山东省济南市中级人民法院

民 事 判 决 书

(2020)鲁01民终1477号

上诉人（原审原告）：山东亿海兰特通信科技有限公司，住所地济南市。

法定代表人：任爱敏，总经理。

委托诉讼代理人：李建成，山东睿扬律师事务所律师。

委托诉讼代理人：许杰，山东睿扬律师事务所实习律师。

被上诉人（原审被告）：张毓栋，男，1982年2月27日出生，汉族，住山东省济南市。

委托诉讼代理人：程守法，山东众成清泰（济南）律师事务所律师。

委托诉讼代理人：景雷，山东众成清泰（济南）律师事务所实习律师。

原审第三人：山东蚂数信息科技有限公司，住所地山东省济南市。

法定代表人：范向阳，总经理。

委托诉讼代理人：程守法，山东众成清泰（济南）律师事务所律师。

委托诉讼代理人：景雷，山东众成清泰（济南）律师事务所实习律师。

上诉人山东亿海兰特通信科技有限公司（以下简称亿海兰特公司）因与被上诉人张毓栋、原审第三人山东蚂数信息科技有限公司（以下简称蚂数公司）损害公司利益责任纠纷一案，不服济南高新技术产业开发区人民法院(2019)鲁0191民初4947号民事判决，向本院提起上诉。本院于2020年2月24日立案后，依法进行了审理，现已审理终结。

亿海兰特公司上诉请求：一、撤销济南高新技术产业开发区人民法院（2019）鲁0191民初4947号民事判决，依法改判支持上诉人一审的全部诉讼请求；二、一、二审诉讼费用由被上诉人承担。事实和理由：一、一审判决认定张毓栋不属于亿海兰特公司高管错误。首先，从公司实际经营情况看，亿海兰特公司作为一家员工人数较少、从事软件销售的公司，最主要的业务范围就是软件销售，销售部门作为公司最为重要的一个部门，部门工作开展的好坏直接关系到公司的生死存亡。张毓栋于2015年6月16日至2019年2月18日期间在亿海兰特公司任职，前期负责软件销售工作。2017年5月31日，亿海兰特公司下发《2017年公司人事任命通知》，张毓栋被提拔为公司高管，任命为公司销售总监，负责公司的整个销售业务，具体工作内容包括对公司销售战略的制定、维护对接重要客户、管理销售事业部的整体工作等管理内容。同时，根据亿海兰特公司销售事业部会议纪要（编号2019—09—05）记录的会议出席人员、人员顺序及会议内容也可看出，张毓栋位列董事长之后，负责管理公司的整个软件销售业务，地位举足轻重。其次，从法律层面看，公司法规定的企业高管的职位包括董事长（及董事）、总经理、副总经理、总工程师、总经济师、总会计师（财务总监）、常务副总、独立董事、董秘、营销总监、行政总监、人事总监、监事会总监等。张毓栋作为亿海兰特公司的销售总监，属于公司的高级管理人员。一审判决无视亿海兰特公司的证据，只是单纯依据法条列举的高管情况，没有考虑法条列举情况外的兜底条款“等”所包含的内容，完全不考虑亿海兰特公司的实际经营状况，径直认定张毓栋不属于公司高管，认定事实错误，从而使本案判决出现根本性错误。二、一审判决认定张毓栋未利用职务便利为第三人关联公司谋取了属于亿海兰特公司的商业机会，认定事实错误。张毓栋在担任亿海兰特公司高管期间内，于2018年1月9日利用其父张学君、其妻赵琪等人员的名义（股东发起人），成立了与亿海兰特公司经营范围相同的第三人关联公司。自2018年11月20日起，第三人关联公司经过一系列的股权变更操作，于2019年6月19日变更为张毓栋100%控股公司。张毓栋在得知亿海兰特公司以损害公司利益责任纠纷为由将其起诉后，为撇清其与第三人公司之间的关联关系，于2019年11月28日将企业股权登记信息进行了变更，并在一审开庭时张毓栋及蚂数公司的代理人否认张毓栋与第三人公司关联关系，充分体现出张毓栋明显的故意规避法律责任态度。张毓栋在亿海兰特公司担任高管期间，未经股东会或股东大会同意，利用作为亿海兰特公司销售总监的职务便利，帮助第三人公司中标省体彩大数据支撑平台、港航公安局精准警务App采购安装项目和济南市公安局扫黑除恶平台三个项目。特别是省体彩大数据支撑平台一期的项目服务商就是亿海兰特公司，但二期项目招投标时，张毓栋帮助第三人公司谋取了属于亿海兰特公司的商业机会，项目服务商变更为第三人公司，给亿海兰特公司造成了极大地经济损失。一审判决没有考虑其中的逻辑关系，也未考虑张毓栋曾作为亿海兰特公司销售总监，负责维护省体彩数据中心支撑平台项目的情况，直接认定张毓栋未利用职务便利帮助第三人公司取得亿海兰特公司的商业机会，属于认定事实错误。另外，根据15478号公证书显示，在张毓栋在亿海兰特公司担任高管期间，第三人公司在投标山东体彩大数据平台项目时，在政府政务公开官网上公开了其中标港航公安局精准警务App采购安装和济南市公安局扫黑除恶平台两个项目的信息，具有完全法律效力和公开公正的特征。但在一审开庭中，张毓栋的代理人陈述，该两份业绩一份是尚未发生，另外一份是其他单位中标。张毓栋在政府公开招标项目中就是明显弄虚作假，其行为已经明显构成违法犯罪。但一审判决对此只字未提，但认定对这两个项目，亿海兰特公司未提供证据证明张毓栋违反了公司法第一百四十八条的规定之情形，明显认定事实错误。因此，15478号公证书中显示第三人中标的三个项目，均发生在张毓栋尚未离职期间，属于公司法第一百四十八条第五项规定之情形。三、张毓栋违反竞业禁止规定这一法定义务，亿海兰特公司有权行使归入权。根据公司法第一百四十八条规定，董事、高级管理人员违反前款关于竞业禁止规定所得的收入应当归公司所有。这是受损害公司的归入权，属于公司的法定权利。归入权中的受损害公司的经济损失，并不以该利益已经完全实现为前提，应当系侵权人实施的各种经营活动侵害了公司现实利益或可预见的预期利益作为公司的损失依据，因此，亿海兰特公司行使归入权，诉请将张毓栋帮助第三人公司中标三个项目总标的额349.1万元赔偿给亿海兰特公司，符合公司法规定，证据确实充分。

张毓栋、蚂数公司辩称，一、张毓栋仅负责业务部门，并非控股股东、董事、监事，在公司任职期间仅处理业务部门的相关事物，对公司决策没有决定权和影响力，不属于法律意义上的高级管理人员，张毓栋的主体不适格，亿海兰特公司的上诉请求应当驳回。二、蚂数公司与亿海兰特公司是平等的市场主体，并不因经营范围趋同而负有竞业禁止义务，亿海兰特公司所主张的业务均是竞标业务，各方均享有同等的交易机会，并非亿海兰特公司专属缔约机会。且亿海兰特公司并未参与竞标，原因是其提供的服务客户不满意。三、亿海兰特公司主张的事实错误，张毓栋并非蚂数公司的股东，期间短期受让股权，现已将相关股权转让出去。四、亿海兰特公司起诉的招投标项目中，日照市港航公安局精准警务App最终中标方是山东海创智能有限公司，济南市公安局扫黑除恶平台项目还没有开始投标，省体彩大数据支撑平台项目系通过合法招投标参与，而非单独协商达成合意，且亿海兰特公司未参与投标。五、亿海兰特公司并无实际损失，也未提供相关证据，其请求数额没有事实和法律依据。综上，请求驳回亿海兰特公司的上诉请求。

亿海兰特公司向一审法院起诉请求：1.判令张毓栋立即停止损害亿海兰特公司利益的行为；2.判令张毓栋赔偿亿海兰特公司损失349.1万元；3.诉讼费用由张毓栋承担。

一审法院认定事实：2015年6月16日，亿海兰特公司与张毓栋签订《岗位劳动合同》，约定亿海兰特公司聘用张毓栋工作岗位为软件销售，劳动合同期限为2015年6月16日至2018年6月15日。2018年5月7日，亿海兰特公司与张毓栋签订《劳动合同》，约定亿海兰特聘用张毓栋的工作岗位为销售总监，劳动合同期限为2018年6月1日至2019年5月31日。2019年2月18日，张毓栋向亿海兰特公司提交离职申请，双方于同日签订《离职协议》。

亿海兰特公司工商注册登记的经营范围为：计算机软件的研发、销售，计算机信息系统集成工程的安装、施工，通信设备、通讯器材的销售、进出口代理，机械电子设备的进出口代理，通信技术服务（以上经营范围不含无线电发射及卫星电视接收产品），家具销售，装饰工程的施工，安防工程设计施工，信息技术咨询，专业设计服务以及其他法律、法规、国务院决定等规定未禁止和不需要经营许可的项目，（依法需经批准的项目，经相关部门批准后方可开展经营活动）。蚂数公司注册成立于2018年1月9日，其股东（发起人）为张学君、赵琪、马合莲、张敏杰，其中赵琪为张毓栋之妻，2019年7月18日，股东（发起人）变更为张毓栋，2019年11月28日，股东（发起人）变更为刘琦、范向阳。蚂数公司工商注册登记的经营范围为：计算机系统集成，计算机软硬件的技术开发，智慧城市信息化系统、大数据、云计算、物联网、电子商务的技术开发，数据处理，计算机软硬件及辅助设备的销售，计算机维修，基础软件服务，应用软件服务，综合布线，非专控通信设备的销售，企业管理咨询，企业形象策划，（依法须经批准的项目，经相关部门批准后方可开展经营活动）。

2019年1月18日，山东水务招标有限公司发布《山东省体育彩票管理中心用户行为大数据支撑平台及业务协同平台建设服务建设及服务中标公告》，载明：采购人为山东省体育彩票管理中心机关，采购代理机构为山东水务招标有限公司，采购项目名称为山东省体育彩票管理中心用户行为大数据支撑平台及业务协同平台建设服务建设及服务，采购方式为公开招标，中标供应商为蚂数公司，中标金额89.1万元。

一审法院认为，《中华人民共和国公司法》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；《中华人民共和国公司法》第二百一十六条第一款第（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。具体到本案中，张毓栋在亿海兰特公司离职前任销售总监职务，并不属于公司法规定的高级管理人员范畴，亿海兰特公司主张张毓栋系其公司高级管理人员证据不足、于法无据，不予支持。另，亿海兰特公司诉状中所述省体彩大数据支撑平台、港航公安局精准警务App采购安装和济南市公安局扫黑除恶平台三个项目，其中省体彩大数据支撑平台项目系经过公开招标方式由蚂数公司中标，并非张毓栋利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会；针对其余两个项目，亿海兰特公司并未提供证据证明张毓栋的行为符合《中华人民共和国公司法》第一百四十八条规定之情形，因此对亿海兰特公司的主张，不予支持。综上，亿海兰特公司诉请张毓栋承担赔偿责任于法无据，不予支持。根据《中华人民共和国公司法》第一百四十八条第一款第（五）项、第二百一十六条第一款第（一）项，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款、第一百四十二条的规定，一审判决：驳回亿海兰特公司的诉讼请求。案件受理费34728元，减半收取17364元，由亿海兰特公司承担。

二审期间，双方当事人均未提交新证据。

本院对一审查明的事实予以确认。

本院认为，本案的争议焦点是张毓栋是否构成谋取公司商业机会。首先，离职前，张毓栋在亿海兰特公司的职务是销售总监，并不属于公司法规定的高级管理人员，亿海兰特公司亦未提交证据证明销售总监系其公司章程中规定的高级管理人员，故一审法院对张毓栋的高级管理人员身份不予认定并无不当。其次，省体彩大数据支撑平台项目系通过公开招标方式采购，蚂数公司中标系正常市场竞争的结果，并非张毓栋利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会。对于日照市港航公安局精准警务App采购安装项目、济南市公安局扫黑除恶平台两个项目，亿海兰特公司未提交证据证明张毓栋具有谋取公司商业机会的行为，本院不予支持。综上所述，亿海兰特公司的上诉请求不能成立，应予驳回；一审判决认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。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规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费34728元，由上诉人山东亿海兰特通信科技有限公司负担。

本判决为终审判决。

审判员　　崔宝宁

二〇二〇年三月十七日

书记员　　王文文