广东省广州市中级人民法院

民 事 判 决 书

（2019）粤01民终18951号

上诉人（原审原告）：广州思永广告有限公司，住所地广东省广州市天河区。

法定代表人：黄智辉，该公司执行董事兼任总经理。

委托诉讼代理人：娄永强，北京市盈科（广州）律师事务所律师。

委托诉讼代理人：单文，北京市盈科（广州）律师事务所实习律师。

上诉人（原审被告）：王玲，女，1981年8月4日出生，汉族，住江西省。

委托诉讼代理人：刘会芳，上海融力天闻律师事务所律师。

原审第三人：上海度房广告有限公司，住所地上海市宝山区。

法定代表人：方敏。

原审第三人：上海鼎竺广告有限公司，住所地上海市奉贤区。

法定代表人：谢家达。

上诉人广州思永广告有限公司（以下简称思永公司）因与上诉人王玲、原审第三人上海度房广告有限公司（以下简称度房公司）、上海鼎竺广告有限公司（以下简称鼎竺公司）损害公司利益责任纠纷一案，上诉人均不服广东省广州市天河区人民法院（2018）粤0106民初509号民事判决，向本院提起上诉，本院于2019年9月19日立案后，依法组成合议庭审理了本案，现已审理终结。

思永公司上诉请求：1.撤销一审判决；2.判决王玲向思永公司支付所得收入974189.45元（即在一审判决第一项金额600000元的基础上增加374189.45元）及利息（自起诉日2018年1月9日起至判决确定的给付之日止，按中国人民银行同期同类人民币贷款基准利率上浮30％计付）；3.判决度房公司、鼎兰公司对第2项上诉请求承担连带责任；4.本案一审、二审全部诉讼费用由王玲、度房公司、鼎兰公司承担。事实与理由：一审判决认定事实部分不清，适用法律有误，依法应撤销，改判支持思永公司的上诉请求。（一）一审法院未认定王玲系度房公司、鼎竺公司的实际控制人，未认定王玲实施损害公司利益之侵权行为的所得收入，系认定事实错误。1.一审法院对于王玲及其丈夫谢某均从事广告服务行业，对于王玲的公婆即鼎竺公司的股东谢家达、殷某和度房公司的股东方敏均不从事广告服务行业，未予以查明和认定；对于王玲曾多次陈述并确认了的度房公司的股东兼法定代表人方敏，未参与度房公司的经营等事实，也未予查明和确认，是错误的。据鼎竺公司、度房公司的企业信息信用公示报告显示，该两公司登记的联系电话均为王玲的电话135××××1800，且该两公司与第三人签订的众多广告服务合同的签约代表为王玲（王玲对外以鼎竺公司和度房公司之总经理的身份进行经营活动）。可知，王玲实际参与鼎竺公司、度房公司的经营活动，对外代表着鼎竺公司和度房公司签字、盖章，掌控两公司的公章，对该两公司的经营有决定权，故应认定王玲为鼎竺公司和度房公司的实际控制人。2.思永公司在本案中提交了多份王玲以度房公司和鼎竺公司名义与第三方签订的合同，但基于客观原因，思永公司无法全面获取王玲以鼎竺公司名义与第三方签订的合同和收入等，特依法向一审法院申请调取鼎竺公司在相应时间点的银行流水（包括户名为鼎竺公司、开户行为中国工商银行上海市共康支行、账号为10×××78等账户的流水）。但一审法院却不予采纳，是错误的。而在一审法院第一次庭审中，王玲已确认其与鼎竺公司有业务和款项往来。为查明王玲存在以借款或者服务款或是工资收入等方式转移鼎竺公司的收入，一审法院本应调取鼎竺公司有关的银行流水等。王玲因利用鼎竺公司从事同业经营，掌控着鼎竺公司的经营活动和收入，而对于从鼎竺公司所获得的收入，会采取各种方式转移至王玲本人或者其丈夫谢某的银行账户。因此，思永公司多次提出该调查取证申请，以证明王玲实际控制和经营着鼎竺公司及其相应的收入金额。在王玲任职思永公司上海分公司总经理期间，就鼎竺公司的收入，应全部归入为王玲的侵权收入。3.王玲利用鼎竺公司、度房公司的名义大肆开展同业竞争，作为两公司的实际控制人，鼎竺公司和度房公司所获得的收入，应等同于为王玲损害公司利益行为的收入。思永公司按照广告行业利润40％的比例，参考中国产业信息网站的传媒行业的利润比例，以鼎竺公司和度房公司的合同交易金额、按40％的行业利润比例，核算王玲的收入金额，合理有据。4.一审法院酌情认定王玲侵权收入为60万元，严重偏低。王玲以鼎竺公司、度房公司的名义，同时实施损害思永公司利益的同业竞争行为，且王玲以鼎竺公司、度房公司的名义开展经营时，大肆利用思永公司上海分公司的经营场所和人员、物资，实质是不花费成本却同时在3个同业公司担任高管、负责人的工作，开展同业竞争。据此，一审法院仅按照王玲在思永公司所获得的收入，认定王玲的侵权所得，远低于其实际所得收入。本案应综合考量王玲在思永公司以及鼎竺公司和度房公司所获得的收入，确定应归入的收入金额，该金额应比一审法院酌定的60万元多得多。因此，一是王玲以鼎竺公司、度房公司的名义开展同业竞争活动，在业务合同中代表鼎竺公司和度房公司签字、盖章等行为，足以证明王玲对鼎竺公司、度房公司的经营管理具有决定权，应认定为两公司的实际控制人。二是思永公司主张应综合考虑王玲在思永公司所获得的收入和在鼎竺公司、度房公司所获得的收入，按王玲以鼎竺公司、度房公司名义签订的大量业务合同总金额，以行业利润比例40％，核算侵权收入为974189.45元，具有事实依据。（二）度房公司、鼎竺公司与王玲共同实施上述行为，共同侵犯思永公司的利益，属共同侵权，度房公司和鼎竺公司应向思永公司承担连带责任。1.度房公司、鼎竺公司均系与思永公司具有同业竞争关系的企业。而该两公司的股东均系王玲以亲属的名义设立，两公司明知王玲系思永公司上海分公司总经理，明知王玲在任职期间对思永公司负有忠实、勤勉的法定义务，却与其实际控制人王玲一同开展同业竞争活动，共同损害思永公司的合法权益，构成共同侵权。2.度房公司、鼎竺公司的侵权事实与本案王玲损害思永公司利益的侵权事实是关联的。虽然思永公司系依据《公司法》之规定主张王玲承担侵权法律责任，但《公司法》第147条、第148条实则是《侵权责任法》针对公司董事、监事、高管等对损害公司利益的侵权行为及其法律责任的特别规定，本质上仍是侵权法律责任。即王玲与两公司为共同侵权，对于该等共同侵权行为，度房公司和鼎竺公司依法应承担连带责任。

王玲辩称，不同意思永公司的上诉请求。1.王玲并没有参与度房公司、鼎竺公司的经营，更不是度房公司、鼎竺公司的实际控制人，不能因为王玲与度房公司、鼎竺公司的股东存在着亲戚关系，从而认定王玲实际参与了度房公司、鼎竺公司的经营，也更不能推导出王玲是度房公司、鼎竺公司的实际控制人。度房公司、鼎竺公司是市场交易自由的主体，它拥有自由参与市场竞争的权利。2.思永公司提供的度房公司、鼎竺公司与案外人的部分合同，合同的真实性也无法核实。退一步说，即使这些合同真实存在，也是度房公司、鼎竺公司与案外人的自由交易，跟王玲没有关系，也不能说明王玲从中有获利。3.思永公司一直强调的主张行业利润40%的问题。中国产业信息网数据中也明确2015年的下半年和至2016年前三季度的净利润均在10%-15%期间，而且根据上海市工商局在2018年4月发布的2017年上海广告市场中状况的白皮书中也明确说到，从利润率的情况来分析，2017年的各类广告经营单位整体利润与上年持平。2017年报告中显示，整个上海市广告行业平均利润为6.1%，也就意味着上海市广告行业在2016年实际的平均利润是6.0%，与思永公司一直主张和强调的行业利润40%完全不符。另，王玲并非是思永公司的高管。

王玲上诉请求：撤销一审判决，依法改判为驳回思永公司一审提出的全部诉讼请求。事实和理由：一、根据《公司法》，王玲从公司登记备案形式和实际行使职权的内容上都不符合思永公司的高级管理人员的法律要件。一审法院认定王玲为思永公司的高级管理人员是错误的。（一）从思永公司在工商行政部门备案的公示文件、思永公司内部文件、与王玲签订的《劳动合同》、思永公司提交给法庭的证据的外在形式上看，王玲只是思永公司一个部门管理人员，其职位不符合《公司法》216条规定的公司“高级管理人员”的形式要件，思永公司对其的任命也不符合《公司法》第46条第9款规定的对公司经理产生和任命的程序。（二）从王玲在思永公司上海分公司工作期间的实际工作内容和行使职权看，王玲也不符合《公司法》意义上的公司高级管理人员的实质要件。依据《公司法》第十四条的规定，分公司是总公司组成部分，不具有经济上和法律上的独立性，不具有法人资格，在人事和经营上没有自主权，分公司没有独立的财产。首先，证据证明，王玲只是思永公司六家分公司中的上海分公司的名义负责人，并且王玲与思永公司签订的《劳动合同》约定王玲的工作内容为“在上海区域上海分公司部门担任总经理职位”。合同已经明确约定王玲是思永公司一个区域部门担任“总经理”。其次，王玲在入职思永公司6个月后，思永公司上海分公司才成立。上海分公司成立后，王玲从未接触分公司的公章，从未掌管分公司的银行账户，甚至不知道上海分公司是否有公章和银行账户。第三，思永公司也承认上海分公司的人事权掌握在思永公司。上海分公司岗位设置、薪资报酬、人员招聘、辞退的决定权全部由思永公司掌握。王玲只有推荐和建议的权利。上海分公司人员与思永公司签订劳动合同，从思永公司领取薪酬。对上海分公司人员的奖励提升等，王玲只有建议权，没有决定权。第四，上海分公司的业务决定权由思永公司掌握和控制。上海分公司没有对外直接签订合同的权利。上海分公司在与客户或者供应商谈妥交易条件以后，王玲只是负责审核合同条款，审核之后要将合同提交给思永公司，由思永公司确定是否最终签约并在决定签约后盖思永公司公章。王玲对业务没有最终的决定权。最后，思永公司也承认上海分公司的日常运作花费和人员工资都是由思永公司控制。上海分公司需要向思永公司提前预报运作费用，由思永公司批准以后发放。上海分公司的员工的薪资也是由思永公司控制和发放，王玲没有掌握和负责上海分公司的资金和财务。因此，从实际工作内容和行使职权的范围来看，王玲只是思永公司上海分公司的高级业务员，其权力有限，根本达不到《公司法》意义上的公司高级管理人员的实质要求。（三）《公司法》第216条第一款规定的“高级管理人员”是指“公司的经理、副经理、财务负责人……”。在此，《公司法》对“高级管理人员”特别强调的是在“公司”担任的职务。相对于分公司来说，《公司法》中的“公司”就是指总公司。在本案中，即指思永公司的经理、副经理、财务负责人或者思永公司章程规定的其他人员。王玲只是在思永公司上海分公司任职，从未在思永公司担任任何职务，也从未在思永公司工作过。二、退一万步讲，即使王玲的确是思永公司的高级管理人员，王玲是否违反对思永公司的忠诚、勤勉义务、有无谋取属于思永公司的商业机会、是否对思永公司的利益造成损失、王玲是否因此有所得以及所得多少等这些问题在本案中并未证明。而一审法院根据王玲与度房公司、鼎竺公司的股东存在亲戚关系以及度房公司、鼎竺公司与案外人履行的几份合同，认定王玲应向思永公司支付60万元的认定是错误的。（一）度房公司代他人走账与案外人所签订合同涉及的业务与思永公司从事业务完全不同，度房公司、鼎竺公司与案外人所签合同涉及的业务不属于思永公司的商业机会。思永公司提供的其他合同证据的真实性无法证明。（二）即使度房公司、鼎竺公司与案外人的合同真实存在，该业务与王玲也没有关系，是度房公司、鼎竺公司与案外人的自由交易，没有任何真实证据证明王玲经营或者与他人经营度房公司、鼎竺公司。作为市场交易的主体，度房公司、鼎竺公司可自由参与竞争和交换。（三）现有证据证明，王玲没有参与度房公司、鼎竺公司的经营，更没有从度房公司、鼎竺公司何获利或者有其他所得。一审认定王玲应支付思永公司60万元没有任何事实和法律依据。另补充，1.一审法院认定思永公司与王玲关于竞业限制劳动争议案件的审理对本案的认定不构成实质影响是错误的。竞业限制争议中的部分事实和本案的部分事实属于法律责任竞合关系。思永公司就王玲竞业限制的诉讼，已经于2019年9月27日审理结束，王玲也因此向思永公司赔偿违约金94500元。本案和竞业限制争议案件中，关于王玲在思永公司任职期间担任度房公司监事和度房公司与案外人的合作部分的事实和理由均相同，属于法律责任的竞合。思永公司既然已经选择了主张竞业限制的违约之诉，该部分就不应该在本案中再重复去处理。2.一审法院认为度房公司、鼎竺公司不到庭应诉，不提供任何书面意见和材料的行为，即视为对王玲实施了侵害思永公司利益的认可，是错误的。因为度房公司、鼎竺公司是独立的市场主体，有自由选择是否出庭应诉的权利。不能因为王玲与度房公司、鼎竺公司的股东有亲属关系，就将其不到庭的因素后，未到庭应诉的后果直接归结在王玲身上，法院应依据现有证据的三性来酌情判定，而不能直接将度房公司、鼎竺公司不到庭应诉的问题，视为对相关证据及事实的认可，并直接由此推导出王玲实施了侵害公司利益的行为。3.一审法院一方面认定王玲并非度房公司、鼎竺公司的实际控制人，否认了王玲从度房公司、鼎竺公司获得收入。同时又直接以王玲在思永公司任职期间的公司工资收入认定为竞业收入报酬，要求王玲向思永公司支付60万元巨款，更是自相矛盾，且违反法律的规定。一审法院将《公司法》第148条第二款中所得的收入，直接理解为了王玲在思永公司工作两年的工资、奖金、收入是法律适用错误。该条规定系公司对董事、高级管理人员的违法所得享有归入权，也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经营收入报酬归于公司，而王玲之前在思永公司取得的是工资收入，而工资是指用人单位基于劳动关系，按照劳动者提供的劳动数量和质量，以货币的形式支付给劳动者本人的全部报酬。王玲于2015年3月入职思永公司，至2016年12月离开。王玲在思永公司获得的全部报酬为46万元，这些报酬是王玲付出的劳动为思永公司带来了业务、公司利润的对价，而且现有的证据并不能证明王玲对思永公司利益造成了损害，也不能证明王玲从度房公司、鼎竺公司获利的情况下，一审法院直接将王玲在思永公司工作两年的工资46万元（包含了销售提成的收入）都归于思永公司，判决王玲向思永公司支付60万元，则相当于将王玲的工资收入完全视为竞业收入是错误的。

思永公司辩称，不同意王玲的上诉请求，其上诉无事实法律依据，请求驳回其上诉请求。1.王玲作为思永公司上海分公司上海区域总经理，对思永公司上海分公司的人财物、资源和商业机会，具有高度的控制和支配权，是《公司法》定义的高级管理人员。（1）根据思永公司的相关证据，包括王玲签批的思永公司上海分公司员工入职登记表、员工转正评核表、职位薪酬调整表等证据显示，王玲对思永公司上海分公司具有高度的管理权、控制权和调配权。其中招聘、录用、定责、晋升薪酬、调整、解聘等，均具有管理、调配审批权，思永公司负责人仅是对王玲的上述审批结果等的核实而已，并未发表决定性的意见。思永公司上海分公司总经理具有支配在上海地区开拓有关客户和业务费用的直接支配权，相关费用由思永公司直接转付给王玲个人账户使用。王玲具有修改、决定思永公司上海分公司业务合同条款以及上海地区业务的开拓承接履行的决定权。思永公司是为了履行思永公司上海分公司对外所签业务合同的后台而已。王玲作为思永公司上海分公司上海地区总经理，根据《公司法》第147条等规定，负有当然的忠实勤勉义务。（2）王玲一方面担任思永公司上海分公司总经理，另一方面，以其亲戚方敏和公婆谢家达、殷某的名义先后设立度房公司、鼎竺公司，协同其丈夫谢某（而谢某原是思永公司的中层管理人员）实际控制管理经营着该两家公司。王玲利用思永公司上海分公司的人财物甚至场地，以度房公司、鼎竺公司的名义大肆攫取、开展与思永公司的同业业务。王玲以思永公司上海分公司注册地址、经营地址和联系电话为度房公司、鼎竺公司的业务服务用所用。王玲还将思永公司上海分公司的场地和名牌遮蔽，挪作开展度房地产租对外业务洽谈会的场所，将使用思永公司上海分公司归为其控制经营的度房公司、鼎竺公司的自留地。上述恶劣行为严重违反了《公司法》第147条规定的忠诚、勤勉义务，更造成了思永公司上海分公司在上海地区的业务的严重流失和重大损失。王玲在一审法院劳动仲裁案件、劳动案件一审以及本案一审中，数次提交度房公司、鼎竺公司与有关房地产客户（均是思永公司上海地区的客户）签订的十多份房地产广告业务合同，以及十多本原始的财务凭证，包括开展同业广告业务的增值税发票等证据原件。这些均是王玲在实际控制管理的度房公司、鼎竺公司的结果的证明。而且该两公司所开展的与思永公司同业业务的情况，包括了大量业务的事实，均可以有其自己提供的证据证明。2.王玲以度房公司、鼎竺公司大肆攫取思永公司的商业机会，开展同业业务，造成思永公司严重损失，应予以相应赔偿。（1）一审中思永公司向法院提供了一系列度房公司、鼎竺公司的广告业务合同、增值税发票等证据。该部分合同和发票均是王玲以度房公司、鼎竺公司的名义对外所签订的广告合同，相应的发票均为度房公司、鼎竺公司作为增值税发票纳税人，该等证据也是王玲在劳动案件中，也就是竞业限制案件和其一审以及本案一审中所出示过的证据原件，其真实性确凿无疑。王玲在本案上诉称，上述业务合同和发票真实性存疑，前后自相矛盾。就该等事实，恳请二审法院审查劳动案件的庭审笔录和本案一审庭审笔录为证。上述证据都来自于王玲在两案中所提交，其控制着上述两公司全部的财务资料。（2）关于王玲侵害思永公司的损害赔偿额。思永公司上诉请求王玲增加赔偿三十七万多元至赔偿九十七万多元，是基于思永公司根据王玲在劳动案以及本案中所提交的度房公司、鼎竺公司的广告合同和增值税发票核算得出，度房公司、鼎竺公司所开展的业务起码在260多万元以上。上述数额仅是王玲在两案中所提交的证据的财务资料和合同所得。事实上其在期间开展的同业业务远不止这些，但是思永公司现在按照上述业务量和发票额计算相应的赔偿额，按照相关的行业利润，王玲至少获得了97万元以上的利益。至于度房公司、鼎竺公司所开展的同业务的利益归属，根据现有的证据显示，度房公司的名义股东是其亲戚方敏，鼎竺公司的名义股东是王玲的公婆。方敏并无实际参与度房公司的经营活动，只是走账而已，王玲的公婆早已退休年迈，根本未参与鼎竺公司的实际经营，因此度房公司、鼎竺公司由此产生的相关利益实际均归属于王玲。（3）据了解，度房公司、鼎竺公司的相关银行流水显示，其上面并没有显示度房公司、鼎竺公司和其名义股东之间存在任何款项的收付，相反显示了一系列王玲以及其丈夫谢某，与该两公司之间存在银行流水的收付关系，这也进一步证明了该两公司的实际控制经营收益均是王玲。因此根据有关度房公司、鼎竺公司的业务合同、真正的发票等核算相关利益作为王玲的收入，作为本案归入权的赔偿，具有充足的事实法律依据。3.王玲辩称度房公司、鼎竺公司与上海地区其他客户签订的合同开展了同类业务，是其所谓市场交易自由交易的结果。倘若该合同是度房公司、鼎竺公司以其自身业务能力和自身力量开展无可厚非，但是本案的证据充分显示，该等业务和合同均是王玲作为签约代表和联系人所签，相关的业务机会均是思永公司原本上海地区的客户所攫取的。故此王玲所谓的自由交易、否定攫取思永公司的业务的辩称不能成立。

度房公司、鼎竺公司经本院公告传唤未到庭参与诉讼，亦未作出陈述。

思永公司向一审法院起诉请求：1.判令王玲在思永公司处任职期间（2015年3月2日-2016年12月23日）从度房公司所获得的收入、从鼎竺公司所获得的收入合计974189.54元及利息（自起诉之日起至偿还之日止，按中国人民银行同期贷款利率上浮30%计付），归思永公司所有；2.判令度房公司、鼎竺公司对第一项诉讼请求承担连带责任；3.判令王玲、度房公司、鼎竺公司承担本案的全部诉讼费用。

一审法院查明：思永公司系于2011年12月5日成立的有限责任公司，股东为黄智辉、余某，法定代表人为黄智辉。2015年3月2日，思永公司与王玲签订《劳动合同》，聘用王玲担任思永公司上海分公司总经理一职。2015年8月31日，思永公司上海分公司经上海市虹口区市场监管局核准登记成立，负责人登记为王玲，营业场所为上海市虹口区中山北一路1200号3号楼701-710室，经营范围为：设计、制作、代理、发布各类广告，展览展示服务，会务服务，礼仪服务，企业形象策划，商务咨询，销售日用百货，文体用品，文具用品。2016年12月23日，王玲从思永公司上海分公司离职，并出具《声明书》确认离职前一直担任思永公司上海分公司总经理一职。

现思永公司主张王玲在担任思永公司上海分公司总经理期间，利用职务便利，将属于思永公司的商业机会拉至其经营的度房公司和鼎竺公司处，违反公司法第一百四十七条至第一百四十九条有关公司高级管理人员忠实、勤勉的法定义务，要求将其所得收入归入思永公司。为证明王玲实施上述侵权行为的事实，思永公司提供了以下证据：

1.思永公司在2015年下半年至2016年上半年期间与上海绿地嘉唐置业有限公司、上海安泷鑫房地产开发有限公司、上海仲骏房地产开发有限公司、上海中江房地产发展有限公司、南通红磡房地产开发有限公司、南通红磡养老产业投资有限公司等公司签订的有关广告服务类合同，拟证明思永公司为众多知名房地产商及项目提供广告服务。

2.王玲与思永公司签订的《劳动合同》《声明书》及《离职证明》，拟证明王玲受聘任思永公司上海分公司总经理一职，系公司法第二百一十六条规定的高级管理人员。在《劳动合同》中，王玲登记的手机号码为135××××1800。依据《劳动合同》约定，王玲被聘用为思永公司上海分公司总经理，合同期限自2015年3月2日至2018年3月1日，任职期间的薪酬为25000元/月，思永公司为王玲参加社会保险。

3.度房公司和鼎竺公司的企业信用信息公示报告，拟证明度房公司和鼎竺公司的经营范围部分与思永公司重合，王玲在度房公司成立后至思永公司与王玲的劳动争议纠纷发生前，一直任度房公司的监事，实际参与了度房公司的经营活动，经营与思永公司同类业务；鼎竺公司登记的联系电话也是王玲的手机号码，该公司的股东系王玲的公婆，王玲应是该公司的实际控制人和经营者。依据企业信用信息公示报告显示：度房公司和鼎竺公司分别成立于2016年2月3日和2011年6月27日，法定代表人分别为方敏和谢家达，住所地分别为上海市宝山区高逸路112-118号6幢1506室和上海市奉贤区海湾旅游区奉炮公路448号17幢250室，经营范围均包括设计、制作、代理、发布广告；度房公司的股东为方敏，鼎竺公司的股东为谢家达和殷某；王玲在2017年11月9日前任度房公司的监事；度房公司2016年度报告中登记的企业联系电话为136××××6116，鼎竺公司2013、2015、2016年度报告中登记的企业联系电话均系王玲在《劳动合同》中登记的手机号码。

4.有关度房公司的《400呼叫中心平台合同》（2016年8月签订）、《企业400业务受理单》《推广服务合同》（2016年12月）、《百度本地直通车网络服务合同》，拟证明王玲掌握度房公司公章，代表度房公司对外签约，甚至利用思永公司上海分公司的经营场地、人员经营度房公司，谋取本属思永公司的房地产广告业务。在《企业400业务受理单》《推广服务合同》和《百度本地直通车网络服务合同》中，度房公司的地址均显示为“上海市虹口区中山北一路1200号3号楼701室”，而《企业400业务受理单》中填写的度房公司联系人为钱某（电话136××××6116），《推广服务合同》中载明的度房公司联系人为王玲，且列明职务为总经理，《百度本地直通车网络服务合同》中度房公司的对接人为谢某（即王玲的丈夫）。

5.有关鼎竺公司的《400呼叫中心平台合同》（2016年8月签订）、《企业400业务受理单》《证明》《指定代表或者共同委托代理人授权委托书》（2016年3月）、《换照申领表》（2016年3月）、《百度客户发票信息表-新开户》（2015年12月），拟证明鼎竺公司系由王玲经营掌控，利用思永公司上海分公司的经营场地、人员经营鼎竺公司，谋取本属思永公司的业务。在《企业400业务受理单》《百度客户发票信息表-新开户》中，鼎竺公司的地址均显示为思永公司上海分公司的经营地址，且联系人均为钱某（电话136××××6116）。《指定代表或者共同委托代理人授权委托书》《换照申领表》中受托办理鼎竺公司三证合一手续的人员也是钱某。上述文件均有鼎竺公司的盖章。

6.谢某的《职位申请表》、王玲的《员工入职登记表》、鼎竺公司出具的《个人收入证明》和《收入证明》，拟证明谢某与王玲的夫妻关系，谢家达、殷某为王玲的公婆，王玲在思永公司任职期间实际掌握着鼎竺公司的经营活动。《职位申请表》显示由谢某2012年12月填写，其中家庭成员一栏写明父母为谢家达和殷某，妻子为王玲。王玲在其《员工入职登记表》中亦填写与谢某为夫妻关系。两份收入证明均系2016年9月出具，内容写明王玲为鼎竺公司的房产事业部总经理，年收入为240000元，落款处写明钱某为鼎竺公司行政主管，公司地址为“上海市虹口区中山北一路1200号3号楼701室”。思永公司称该两份证明是存在员工钱某电脑里的扫描件。

7.钱某的《劳动合同》和《职位/薪酬调整表》、任某、汤某、王某三人的《劳动合同》《员工入职登记表》《转正申请》和《职位/薪酬调整表》，拟证明该四人均为思永公司上海分公司的职员，王玲作为思永公司的高级管理人员对员工的入职、调动、薪酬调整均有审批权，但王玲一直利用上述人员为其开展度房公司、鼎竺公司的广告业务。其中，钱某入职思永公司上海分公司的时间为2015年5月，职务为行政专员，其在《劳动合同》中登记的手机号码与证据4、5中显示的钱某号码一致；2016年1月，钱某经王玲批准任总经理助理一职。任某、汤某、王某入职思永公司上海分公司的时间亦均在2015年3月至5月，三人的《职位/薪酬调整表》均有王玲的签字审批。

8.鼎竺公司的《代招募项目合作协议》和《百度直达号框架合作协议》（2016年3月签订），思永公司称该两份合同原件系在思永公司上海分公司发现的，拟证明王玲利用思永公司上海分公司的经营场所运营鼎竺公司、度房公司。

9.鼎竺公司与度房公司签订的《租赁合同》，拟证明王玲利用思永公司上海分公司经营地址经营度房公司、鼎竺公司。该合同中，鼎竺公司为出租方，度房公司为承租方，两公司地址均与思永公司上海分公司的经营地址一致，合同约定鼎竺公司将思永公司上海分公司的经营场地（上海市虹口区中山北一路1200号3号楼701-710）出租给度房公司使用，租赁期间为2015年12月至2017年11月。

10.度房公司签署的《静安府项目百度广告实际服务内容详情单》《马来西亚ARIA、FACE房地产项目代理合同》《虚拟现实技术服务合同》（三份）、《微信功能开发合同》（两份）、《微信代运营合同》（三份）和前述合同对应的部分上海增值税专用发票、广州市天河区劳动人事争议仲裁委员会穗天劳人仲案（2017）5134号受理通知书（2017年10月25日）、开庭通知书、王玲的代理律师在该仲裁案件中提交的代理词、广州市天河区人民法院（2018）粤0106民初314号受理案件通知书、传票、《证明目录》及所涉证据第30-39页，拟证明王玲利用职务之便，将思永公司的业务攫取到度房公司经营。思永公司主张除前两份合同是在原员工汤某和钱某的电脑里找到的外，其余合同及发票均系王玲在上述5134号仲裁案件中提供，且提供了原件，发票所显示的度房公司的地址、电话可以证明王玲利用思永公司上海分公司注册地、经营场地操控度房公司、鼎竺公司的事实。上述合同均显示有度房公司的印章，合同履行期均在2015年下半年至2016年期间。在《马来西亚ARIA、FACE房地产项目代理合同》中约定，王玲代表度房公司全权处理有关合同事宜，且合同落款处度房公司的法定代表人显示为王玲，公司地址为“上海市虹口区中山北一路1200号3号楼701室”。发票上载明的度房公司地址亦为该701室的地址。经统计，上述合同（含第一份详情单的金额）总金额为1212550元。王玲的代理律师在向仲裁庭提交的代理词中称度房公司在2016年至2017年期间服务的客户包括上海中江房地产发展有限公司、上海中骏房地产开发有限公司等9家公司，并在其证据中提交了相关的合同及发票。

11.鼎竺公司签署的《【上海·中骏·天誉】百度企业活动策划及执行合同》（鼎竺公司落款处显示有王玲的签名）及《阳光合作协议》《中骏广场·商会企业会员活动物料清单》和《售楼处商会活动业务验收单》及对应的《阳光合作协议》（鼎竺公司落款处显示有王玲的签名）、《国信世纪海景竞品截客及品推报价》《百度SEO管理服务合同》（有原件，首部鼎竺公司信息一栏显示其地址与思永公司上海分公司经营地址一致，联系人为任某，尾部鼎竺公司落款处有王玲的签名）、致“绿地”财务部的授权书（写明联系为人王玲）及发票（日期为2016年7月4日），拟证明王玲利用思永公司上海分公司的人力、物力非法攫取思永公司上海分公司的业务。经统计，上述证据所涉金额为482923.85元。

此外，思永公司还提供了部分手提电脑存档文件的照片，拟证明证据4的《推广服务合同》、证据5的《百度客户发票信息表-新客户》、证据6的两份证明、证据10的《静安府项目百度广告实际服务内容详情单》和《马来西亚ARIA、FACE房地产项目代理合同》、证据11除《百度SEO管理服务合同》外的其他文件均来自于已离职员工钱某、汤某、王某等人的工作电脑中。

对上述证据，王玲发表质证意见如下：证据1是思永公司签订的，真实性无法确认，与本案无关；对证据2、3的真实性无异议；证据4的原件与复印件确实一致，但印章是度房公司的，真实性无法确认；证据5中除《百度客户发票信息表-新开户》是扫描件外，其他证据原件与复印件一致，但因印章属于鼎竺公司，真实性也无法确认；证据6中谢某的《职位申请表》原件与复印件一致，但王玲没见过，真实性无法确认，对王玲的《员工入职登记表》无异议，但只能说明王玲是部门经理，不符合公司法对公司高级管理人员的规定，至于两份证明，王玲未在鼎竺公司任任何职务，钱某是思永公司的员工，不清楚其签名是否属实，也不清楚当时钱某是否在王玲手下工作，王玲并未见过该两份证明，也未委托钱某开具这样的证明；证据7的真实性无异议，但与本案无关，这些人员的招聘、转正、提薪都是由思永公司法定代表人及股东配偶批准，所涉及的实际利益均由总公司直接给员工，因此，王玲仅是一个引荐和建议，决定权不在王玲，王玲也不是高级管理人员；证据8、9的原件与复印件一致，但印章及具体的业务无法确认；证据10中，除《静安府项目百度广告实际服务内容详情单》《马来西亚ARIA、FACE房地产项目代理合同》外，对其他合同及仲裁文件予以确认，思永公司已在该仲裁案件中就王玲违反竞业禁止的行为提出了主张；证据11的真实性无法确认，虽然《百度SEO管理服务合同》原件与复印件一致，但对王玲的签字、盖章均不确认，王玲未做过任何东西。经一审法院释明，王玲表示不对《百度SEO管理服务合同》中其签名的真伪申请鉴定。至于电脑文件照片，王玲以不清楚来源为由不予确认。

庭审中，王玲确认度房公司法定代表人方敏是其远房亲戚，最初方敏到上海办公司是想作房屋中介，但税务局称必须有一个实际地址，就在发票上用了王玲所在思永公司上海分公司的地址，度房公司当时开具的发票都是为了朋友走账，公司并未实际开展业务。至于王玲任度房公司监事的问题，王玲解释称：一个公司至少需要有两个人，方敏当时也是委托别人办理公司的，就将王玲登记为监事了，王玲对此知晓，并未反对，但王玲未参与该公司的事宜。对于证据4的合同，王玲称其不清楚，对于其中《推广服务合同》联系人写明为王玲，王玲称可能是方敏写习惯了。且王玲称在鼎竺公司和度房公司的文件上出现钱某的签名，是因为钱某在思永公司上海分公司一直从事公司注册等行政类事务，基于其工作经验，度房公司和鼎竺公司找人时，王玲就介绍了钱某办理这些事。王玲确认谢家达是其家公，与谢某是夫妻关系，离过婚，后又复婚，对于谢某为何是证据4中度房公司《百度本地直通车网络服务合同》的对接人，王玲亦称其不清楚。

对于第一项诉请中主张的收入974189.54元，思永公司表示是根据证据10、11所涉合同的金额（分别为1212550元和482923.85元）及鼎竺公司与上海安富鑫房地产开发有限公司、中童商业管理（上海）有限公司、上海仲骏房地产开发有限公司分别签订230000元、250000元和260000元的合同金额相加，乘以行业利润率40%计算得出。对于鼎竺公司签订的后三份合同，思永公司并未提供任何证据，但申请法院调取鼎竺公司在相应时间点的银行流水证明。对于行业利润率40%的主张，思永公司提供了一份来自中国产业信息网站的报道《2018年我国传媒产业市场现状及利润水平分析》（其中2015年下半年至2016年前三季度的净利润均在10%至15%期间）证明，但王玲对此证据不予认可。

庭后，王玲补充提供了穗天劳人仲案（2017）5134号仲裁裁决书。裁决书显示该案为竞业限制违约金劳动争议纠纷，思永公司系针对王玲未遵守离职后的竞业禁止约定一事向王玲、平安好房（上海）电子商务有限公司第一分公司及度房公司主张支付竞业限制违约金。仲裁裁决结果为王玲应向思永公司支付竞业禁止违约金94500元。思永公司对此裁决书的真实性无异议，但认为与本案无关。

鉴于王玲与度房公司及鼎竺公司的法定代表人均存在亲属关系，一审法院要求王玲在庭后通知该两公司法定代表人或代理人到庭澄清有关事实。对此，王玲表示同意，称该两公司应该知道本案诉讼，其会转达该通知。但度房公司和鼎竺公司在本案审结前仍未到庭，亦未提交任何书面意见或材料。

一审法院认为，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》第一百四十七条至一百四十九条的规定：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；董事、高级管理人员未经股东会或者股东大会同意，不得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；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。思永公司依据上述法律规定，主张王玲以职务之便利用思永公司上海分公司的人、财、物，谋取属于思永公司的商业机会，对思永公司的利益造成侵害。王玲对此否认其属于高级管理人员的身份，并否认实施了上述侵权行为。故双方的争议焦点主要为：一、王玲是否属于上述法条所约束的高级管理人员；二、王玲是否实施了损害公司利益的行为；三、侵权收入如何确定。

针对焦点一，王玲在入职思永公司时即任思永公司上海分公司总经理，思永公司上海分公司虽属思永公司登记设立的分公司，但已领取了营业执照，可以自己的名义对外从事经营活动。王玲作为思永公司上海分公司原登记公示的负责人，实际负责该分公司的日常经营。从现有证据亦可知，王玲在分公司人员的任用、薪酬的调整等方面亦具有相应的审批权。故王玲应认定为思永公司上海分公司的高级管理人员。由于王玲在任思永公司上海分公司总经理期间是否违反公司法有关高级管理人员忠诚、勤勉义务，有无谋取公司的商业机会，必将涉及思永公司上海分公司及作为总公司的思永公司的利益，思永公司上海分公司及思永公司均对此享有权利，故思永公司现以损害公司利益责任纠纷的诉由起诉王玲并无不当，一审法院对此予以调处。

针对焦点二，思永公司为证明王玲在任上海分公司负责人期间利用公司人、财、物，为其所控制的度房公司和鼎竺公司谋取属于思永公司的商业机会，向一审法院提供了数十份证据。从其提供的有关度房公司、鼎竺公司的登记信息、合同、文件及王玲的庭审陈述分析可知：1.度房公司是在王玲任思永公司上海分公司负责人期间成立，其法定代表人及股东方敏为王玲的亲戚，王玲在2017年11月9日前一直任度房公司的监事；鼎竺公司虽成立于2011年，但其法定代表人为谢家达，系王玲的家公，在鼎竺公司2013、2015、2016年度报告中，登记的企业联系电话均系王玲的手机号码，该两公司均与王玲有密切关系。2.从度房公司和鼎竺公司的经营范围来看，两家公司均经营着与思永公司上海分公司相同的业务类型，包括设计、制作、代理、发布广告等，王玲在任思永公司上海分公司总经理期间，兼任度房公司的监事，显然已违反了《中华人民共和国公司法》第一百四十八条有关竞业禁止的规定，违背了法律对高级管理人员忠实义务的要求。3.从思永公司提供的一系列度房公司与鼎竺公司的合同及文件看，度房公司、鼎竺公司在经营期间多次在相关合同及公司对外文件、发票上标明公司地址为“上海市虹口区中山北一路1200号3号楼701室”，并有钱某作为两公司联系人或经办人的签名。且思永公司现持有鼎竺公司和度房公司的部分合同原件，称是在王玲离职后从思永公司上海分公司找到的。其中一份《百度SEO管理服务合同》落款处除有鼎竺公司印章外还有王玲个人的签名，联系人写明为思永公司上海分公司原职员任某。另一份《租赁合同》（证据9）更是由鼎竺公司和度房公司盖章签署，约定鼎竺公司将属于思永公司上海分公司的经营场地出租给度房公司使用，租赁期为2015年12月至2017年11月。对于上述情况，王玲并未作出合理解释，在一审法院释明后亦未申请对《百度SEO管理服务合同》上其个人签名进行笔迹鉴定，应视为其已认可该签名的真实性。

故综合思永公司提交的证据及上述分析，一审法院认为思永公司所述王玲利用职务之便谋取思永公司上海分公司商业机会的事实有较充足的证据可以证明，度房公司和鼎竺公司作为与王玲存在密切关系的案件当事人，在一审法院庭前合法传唤，庭后要求王玲再次通知到庭的情况下，仍未到庭应诉，亦未提供任何书面意见或材料，其不回应、不解释、不抗辩的行为可视为对相关证据及事实的认可。一审法院对思永公司有关王玲实施侵害公司利益行为的主张予以采信。

针对焦点三，《中华人民共和国公司法》第一百四十八条规定，董事、高级管理人员未经股东会或股东大会同意，不得利用职务便利为自己或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，违反该规定所得的收入应当归公司所有。故对于实施侵权行为的公司高级管理人员，公司行使归入权的对象应为该高级管理人员因侵权所得的收入。现思永公司虽然提供了度房公司和鼎竺公司的有关广告合同及相关文件，证明在王玲任思永公司上海分公司负责人期间，该两公司发生的同类型业务的交易金额，但因现有证据尚不足以证明思永公司所称王玲系该两公司实际控制人的主张，王玲也非度房公司和鼎竺公司的股东，无法将公司收入的金额直接等同于王玲的个人收入，且思永公司主张的40%的行业利润率亦缺乏有力证据证明，与其提供的中国产业信息网站的报道内容亦不相符。故一审法院综合思永公司提供的有关合同情况及王玲在思永公司上海分公司任职期间的收入水平，酌情认定王玲向思永公司支付其所得收入600000元及相应利息（自起诉之日，即2018年1月9日起，按中国人民银行同期同类人民币贷款基准利率计算）。思永公司主张第一项诉请超出上述金额及计算标准的部分理据不足，一审法院予以驳回。利息计至判决确定的给付之日止。

至于王玲提出的劳动仲裁案件与本案的关系问题，因劳动仲裁案件与本案所审理的法律关系不同，王玲基于不同法律关系所应承担的责任亦不相同，仲裁案件的审理对本案的审理不构成实质性影响，故一审法院对王玲的该项抗辩不予采纳。而对于思永公司提出的调查取证申请，因无证据证明其所主张的合同交易与王玲有关，且对本案的处理无实质性影响，故一审法院对其申请不予采纳。

至于思永公司要求度房公司和鼎竺公司承担连带责任的主张，因本案审理的是损害公司利益责任纠纷，思永公司要求度房公司和鼎竺公司承责的依据与本案审理的法律关系性质不同，不属于本案调处的范围，故对思永公司的该项诉请，一审法院不予调处。思永公司可就此另循法律途径解决。

度房公司、鼎竺公司经一审法院公告传唤，逾期未到庭应诉，不影响本案的审理。

综上所述，一审法院依照《中华人民共和国公司法》第一百四十七条第一款、第一百四十八条第一款第（五）项、第二款，《中华人民共和国民法总则》第六条，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款、第九十二条，《最高人民法院关于适用的解释》第二百四十条的规定，于2019年1月21日作出判决：一、王玲于判决发生法律效力之日起十日内，向思永公司支付所得收入600000元及利息（自2018年1月9日起至判决确定的给付之日止，按中国人民银行同期同类人民币贷款基准利率计算）；二、驳回思永公司的其他诉讼请求。如果未按判决所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。一审案件受理费13540元，由思永公司负担5200元，王玲负担8340元（思永公司已向一审法院预交受理费10580元，一审法院予以退回5380元，王玲负担部分由王玲迳向一审法院交纳）。

本案二审期间当事人围绕上诉请求，依法提交了证据，本院组织当事人进行了证据交换和质证。思永公司向本院提交3份证据：证据1为思永公司上海分公司花名册（2015年4月、2016年4月、2016年11月），拟证明思永公司上海分公司员工人数30多人，下设房产事业部、策划部、电商部、大数据学院、内勤等多个部门。王玲作为思永公司上海分公司总经理，管理多位营销总监、运营总监、总助、销售经理、高级销售经理等中层管理人员和分公司的人、财、物，系公司高级管理人员。证据2为王玲在职期间，思永公司上海分公司的员工入职登记表、员工转正评核表、职位/薪酬调整表，拟证明王玲对思永公司上海分公司的员工入职、转正、调岗调薪均具有决定权限。证据3为王玲与钱某的QQ聊天记录，拟证明王玲作为公司高级管理人员，利用思永公司上海分公司的场地公然开展鼎竺公司、度房公司的同业业务，严重损害思永公司利益。

王玲发表质证意见称，对证据1真实性没有异议，但对关联性有异议，该证据是思永公司提供，该证据只能说明是思永公司上海分公司的员工有哪些，王玲其实也只是销售人员，当然她相当于是一个部门的管理人员，而不是《公司法》意义上的高级管理人员。对于证据2的真实性认可，因为实际上每个部门的领导，比如说部门有人员加入，部门领导肯定是要签字的，但并不能说明王玲是公司的高级管理人员。对证据3的真实性、关联性均不认可，没有办法确认该证据的真实性。

经审理，本院对一审法院查明的事实予以确认。

本院认为，本案二审审理的争议焦点是：一、王玲是否属于我国《公司法》第一百四十七条至一百四十九条规定的高级管理人员？二、王玲是否存在违反对公司忠实勤勉义务的行为？三、一审认定的王玲的侵权收入数额是否合理？四、度房公司、鼎竺公司是否应承担连带责任？

关于焦点一。王玲从入职思永公司直至离职，一直担任思永公司上海分公司总经理，负责该分公司的日常经营管理，在分公司人员的任用、薪酬的调整等方面具有相应的审批权，故王玲是思永公司上海分公司的高级管理人员。王玲在担任思永公司上海分公司总经理期间是否违反公司法有关高级管理人员忠诚、勤勉义务，有无谋取公司的商业机会，事关思永公司上海分公司及作为总公司的思永公司的利益，思永公司上海分公司及思永公司均对此享有权利，故王玲属于我国《公司法》第一百四十七条至一百四十九条所约束的高级管理人员，思永公司有权依据《公司法》上述规定要求王玲承担责任。

关于焦点二。本案中，思永公司为证明王玲在任上海分公司负责人期间违反公司法有关高级管理人员忠诚、勤勉义务，利用公司人、财、物，为其所控制的度房公司和鼎竺公司谋取属于思永公司的商业机会，向一审法院提供了数十份证据，已足以证实王玲存在利用职务之便谋取属于思永公司上海分公司商业机会的事实，一审判决对此已作充分论述，本院予以确认，不再赘述。王玲的行为符合《中华人民共和国公司法》第一百四十八条第一款第（五）项规定的情形，已违反忠诚、勤勉义务。

关于焦点三。《中华人民共和国公司法》第一百四十八条第二款规定：“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。”根据《公司法》的以上规定，违反忠实义务的赔偿责任主体仅为侵权的董事、高级管理人员，并不包括其所就任的公司。思永公司上诉主张度房公司和鼎竺公司所获得的收入，等同于王玲损害公司利益行为的收入，理由不成立。思永公司主张的广告行业利润率为40％并无充分有效证据证实，一审法院综合考虑本案实际，酌情认定王玲向思永公司支付其所得收入600000元，属于合理范围，并不存在思永公司所称的严重偏低的情形。思永公司上诉要求改判在一审判决金额的基础上增加374189.45元，理据不足，本院不予支持。

而王玲在思永公司上海分公司任职期间的收入水平，只是一审判决认定王玲应向思永公司支付所得收入数额的参考因素，一审并未直接以王玲在思永公司上海分公司任职期间工资收入作为其应付思永公司所得的收入。至于王玲提及的竞业限制劳动争议案件中，其向思永公司赔偿违约金问题，该案中思永公司是针对王玲未遵守离职后的竞业禁止约定而要求王玲支付违约金，与本案王玲任职期间违反忠诚义务所应承担的责任并无直接关联，不影响本案的处理。王玲上诉认为其不应支付思永公司600000元，本院不予采纳。

关于焦点四。如前所述，违反忠实义务的赔偿责任主体为侵权的董事、高级管理人员，并不包括其所就任的公司。思永公司上诉主张度房公司和鼎竺公司构成共同侵权，应承担连带责任。但思永公司对王玲行使归入权和要求上述两公司承担侵权责任属于不同的权利，应当适用不同的法律依据分别进行主张。度房公司和鼎竺公司是否构成共同侵权，思永公司应当依据侵权责任法的规则，举证证明侵权人存在过错行为、被侵权人存在客观损失以及行为与损失间存在因果关系等。本案中，思永公司并未就此提供相应证据，一审对此不予调处，并无不当，故对思永公司此项上诉主张，本院不予支持。

综上所述，思永公司、王玲的上诉请求均不能成立，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13540元，由上诉人广州思永广告有限公司负担5200元、上诉人王玲负担8340元。

本判决为终审判决。

审判长　　练长仁

审判员　　刘革花

审判员　　曹佑平

二〇一九年十二月二十五日

书记员　　郭炜丹

黄树钿