广东省广州市黄埔区人民法院

民 事 判 决 书

（2018）粤0112民初6529号

原告：广州市湘力电机维修有限公司，住所地广州市黄埔区庙头村四公顷工业区第一栋厂房，统一社会信用代码914401127555944176。

法定代表人：杨强，该公司董事长。

委托诉讼代理人：雷铤，北京市盈科（广州）律师事务所律师。

被告：黄历洋，男，1976年9月15日出生，汉族，住广州市天河区，

被告：周冰，男，1971年11月22日出生，汉族，住湖南省湘潭市岳塘区，

被告：广州平行机电技术有限公司，住所地广州市黄埔区黄埔东路5号2211房，统一社会信用代码91440112331341918R。

法定代表人：黄历洋，该公司执行董事。

上述三名被告共同委托诉讼代理人：钟铁蕙，广东法制盛邦律师事务所律师。

上述三名被告共同委托诉讼代理人：陈婧，广东法制盛邦律师事务所律师。

原告广州市湘力电机维修有限公司（以下简称湘力公司）与被告黄历洋、周冰、广州平行机电技术有限公司（以下简称平行公司）损害公司利益责任纠纷一案，本院于2018年10月22日立案后，依法适用普通程序。被告黄历洋在提交答辩状期间提起管辖权异议，本院依法裁定驳回其管辖权异议，后被告黄历洋不服提起上诉，广州市中级人民法院作出（2019）粤01民辖终158号民事裁定书，裁定驳回上诉，维持原裁定。本院依法组成合议庭于2019年4月16日公开开庭进行了审理。原告湘力公司委托诉讼代理人雷铤，被告黄历洋、周冰和平行公司共同委托诉讼代理人钟铁蕙、陈婧到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

湘力公司向本院提出诉讼请求：1.判令黄历洋、周冰、平行公司立即停止损害湘力公司利益的侵权行为；2.判令黄历洋、周冰、平行公司在广州市市一级报纸上刊登“不再经营与湘力公司同类业务”的致歉声明，消除不良影响；3.判令黄历洋、周冰自2015年2月4日起至本判决生效之日止在平行公司处的工资薪金和分红收入归湘力公司所有，收入数额以司法审计结果为准（截止2018年10月3日，黄历洋、周冰收入参照广州市城镇私营单位就业人员年平均工资计算为207620.33元；黄历洋、周冰合计415240.66元。）;4.判令黄历洋、周冰承担本案的司法审计鉴定和诉讼费用。事实与理由：一、黄历洋、周冰实施同业经营损害公司利益的基本情况：1.湘力公司于2003年12月10日成立，主要经营范围为：电气设备修理；电气机械设备销售；机械技术咨询、交流服务;机械零部件加工；通用机械设备销售；机电设备安装服务等。黄历洋、周冰均为湘力公司创始股东，并一直担任湘力公司董事职务。2.黄历洋、周冰在担任湘力公司董事期间，于2015年2月4日共同出资注册成立平行公司，黄历洋担任平行公司执行董事兼总经理，周冰担任平行公司监事。平行公司主要经营范围为：机械技术推广服务；节能技术开发服务；节能技术咨询、交流服务;机电设备安装服务;机电设备安装工程专业承包；其他办公设备维修；能源技术咨询服务；职业技能培训（不包括需要取得许可审批方可经营的职业技能培训项目）；机械配件批发；机械配件零售；商品批发贸易（许可审批类商品除外）；集装箱维修;消防设施设备维修、保养;安全技术防范系统设计、施工、维修;汽车维修工具设计服务；医疗设备维修;电梯维修；日用电器修理；电气设备修理。黄历洋、周冰完全控制的平行公司的经营范围基本涵盖了湘力公司的经营范围。黄历洋、周冰作为湘力公司董事高管，又经营与湘力公司同类业务的平行公司，严重损害了湘力公司的利益。3.黄历洋、周冰利用其担任湘力公司董事的职务便利，将湘力公司的重要客户介绍给他们实际控制的平行公司，实质上形成同业竞争关系，严重损害了湘力公司的利益。例如：斯凯孚（中国）销售有限公司作为国际知名的轴承产品供应商和电机监测服务商，早在2014年初就与湘力公司建立合作关系，并先后授权湘力公司为“斯凯孚认证电机修复中心”，服务内容包括与轴承、密封件、润滑剂相关的电机和发电机服务的所有方面，包括安装、拆卸、修理、环境影响、状态监测等。但黄历洋、周冰在出资注册成立平行公司后，即利用职务便利为平行公司取得斯凯孚（中国）销售有限公司的服务授权，进行同业竞争和利益输送。二、黄历洋、周冰与平行公司共同实施损害湘力公司利益的行为，应当停止侵权行为并消除影响。黄历洋、周冰共同占有平行公司100%股权，且黄历洋为平行公司法定代表人，因此平行公司与黄历洋、周冰构成对湘力公司同业竞争的共同侵权行为，对湘力公司的利益和商誉造成了损害，应当承担共同侵权责任。根据《中华人民共和国侵权责任法》第十五条“承担侵权责任的方式主要有：（一）停止侵害；（六）赔偿损失；（七）赔礼道歉；（八）消除影响、恢复名誉”的规定，三被告应当立即停止损害湘力公司利益的侵权行为，并对其侵权行为登报致歉。三、黄历洋、周冰作为湘力公司董事实施同业经营侵权行为，湘力公司有权对其违法收入行使归入权。1、《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。”根据上述规定，黄历洋、周冰作为湘力公司董事，自2015年2月4日起出资成立平行公司实施同业经营侵权行为，黄历洋、周冰在平行公司的收入应当归湘力公司所有。2、因客观原因，湘力公司无法获取黄历洋、周冰在平行公司的收入情况，黄历洋、周冰具体收入情况以司法审计鉴定结果为准。但黄历洋、周冰作为平行公司的高管和实际控制人，其在平行公司的收入应当不低于广州市城镇私营单位就业人员年平均工资。广州市统计局公布的2015年-2017年城镇私营单位就业人员年平均工资情况分别为：49337元/年、55223元/年、61241元/年，以此标准计算，黄历洋、周冰在平行公司获得的收入至少不低于：49337/12\*11+55223+61241+61241/12\*9=207620,33元，两人合计415240.66元，应当归湘力公司所有。综上所述，恳请法院全面审查湘力公司意见和请求，依法作出公正判决，维护湘力公司的合法权益。

黄历洋、周冰共同答辩称：首先，本案中并不存在任何损害公司利益的行为和事实，而是湘力公司内部的大小股东之争。湘力公司早在2016年即明确知悉平行公司的经营状况并且从未提出过任何异议。第一、湘力公司从平行公司成立之前就已经知悉，并且同意我方成立平行公司。湘力公司成立于2003年，黄厉洋和周冰是2004年入职湘力公司，并且担任了湘力公司的股东。湘力公司一直专注于电机产品的维修领域，而黄历洋和周冰曾经提出公司可以尝试拓展新的业务领域，即状态监测产品。但是因为开拓新领域需要投入资金和设备所以当时湘力公司是否定这个建议，并且表示如果黄历洋和周冰希望开拓业务，可以自行开创公司，于是黄历洋和周冰在2015年2月4日开设了平行公司，并且开拓了状态监测产品业务，该业务领域和湘力公司原有的电机产品维修业务并不相同。在平行公司成立以后，湘力公司曾经在2016年6月16日召开过临时股东会，当时公司的全部股东都参与了会议，并且就关于平行公司股权购买事宜作出决议，并获得全票通过。由此可以看出，湘力公司以及公司的全部股东对平行公司的设立和经营行为都是知情的，也没有提出过任何异议，并且曾经计划收购平行公司的股份，确认平行公司的经营行为没有侵害原告的公司利益。第二、平行公司的经营行为没有损害到湘力公司的利益。首先，从两公司的经营范围主营业务和客户对象来看两公司专注的领域均不相同。从营业执照可以看出，平行公司属于科技推广和应用服务业，湘力公司属于通用设备制造业，根据2017年国民经济行业分类的规定，两公司分别属于服务业和制造业，明显不属于同类的企业。另外两公司的具体经营范围大多不相同，从事的业务性质和客户对象也不同。平行公司主营的是状态监测产品的业务，类似于体检，系对设备进行测验确认是否存在问题。而湘力公司主营的是电机维修，类似医院，是在设备出现问题时提供维修服务。换言之，在企业的经营链上，平行公司属于湘力公司的上游公司，两公司的业务领域是不同的，并不存在竞争关系。其次我方也从未谋取属于湘力公司的商业机会，没有损害其利益，其这一说法并不属实。实际上斯凯孚公司分别向湘力公司和平行公司进行了两个不同产品的授权。平行公司被授权为状态监测产品的经销商，而湘力公司被授权为电机修复产品的修复中心，两公司获得授权的产品类别和服务的类型是完全不同的，也不存在竞争关系。综上，我方并不存在任何同业竞争的行为也不存在谋取湘力公司商业机会的行为。最后我方的行为没有给湘力公司造成任何损失。因为双方从事的不是同一类的业务，也不存在同业竞争关系，更没有给他造成任何的损失，因此无需进行赔偿。至于湘力公司提到的平行公司工资和分红。黄历洋和周冰在平行公司并没有领取工资，也没有获得过任何分红。另外，我方关于斯凯孚公司的授权，早已在2016年底就结束了。而湘力公司现在仍然获得了斯凯孚公司的授权。

平行公司答辩称：我方认为本案是损害公司利益纠纷，而我方并非原告公司的股东或员工，也不存在损害原告公司利益的行为，并不是本案的适格主体，请求法院依法予以审核。另外黄历洋、周冰，已经不再是平行公司的股东。

当事人围绕诉讼请求依法提交了证据，本院组织当事人进行了证据交换和质证。当事人对真实性无异议的证据，本院予以确认并在卷佐证。对有争议的证据，本院认定如下：

1、湘力公司提交证据三中《高压电机定子绕组大修施工方案及报价》无原件，未显示与本案的关系，本院不予确认。

2、湘力公司提交证据三中《宋继良》的名片，未显示与本案的关系，本院不予确认。

根据本院审核确认的证据和双方当事人的陈述，本院认定事实如下：

湘力公司于2003年12月10日登记设立，注册资本500万元，经营范围为电气设备修理；电气机械设备销售；机械技术咨询；交流服务；机械零部件加工；通用机械设备销售；机电设备安装服务。湘力公司股东为杨强、刘宇飞、邓晓斌、黄历洋、周冰；董事为杨强、邓晓斌、周冰、刘宇飞、黄历洋；监事为曾薇。黄历洋、周冰是湘力公司的原始股东。

平行公司于2015年2月4日登记设立，注册资本100万元，经营范围为：机械技术推广服务；节能技术开发服务；节能技术咨询、交流服务;机电设备安装服务;机电设备安装工程专业承包；其他办公设备维修；能源技术咨询服务；职业技能培训（不包括需要取得许可审批方可经营的职业技能培训项目）；机械配件批发；机械配件零售；商品批发贸易（许可审批类商品除外）;集装箱维修；消防设施设备维修、保养;安全技术防范系统设计、施工、维修;汽车维修工具设计服务；医疗设备维修;电梯维修；日用电器修理；电气设备修理。平行公司股东为周冰、黄历洋。黄历洋任执行董事兼总经理，周冰任监事。2019年4月15日，平行公司股东变更为吴目红、吴中杰。法定代表人变更为吴中杰，执行董事兼经理变更为吴中杰，监事变更为吴目红。

湘力公司为证明三被告侵权，向本院提交了由杭州杭发兴和机电工程有限公司出具的《授权书》，载明：为更好的为华南地区客户服务，现授权平行公司为杭州杭发兴和机电工程有限公司华南地区维修服务中心，负责维修业务承接、零配件销售、售后服务、宣传广告等合法事宜。服务区域：广东、广西、海南、福建、云南等省。服务内容：汽轮发电机销售、维修；水轮发电机销售、维修配件销售。授权时间：2015年3月20日至2018年3月19日。

南京蓝污水处理设备有限公司出具的《授权书》，载明：为更好的为华南地区客户服务，现授权平行公司为南京蓝污水处理设备有限公司华南地区服务中心，负责业务承接、零配件销售、售后服务、宣传广告等合法事宜。服务区域：广东、广西、海南、福建、云南等省。服务内容：水处理设备及泵类产品销售、零配件销售、售后维修服务。授权时间：2015年6月1日至2018年5月31日。

斯凯孚（中国）销售有限公司与湘力公司签订《项目和许可协议》，授权湘力公司为“斯凯孚认证电机修复中心”，服务内容包括与轴承、密封件、润滑剂相关的电机和发电机服务的所有方面，包括安装、拆卸、修理、环境影响、状态监测等。授权有效期截止到2017年6月30日。斯凯孚（中国）销售有限公司授权平行公司为“斯凯孚（中国）销售有限公司状态监测产品及服务经销商”，授权有效期截止到2016年12月31日。

被告黄历洋提供的证据显示：2016年6月16日，湘力公司召开临时股东会。会议通过《关于平行公司股权的购买事宜》决议：1、需要平行公司罗列资产明细和价值；2、平行公司对未来三年投资回报的承诺或者提供盈利模式，二选一；3、最大可以转让股权比例和最低价格；4、上述需要提交文字资料、待资料提交后召开临时股东会、做专题讨论。

另外，湘力公司向本院提交《调查收集证据申请书》、《责令提交书证原件申请书》、《司法审计鉴定申请书》，要求对平行公司对外给客户开具的的增值税专用发票和普通发票的明细、对外签订的合同原件、日常的财务情况（包括经营性收入及利润数据）进行审计、调查。

本院认为：本案为损害公司利益责任纠纷。根据《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。公司董事或者高级管理人员的竞业禁止义务，是指公司董事或者高级管理人员未经公司同意，不得为自己或他人直接或间接从事与公司相竞争的营业活动。根据双方当事人的诉讼和答辩意见，本案的争议焦点在于：1.黄历洋、周冰是否构成竞业禁止；2.如若构成侵权，承担的责任范围；3.平行公司是否是本案的适格被告。

第一、黄历洋、周冰是否构成竞业禁止。

1.关于竞业禁止的承担主体。本案中，黄历洋、周冰作为湘力公司的原始登记股东、董事，属于公司高级管理人员的范畴，作为公司的高级管理人员应当在思想上效忠公司，在行为上以公司利益最大化作为指南。黄历洋、周冰属于公司的高级管理人员，负有忠诚义务，是竞业竞争的适格主体。

2.没有经过股东会的同意而实施上述行为。

本案中，黄历洋、周冰自湘力公司成立时即是湘力公司原始的股东，董事。黄历洋、周冰在湘力公司担任董事期间，于2015年2月4日发起成立平行公司，注册资本100万元，平行公司股东为周冰、黄历洋。黄历洋任执行董事兼总经理，周冰任监事。被告黄历洋、周冰抗辩称，是经过湘力公司股东大会同意。本院认为，该股东大会议题是收购平行公司，只能证明湘力公司知道有平行公司的存在，但不能证明湘力公司股东大会认可且同意黄历洋、周冰设立平行公司与湘力公司开展竞争。

3.是否构成同类业务。

公司营业执照上的经营范围是公司可能开展的业务范围，如果仅将竞业禁止范围限缩于实际经营范围，负有竞业禁止义务的主体就有机会利用公司资源为私利开展业务，剥夺公司开展其他业务的机会，使得公司不能开展经营范围内的其他业务，这与公司法设立董事、高管等人的忠实义务的制度目的是相违背的，故竞业禁止的业务范围应以营业执照载明的内容为准。湘力公司、平行公司两者之间的工商登记信息重叠，营业范围具有较高相似性，业务内容亦高度相同，注册地、经营地、均属广州市区，属于同类经营。

4.关于竞业禁止的表现形式。

黄历洋、周冰认为其并未篡夺湘力公司的商业机会，也没有与湘力公司展开竞争。本院认为，所谓竞业禁止，是指对与权利人有特定关系之人的特定竞争行为的禁止。我国公司法要求公司董事、高级管理人员应当对公司负有忠实和勤勉义务，要求董事、高级管理人员在执行公司业务时或担任公司职位期间需全心全意为公司服务，以公司最佳利益为出发点行事，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。董事、高级高管人员未经股东会同意另行经营与所任职公司同类业务当然违反竞业禁止义务，损害公司现实利益或者可预见的预期利益或者有无与公司展开竞争均不是违背竞业禁止义务的构成要件。本案中，黄历洋、周冰在担任湘力公司董事期间，共同出资成立了经营范围与湘力公司的经营范围基本相同的平行公司，并担任法定代表人、监事的行为，明显属于竞业禁止的范围。黄历洋、周冰违反董事、高级管理人员忠实义务，构成竞业禁止，本院予以确认。

第二、关于黄历洋、周冰赔偿范围的问题。

原告要求黄历洋、周冰立即停止损害湘力公司利益的侵权行为及要求黄历洋、周冰在广州市市一级报纸上刊登“不再经营与湘力公司同类业务”的致歉声明，消除不良影响。本院认为，黄历洋、周冰在湘力公司担任董事期间，于2015年2月4日发起成立平行公司，注册资本100万元，平行公司股东为周冰、黄历洋。黄历洋任执行董事兼总经理，周冰任监事。2019年4月15日，平行公司股东变更为吴目红、吴中杰。法定代表人变更为吴中杰，执行董事兼经理变更为吴中杰，监事变更为吴目红。黄历洋、周冰已经与平行公司没有任何关系，该两项主张的事实基础已经不存在，故本院不予支持。

原告要求黄历洋、周冰自2015年2月4日起至本判决生效之日止在平行公司处的工资薪金和分红收入归湘力公司所有，收入数额参照广州市城镇私营单位就业人员年平均工资计算。本院认为，黄历洋、周冰的行为已构成对湘力公司竞业禁止义务的违反，《中华人民共和国公司法》明确规定高级管理人员、董事将违反忠实义务的收入、报酬归于公司。所谓归入权，是指公司可以要求董事、高级管理人员把其为个人利益或为他人利益而获得的竞业收入、报酬归于公司，把董事、高级管理人员竞业的交易，视为公司的交易。法律之所以赋予公司归入权，是因为针对董事、高级管理人员的竞业行为给公司造成的损失往往是潜在的，公司很难证明自己的实际损失，通过归入权的行使对违反竞业禁止义务的董事、高级管理人员予以惩戒，并补偿自己可能的损失。故原告要求以广州市城镇私营单位就业人员年平均工资计算收入，亦是合理范围，本院予以确认。黄历洋、周冰于2015年2月4日发起成立平行公司，2019年4月15日，平行公司股东变更为吴目红、吴中杰，黄历洋、周冰已经与平行公司没有任何关系，故计算时间应该从2015年2月4日其至2019年4月15日截止。广州市统计局公布的2015年-2017年城镇私营单位就业人员年平均工资情况分别为：49337元/年、55223元/年、61241元/年，以此标准计算，黄历洋、周冰在平行公司获得的收入至少不低于：49337/12\*11+55223+61241+61241+61241/12\*4=243344元（四舍五入后取整）。黄历洋、周冰两人合计为486688元，应当归湘力公司所有。

第三、关于平行公司是否是本案的适格主体。

根据《中华人民共和国公司法》第一百四十八条规定，违反竞业禁止义务需承担责任的主体是公司的董事或者高级管理人员，平行公司不是本案的适格主体。故湘力公司要求平行公司承担责任不符合法律规定，本院不予支持。正常的经营活动是平行公司的合法权利，如湘力公司认为平行公司存在其他侵权行为，可另循法律途径解决。另外，关于原告要求对平行公司进行调查、审计的请求。因平行公司不是本案的适格被告，故对此请求，本院不予支持。

综上所述，现依照《中华人民共和国公司法》第一百四十八条，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条，《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》第九十条之规定，判决如下：

一、被告黄历洋、周冰于本判决生效之日起十日内向原告广州市湘力电机维修有限公司赔偿经济损失486688元；

二、驳回原告广州市湘力电机维修有限公司的其他诉讼请求。

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7528.60元，由被告黄历洋、周冰承担。

如不服本判决，可以在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数或者代表人的人数提出副本，上诉于广东省广州市中级人民法院。

审　判　长　　刘　鑫

人民陪审员　　何锦培

人民陪审员　　丁树祥

二〇一九年八月七日

法官助理林晓萍

书记员张馨尹

附：本裁判主要法律依据

《中华人民共和国公司法》第一百四十八条董事、高级管理人员不得有下列行为：

（一）挪用公司资金；

（二）将公司资金以其个人名义或者以其他个人名义开立账户存储；

（三）违反公司章程的规定，未经股东会、股东大会或者董事会同意，将公司资金借贷给他人或者以公司财产为他人提供担保；

（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进行交易；

（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；

（六）接受他人与公司交易的佣金归为己有；

（七）擅自披露公司秘密；

（八）违反对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。

《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。

当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据，或者人民法院认为审理案件需要的证据，人民法院应当调查收集。

人民法院应当按照法定程序，全面地、客观地审查核实证据。

《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，应当提供证据加以证明，但法律另有规定的除外。

在作出判决前，当事人未能提供证据或者证据不足以证明其事实主张的，由负有举证证明责任的当事人承担不利的后果