》第五十六条、《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第十七条，两项法律规定不适用于本案，故对其此项再审主张不予支持。

综上，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、第二百零七条之规定，判决如下：

维持本院（2014）鞍民三终字第98号民事判决。

本判决为终审判决。

审判长　张　宇

审判员　李红兵

审判员　周建新

二〇一五年七月十六日

书记员　贾开萍