温州市鹿城区人民法院

民 事 判 决 书

（2019）浙0302民初260号

原告：张俊红，女，1980年7月10日出生，汉族，住浙江省温州市鹿城区。

委托诉讼代理人：马铭蔚，上海虹桥正瀚律师事务所律师。

被告：陆义，男，1988年10月7日出生，汉族，住浙江省温州市鹿城区。

委托诉讼代理人：余隐，北京京师（温州）律师事务所律师。

第三人：江西易富科技有限公司，住所地：江西省赣州市宁都县工业园。

法定代表人：易淳（已故），该公司执行董事。

第三人：江西易立服饰有限公司，住所地：江西省赣州市宁都县工业园田头路北侧。

法定代表人：易莉莉，该公司执行董事。

原告张俊红与被告陆义、第三人江西易富科技有限公司（以下简称易富公司）、第三人江西易立服饰有限公司（以下简称易立公司）损害公司利益责任纠纷一案，本院于2019年1月3日立案后，依法适用普通程序，公开开庭进行了审理。原告张俊红的委托诉讼代理人马铭蔚，被告陆义的委托诉讼代理人余隐到庭参加诉讼，第三人易富公司、易立公司经本院合法传唤无正当理由拒不到庭。本案现已审理终结。

原告张俊红向本院提出诉讼请求：1.判令被告陆义停止从事与第三人易富公司经营范围类似或相同的竞业行为，具体为被告陆义停止在第三人易立公司继续持股并担任高级管理人员；2.判令被告陆义投资经营第三人易立公司所得收入归第三人易富科技所有；3.判令被告陆义赔偿第三人易富公司损失500万元。事实和理由：第三人易富公司最初由案外人陈晓新、易淳投资设立，陈晓新持股17%，易淳持股83%，登记经营范围为：服装、鞋、纺织品、服装辅料、皮件制造、销售；房地产投资、建筑材料销售、酒店管理服务，主要业务系为海澜之家提供男士西装、夹克及大衣等加工服务。

2011年6月24日，原告与易淳登记结婚。2017年8月3日易淳因病去世。鹿城区人民法院于2018年3月2日作出的（2017）浙0302民初10937号民事调解书，确认易淳持有的第三人易富公司股权的41%由原告继承，42%由易淳之女易莉莉继承。自此，原告成为第三人易富公司股东。

被告陆义系易莉莉配偶，现任第三人易富公司采购销售负责人，主要负责易富公司面料及辅料的采购及与海澜之家的销售。被告陆义与另外两名高管陈晓新、王晓冬实际操控第三人易富公司运营管理。同时被告陆义拒绝原告进入易富公司行使股东权利。

2017年11月2日，被告与易莉莉设立易立公司，持股5%，并担任易立公司监事。第三人易立公司登记经营范围为：服装、鞋、纺织品、服装辅料、皮件制造、销售与第三人易富公司经营范围高度一致。

被告陆义的行为违反竞业禁止，其投资经营第三人易立公司所得收入应当归第三人易富公司所有，且其利用其职务便利，将海澜之家与第三人易富公司签订的订单转移至易立公司，并利用第三人易富公司的全套生产流水线为易立公司完成订单，将所有订单利益归属于易立公司，而由易富公司承担全部生产、制造成本。且之后被告操作公司，直接操控易立公司与海澜之家签订合同，剥夺了第三人易富公司的商业机会，对第三人易富公司造成严重损失，被告应当承担赔偿责任。

易富公司监事陈晓新严重违反竞业禁止义务，原告已另案提起诉讼。本案原告实际已经无法履行股东代表诉讼的前置程序，因此直接提起诉讼，望判如所请。

被告陆义辩称：一、原告主体不适格：1.原告仅提供了民事调解书，虽然调解书确认易富公司41%的股份由原告继承，但是原告并未完成股东身份的工商登记手续，也未被记载于公司章程，原告是否系易富公司的股东，是否有权提起本案诉讼，无法确定。2.假设原告系易富公司的股东，其有权依据《公司法》的相关规定提起本案诉讼，也应当依法先履行相应前置程序。二、被告陆义不是易富公司的高管，其只是采购部的工作人员之一。即使陆义是高管，陆义也没有违反《公司法》第148条规定的竞业禁止规定，没有利用职务之便谋取易富公司的商业机会。易立公司获取海澜之家的订单不属于陆义的职权范围。三、被告陆义没有自营或为他人经营与所任职企业同类的行为。其只是易立公司的监事，不是高级管理人员，不是经营管理人员，不存在自营和为他人经营易立公司的情况。四、海澜之家暂停与易富公司的订单，系易富公司自身原因，与陆义无关。五、原告主张的第2项诉讼请求不明确。六、原告请求被告陆义赔偿易富公司的损失500万元缺乏证据支撑：1.原告没有证据证明陆义投资并参与经营易立公司；2.原告并没有证据证明陆义将海澜之家的订单转移给易立公司；3.原告没有提供证据证明陆义利用易富公司的流水线并将利益归入易立公司，易立公司所有订单都和易富公司不存在任何业务联系，也不存在代工加工业务。因此，原告主张500万元损失缺乏法律依据。

综上，被告陆义认为法院应当依法驳回原告的起诉或者全部诉讼请求。

第三人易富公司、易立公司均未作陈述。

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。原告张俊红提供的证据，被告陆义对（2017）浙0302民初10937号民事调解书、易富公司财务尽职调查报告、易立公司企业信息信用报告的证明对象有异议，对费用报销单、行政人员工资表的真实性无异议，对合法性、关联性有异议，对其余证据无异议；被告陆义提供的证据，原告张俊红对情况说明的证明对象有异议，对借款合同、借款凭证、还款凭证的真实性、关联性有异议。对本院调取的证据，原告对真实性合法性无异议，对关联性有异议，被告对三性无异议，对证明对象有异议。对当事人无异议的证据，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.原告提供的（2017）浙0302民初10937号民事调解书，该项证据可以证明原告因继承取得易富公司41%股权的事实，本院予以认定。

2.原告提供的易富公司财务尽职调查报告，该份证据可以证明2014年至2016年间易富公司的经营情况以及被告陆义当时在易富公司采购部任职，大部分面料的采购由易淳负责，小部分面料的采购由陆义审批后再执行合同盖章流程的事实，本院予以认定。

3.原告提供的行政人员工资表，该份证据可证明被告在易富公司行政人员工资表上的序号为1号，领取每月10000元的工资的事实，本院予以认定。

4.原告提供的的费用报销单、用款申请单，该组证据可以证明陆义对易富公司的日常办公用品支出、旅行支出、凉亭花架围栏工程款支出、宿舍楼梯扶手工程款支出等行使审批权限的事实，本院予以认定。

5.被告提供的情况说明，该项证据与原告在庭审中的陈述可以相互印证，证明海澜之家与易富公司停止合作与被告陆义到第三人易立公司任职无关的事实，本院予以认定。

6.被告陆义提供的借款合同、借款借据、还款凭证，该组证据的内容是易富公司的贷款情况，没有原件相印证，且与本案不具有关联性，本院不予认定。

7.本院依职权调取的易立公司2017年度、2018年度、2019年度的《企业年度报告》，原、被告对真实性、合法性均无异议，在各方当事人均未提供证据否认《企业年度报告》记载的内容的真实性的情况下，该份证据可以证明易立公司成立以来的利润情况，本院予以认定。

本院经审理认定，易富公司成立于2011年6月14日，案外人易淳出资4150万元，持股比例83%，担任执行董事兼总经理，被告陈晓新出资85万元，持股比例17%，任公司监事。工商登记的住所地为江西省赣州市宁都县工业园，经营范围为服装、鞋、纺织品、服装辅料、皮件制造、销售；房地产投资、建筑材料销售、酒店管理服务（国家有专项规定除外）。该公司主要业务系为海澜之家提供服装加工。

原告张俊红与易淳于2011年6月24日登记结婚。2017年8月3日，易淳因病去世。同年8月21日，本院受理原告张俊红与案外人易莉莉（易淳的女儿）法定继承纠纷一案，经调解，双方同意易淳名下易富公司83%的股权由张俊红继承41%，由易莉莉继承42%。易淳去世后，易富公司仍在继续生产经营，公司股东名册、公司章程均未发生变更。

2017年11月2日，被告陆义未经易富公司股东会同意，与其妻易莉莉共同出资设立易立公司，被告陆义出资25万元，持股5%，担任公司监事，易莉莉出资475万元，持股95%，担任公司执行董事兼总经理，登记住所地为江西省赣州市宁都县工业园田头路北侧，公司经营范围为服装、鞋、纺织品、服装辅料、皮件制造、销售（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）。易立公司与海澜之家存在业务往来。

另查明：1.易立公司2017年度、2018年度、2019年度的企业年度报告显示该公司2017年度净利润为0元、2018年度净利润为82.93万元、2019年度净利润为184.11万元；被告陆义自认其在易立公司取得的税后收入为每月7910元；易富公司的监事陈晓新在接受本院询问时明确表示陆义不是易富公司的董事、高级管理人员，在目前的情况下，不会以监事身份对陆义的行为提起诉讼。

8.原告主张，被告应当赔偿的损失是指易富公司丧失与海澜之家进行交易的商业机会被易立公司抢夺，造成易富公司无法继续与海澜之家交易所造成的损失。同时原告又明确指出，易立公司与海澜之家交易的机会，是张俊红、易莉莉作为易淳的继承人与海澜之家的关系取得的。

本案的争议焦点为：一、被告陆义是否系易富公司的高级管理人员；二、竞业禁止归入权的范围及计算依据；三、被告陆义停止竞业禁止行为的范围。

关于争议焦点一，本院认为，《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。因易富公司的实际控制人易淳去世后，公司仍在生产经营，但没有明确登记符合公司法规定的高级管理人员。故本院认为高级管理人员的认定应结合当事人在公司中实际的职权及其公司决策的影响力予以综合判断。

首先，被告确认2017年8月3日易淳去世后，易富科技公司管理混乱，没有明确以董事和高级管理人员身份行使权利、履行职责的人员。同时，易富公司尚在生产经营。显然，只有实际有人员履行了公司董事以及经理、财务负责人等高级管理人员的职责，才能使公司在长达两年半的时间里继续生产经营。

其次，被告陆义系易富公司创始人易淳的女婿，其自认负责易富科技公司销售部的部分工作，且不需向其他人汇报工作，即其在销售事务上享有决策权。此外，陆义有权作为审批人在易富公司的费用审批单、用款申请单上签字，决定公司款项的支出。即其在财务审批方面亦享有一定的决策权。综上，被告陆义享有财务负责人关于财务审批的部分职权和经理关于主持公司的生产经营管理工作的部分职权。

此外，根据原告提供的易富公司行政人员工资表记载，被告陆义名列工资表首位，与案外人陈晓新、王晓东的工资金额均为10000元。

综上，被告陆义行使了易富公司高级管理人员的部分职权，而易富公司已不存在享有更高管理权限的其他人员，原告主张被告系易富公司的高级管理人员，本院予以采信。被告陆义以工商登记表未登记为由否认其高级管理人员地位，本院不予采信。

关于争议焦点二，本院认为，《公司法》第一百四十八条规定，董事、高级管理人员违反竞业禁止义务，经营或为他人经营与所任职公司同类业务所得的收入应当归公司所有。被告陆义投资设立易立公司，与其妻易莉莉共同经营与易富公司经营范围相同的公司，所得的收入不仅包括工资收入，也应当包括经营所得的收入。故被告在易立公司持有股权可获得的分红亦应认定为被告的收入。综上，陆义应归入易富公司的收入应当包括工资收入和股权收入。

关于收入金额的计算，在两案审理过程中，原告曾申请对三家第三人企业进行审计，但被告及第三人均以可能涉及商业秘密，应当先确定被告存在竞业禁止行为，再确定是否要对相应账册进行审计为由拒绝配合。故本院酌情以易立公司2017年度、2018年度、2019年度的企业年度报告记载的利润额为准计算被告的收入。被告陆义持有第三人易立公司5%的股份，扣除个人所得税后，其持有股权所对应的可得利润为（184.11万元+82.93万元）×5%×80%=106600元。被告陆义自认其从2019年2月起从易立公司以每月7910元的标准领取工资，结合其在易立公司的任职时间，本院认定其可得工资收入为7910×31=245210元，两者合计351810元。

关于争议焦点三，本院认为，易立公司的股东仅有陆义与易莉莉两人，易莉莉担任执行董事、总经理，陆义担任监事。基于陆义与易莉莉之间的夫妻关系，陆义显然不可能真正以公司法的规定行使监事职权，故本院认定其在易立公司持有并担任监事，属于经营与所任职公司同类业务的行为。被告陆义既在易富公司担任高管，又担任易立公司股东和监事，属于公司法规定的禁止行为的范围。

本院认为，董事、高级管理人员自营或者为他人经营与所任职公司同类的业务，发生与公司争夺商业机会的道德风险会大大增加。因此，从事这类业务，应当经股东会或者股东大会同意，未经股东会或者股东大会同意，自营或者为他人经营与所任职公司同类的业务，是违反忠实义务的行为，应当予以禁止。原告张俊红因继承取得易富公司的股权，在易富公司明确不同意起诉的情况下，有权以自己的名义请求禁止被告陆义的竞业行为，并要求将陆义因竞业行为取得的财产351810元应当归入公司。但公司法仅禁止行为人既担任公司的董事、高级管理人员又在未获同意的情况下经营或为他人经营同类业务，被告陆义享有停止担任易富公司高级管理人员或者停止经营同类业务的选择权，不宜直接禁止陆义在易立公司持股并担任监事。原告主张，被告应当赔偿的损失是指易富公司丧失与海澜之家进行交易的商业机会被易立公司抢夺，造成易富公司无法继续与海澜之家交易所造成的损失，但其同时又认为易立公司所获得的商业机会系海澜之家给予易莉莉和张俊红的，则该商业机会的丧失与陆义的行为无关，原告请求陆义赔偿损失，本院不予支持。综上，本院根据《中华人民共和国公司法》第七十五条、第一百四十八条第一款第五项、第二款、第一百五十一条之规定，判决如下：

一、被告陆义于本判决生效之日起三十日内停止既在第三人江西易富科技有限公司行使高级管理人员职权又在第三人江西易立服饰有限公司持有股权、担任监事的行为；

二、被告陆义应于本判决生效之日起十日内将其在第三人江西易立服饰有限公司所得的收入351810元支付给第三人江西易富科技有限公司。

三、驳回原告张俊红的其他诉讼请求。

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46800元，由原告张俊红负担40223元，被告陆义负担6577元。

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提出副本，上诉于浙江省温州市中级人民法院。

审　判　长　　陈　默

人民陪审员　　戴飞虎

人民陪审员　　李曼云

二〇二〇年六月三十日

法官　助理　　胡剑辉

书　记　员　　陈慧慧