北京市第三中级人民法院

民 事 判 决 书

（2016）京03民终10666号

上诉人（原审被告）：张言志，男，1976年1月27日出生。

委托诉讼代理人：陈诺，北京市中银律师事务所律师。

被上诉人（原审原告）：朗易酩庄（北京）酒业有限公司，住所地北京市朝阳区广顺北大街17号1层01层A03a。

法定代表人：蒋×，总经理。

委托诉讼代理人：常宏，北京华沛德权律师事务所律师。

上诉人张言志因与被上诉人朗易酩庄（北京）酒业有限公司（以下简称朗易酩庄公司）损害公司利益责任纠纷一案，不服北京市朝阳区人民法院（2015）朝民（商）初字第21878号民事判决，向本院提起上诉。本院于2016年9月22日立案后，依法组成合议庭，开庭进行了审理。上诉人张言志的委托诉讼代理人陈诺、被上诉人朗易酩庄公司的委托诉讼代理人常宏到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

张言志上诉请求：1.撤销一审判决并依法改判；2.一审、二审诉讼费由朗易酩庄公司承担。事实和理由：一、一审法院认定事实错误。一审法院认定张言志属于朗易酩庄公司的高级管理人员，与事实不符，是错误的。1.根据工商登记信息，朗易酩庄公司是2013年3月15日登记成立的，蒋×担任执行董事、经理，张言志担任监事。朗易酩庄公司成立至今，没有进行变更登记。2.虽然蒋×与张言志签订的《合作协议书》中约定，张言志担任董事长，但实际上没有履行。朗易酩庄公司没有设董事会，也就不存在董事长一职。执行董事是由蒋×担任的。3.《合作协议书》中虽然约定“乙方负责进酒工作”，实际上，蒋×是公司的实际控制人，进酒的种类和数量都由蒋×决定，然后通知张言志具体办理，张言志只是执行蒋×的决定。因此，张言志不是朗易酩庄公司的高级管理人员。二、一审法院违反了《中华人民共和国公司法》（以下简称《公司法》）第五十一条的规定，适用法律错误。一审法院认定张言志属于朗易酩庄公司的高级管理人员，违反了《公司法》第五十一条高级管理人员不得兼任监事的规定。张言志不是朗易酩庄公司的董事、高级管理人员，不适用《公司法》第一百四十八条的规定。三、一审法院认定张言志违反了对朗易酩庄公司的忠实、勤勉义务，缺乏证据。1.朗易酩庄公司没有证据证明曾经安排或委托张言志负责朗易酩庄公司与北京德生源智医药有限公司（以下简称德生源智公司）之间的《产品经销合同》业务。2.朗易酩庄公司没有证据证明是因为张言志的原因，德生源智公司解除了与朗易酩庄公司之间的合同。3.朗易酩庄公司在两次诉讼中存在前后矛盾的情形。第一次诉讼开庭中，蒋×称是其亲自办理进货并送货的，第二次诉讼又称是交给了张言志经办，称张言志将商业机会转给了北京酒易酩庄酒业有限公司（以下简称酒易酩庄公司）。朗易酩庄公司在两次诉讼中陈述前后矛盾，存在虚假诉讼的情形，应承担败诉的不利后果。四、一审判决与生效法律文书存在矛盾。1.（2014）朝民初字第17448号判决书已经认定：“该院从证据认定的角度上不能确认朗易酩庄公司对该案所涉货款享有权利。”本次诉讼中，朗易酩庄公司未提交新的证据，本案亦没有新的事实，同样不能确认朗易酩庄公司对所涉货款享有权利，既然对货款没有权利，对货款中的利润部分同样没有权利。2.（2014）朝民初字第17448号案中的《情况说明》，充分证明了德生源智公司主动解除了与朗易酩庄公司进口6万瓶葡萄酒的合同，具体原因是朗易酩庄公司不具备合同履行能力，而非张言志的原因导致合同解除。

朗易酩庄公司辩称，一审法院认定事实清楚，适用法律正确。同意一审判决。关于张言志的上诉理由：一、朗易酩庄公司的工商登记信息显示的张言志是监事，但并不能以此推定张言志不是高级管理人员，否则，与逻辑相悖。关于《合作协议书》中约定张言志任董事长与工商登记信息中张言志任监事的不一致之处，应当以事实为基础，工商登记信息是代理人随意写的，未经过股东会推选，且公司章程也未规定张言志为监事，工商登记信息只能对抗第三人，不能作为股东之间的抗辩理由。一审中经调查张言志为朗易酩庄公司事实上的高级管理人员。二、《合作协议书》中约定“蒋×负责进酒工作”只是字面意思的理解，根据上下文的意思，张言志对进酒工作有全权管理的权利，若蒋×干涉则属于违约行为。三、张言志作为《合作协议书》中约定的董事长以及进酒的高级管理人员，将朗易酩庄公司与德生源智公司的业务机会转给了酒易酩庄公司，朗易酩庄公司提交的证据完全能够证明张言志利用负责进酒的机会将该业务转给了其实际控制的酒易酩庄公司。朗易酩庄公司有权依据《公司法》规定的归入权要求张言志将利润归还给朗易酩庄公司。四、关于张言志所称的德生源智公司提供的证明能够说明德生源智公司解除了与朗易酩庄公司的经销合同。朗易酩庄公司认为德生源智公司先后提交了两份内容相反的说明，张言志提交的生效法律文书中也明确说明该两份证据前后矛盾，不应被采信。本案中，该两份证据即使经过质证，也不应被采信。四、（2014）朝民初字第17448号案中，朗易酩庄公司称蒋×亲自办理的是与本案无关的300箱酒，已经另案起诉了，不能作为本案的事实予以认定。五、关于张言志所说的本案一审判决与（2014）朝民初字第17448号判决相矛盾的理由，本案一审判决是在损害公司利益请求归还利润的基础上认定事实，行使的是归入权，而非简单的公司利润，与（2014）朝民初字第17448号判决的法律依据不一致。

朗易酩庄公司向一审法院起诉请求：要求张言志向朗易酩庄公司归还利润所得15万元并承担该案诉讼费用。

一审法院认定事实：2012年9月9日，蒋×作为甲方与作为乙方的张言志签订《合作协议书》，约定甲乙双方合作开发葡萄酒销售，现甲乙双方就葡萄酒销售公司的成立、葡萄酒销售的分工及投资等达成如下框架协议，并共同遵守：葡萄酒销售公司注册资金100万元，甲方出资70万元，占70%股份，乙方出资30万元，占30%股份，公司名称朗易酩庄公司；朗易酩庄公司增加投资须按本协议第1条的比例由甲乙双方共同出资；朗易酩庄公司的盈利分配和亏损承担均按本协议第1条的比例分配利润和承担亏损；甲方负责公司的组建和公司的注册登记等工作；甲方负责销售工作，担任公司法定代表人，公司不向甲方个人支付工资，实现盈亏平衡后应当向甲方支付工资，工资数额及支付方式由甲乙双方共同协商确定；乙方负责进酒工作，乙方所进葡萄酒应当适合中国市场的口味和适合中国市场的营销价格；乙方担任董事长职务，公司不向乙方支付工资；所有的酒进入朗易酩庄公司必须有张言志认证证明；乙方负责朗易酩庄公司所有人员的技术培训；乙方负责于2014年6月之前进6-9款朗易酩庄公司代理的葡萄酒（即：阿尔萨斯、勃艮第及普罗旺斯各2至3款）；甲方在2012年11月11日以个人名义借给乙方100万元用于进口葡萄酒的资金，乙方使用期限为1年，乙方应于2013年11月10日前归还甲方个人100万元，乙方应当按约定时间归还甲方借款，乙方未按约定时间归还甲方借款的，每迟延一天乙方应当向甲方支付借款总额1‰的违约金，乙方拿出30万元的进口葡萄酒作为甲方借乙方100万元的利息，从酒易酩庄公司至朗易酩庄公司的酒由甲方选定为准，滞销产品可以换货，应以成本价（包括酒底价、关税、库存、运输费用）给甲乙双方成立的公司即朗易酩庄公司，甲方和公司均不需向乙方支付首期30万元的葡萄酒货款，但甲方销售后获得的利润归公司所有，从乙方进口第二批葡萄酒时当酒成本价每达到三个月结账期时由公司向乙方支付成本价货款（以外方合同及报关价为准）；所有从乙方进口的独家代理葡萄酒均需有正规发票（1%-5%税费）；乙方进口的葡萄酒应当符合国际和国内食品安全标准，出现质量问题并由此所造成的损失由乙方承担全部责任，需保证所有葡萄酒为原瓶原装进口，如发现有国内灌装产品，每瓶罚款一万；所有葡萄酒价格以乙方提供的财务报价为准，甲方有随时核查乙方公司财务底价的权利；为了合法经营，所有葡萄酒应当以朗易酩庄公司的名义进口，或者每只葡萄酒至少有一批是以朗易酩庄公司的名义进口；所有进口葡萄酒的工作均由乙方负责，包括电子商务备案等工作，直接进口的产品，甲方需向乙方公司支付1%的代理费；朗易酩庄公司和酒易酩庄公司对外批发价和团购价格应一致；销售区域的开发与协调工作，双方视实际情况而定；合作期限5年，自2012年9月11日起至2017年9月10日止，合作期满后双方继续合作的续签合作协议。

2013年3月15日，朗易酩庄公司成立，企业类型为有限责任公司（自然人投资或控股），注册资本100万元，股东及其出资为蒋×出资70万元，张言志出资30万元。朗易酩庄公司工商登记的董事会成员、经理、监事任职证明显示，蒋×为执行董事、经理，张言志为监事。

2013年6月26日，朗易酩庄公司作为甲方与作为乙方的德生源智公司签订《产品经销合同》，约定甲方授权乙方为授权经销商；销售的产品种类以及价格参见本协议附件二《产品价格单》，本协议续签或修订时，产品种类和价格可根据甲乙双方协商情况调整；对本协议的补充、修改，均应以书面方式作出并作为本协议的附录并由甲乙双方盖章后生效。附件二产品价格单：1.产品名称Comtedetassin,中文名称唐莎伯爵干红葡萄酒；2.产品等级波尔多法定产区命名葡萄酒（AOC）;3.价格：双方约定以欧洲采购底价为基础，增加2.5元作为甲方服务费，其中，欧洲采购价为1.5欧元，中国完税价21.45元，结算汇率预计按8.3计算，实际结算以银行外汇单据为依据；4.开票：甲方向乙方开具购货总额的增值税专用发票，由于开票基数不同产生的税率差由乙方承担，甲方服务费产生的税费由甲方承担；5.订货量：10000箱\*6瓶，1\*6瓶纸箱包装；6.总金额：23.95元\*6万瓶=143.7万元；7.付款：合同签订之日支付货款的80%，114.96万元，剩余货款在货物清完关1周内结清；8.到货周期：合同签署且收到款项的90天到货；9.备注：该产品首次订单完成后，可作为乙方的独家代理产品。

2013年8月29日，酒易酩庄公司就葡萄酒进口进行海关申报，货物名称唐山伯爵干红葡萄酒/COMTEDETASSIN，数量6万瓶，原产国法国，单价1.5欧元。

2013年8月30日，德生源智公司在酒易酩庄公司收货确认单盖章，确定收到酒易酩庄公司唐莎伯爵干红葡萄酒2012，数量6万瓶，单价23.95元，总金额1437000元。

2014年朗易酩庄公司以损害公司利益责任纠纷为由向一审法院起诉张言志，要求张言志返还货款143.7万元。在该案审理过程中，朗易酩庄公司提交落款日期为2013年11月20日，德生源智公司盖章、张强签字的证明，内容为：兹证明德生源智公司于2013年6月26日与朗易酩庄公司签订购销葡萄酒合同，购货款147.3万元，由朗易酩庄公司股东张言志收取；张言志提供一份2014年9月22日由德生源智公司盖章、张强签字的情况说明，主要内容为：德生源智公司于2013年11月20日出具了一份证明，因德生源智公司不太了解具体情况，仓促出具的上述证明内容与实际情况有些出入，现特将实际情况说明如下：2013年6月26日，朗易酩庄公司与德生源智公司签订了进口6万瓶葡萄酒合同，购货款为143.7万元。当时德生源智公司正处于业务转型期，如货物无法及时交付，会对德生源智公司的经营产生影响。合同签订很短时间后，德生源智公司与朗易酩庄公司均担心新成立的朗易酩庄公司可能会因为手续不齐而无法按时进口并交付货物，后经双方协商一致，同意终止该份合同，该合同没有实际履行，朗易酩庄公司没有向德生源智公司供货，德生源智公司也没有向朗易酩庄公司支付货款。随后，德生源智公司与张言志所在的酒易酩庄公司就购酒合同达成一致，由德生源智公司向酒易酩庄公司支付了货款143.7万元。因酒易酩庄公司委托张言志进行收款，德生源智公司将货款汇入张言志账号。该143.7万元货款与朗易酩庄公司无关，是支付给酒易酩庄公司的货款。2014年10月29日，该院依法作出（2014）朝民初字第17448号民事判决书，驳回朗易酩庄公司的诉讼请求。

另查，酒易酩庄公司成立于2010年11月23日，公司类型为有限责任公司（自然人独资），股东及法定代表人为张言志。

一审法院认为，损害公司利益责任纠纷是指公司股东滥用股东权利或者董事、监事、高级管理人员违反法定义务，损害公司利益而引发的纠纷。本案争议焦点在于：

一、朗易酩庄公司提起的该次诉讼是否违反一事不再理原则。《最高人民法院关于适用的解释》第二百四十七条第一款规定“当事人就已经提起诉讼的事项在诉讼过程中或者裁判生效后再次起诉，同时符合下列条件的，构成重复起诉：（一）后诉与前诉的当事人相同；（二）后诉与前诉的诉讼标的相同；（三）后诉与前诉的诉讼请求相同，或者后诉的诉讼请求实质上否定前诉裁判结果”，虽该案当事人与（2014）朝民初字第17448号案件当事人相同，且均为损害公司利益责任纠纷，但前诉中朗易酩庄公司诉请的对象是货款，而该案朗易酩庄公司主张的是利润损失，二者存在区别，故朗易酩庄公司提起的该次诉讼不违反一事不再理原则。

二、张言志是否属于朗易酩庄公司高级管理人员。《公司法》第二百一十六条第（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”，本案中虽张言志在工商部门登记为朗易酩庄公司监事，但高级管理人员指对公司决策、经营、管理负有领导和指挥职责的自然人，高级管理人员岗位的认定应充分尊重公司自治，根据蒋×与张言志签订的《合作协议书》，蒋×与张言志共同出资设立朗易酩庄公司的目的即为合作开发葡萄酒销售，张言志担任“董事长”职务，负责葡萄酒的进酒、朗易酩庄公司所有人员的技术培训等工作，故该院认定张言志属于朗易酩庄公司高级管理人员。

三、张言志是否负有向朗易酩庄公司赔偿利润损失的义务。公司董事、监事、高级管理人员对公司负有忠实、勤勉义务。《公司法》第一百四十八条第（五）项、第（八）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；（八）违反对公司忠实义务的其他行为”，本案中，张言志作为朗易酩庄公司的监事、高级管理人员，负责朗易酩庄公司的进酒工作，但其在朗易酩庄公司与德生源智公司签订《产品经销合同》后，以其作为独任股东及法定代表人的酒易酩庄公司名义向德生源智公司提供进酒服务并收取德生源智公司货款，所进葡萄酒时间、种类、产地、单价、数量、总价均与《产品经销合同》一致，综合本案中德生源智公司出具的证明、情况说明等相关证据，可以认定张言志违反对朗易酩庄公司的忠实、勤勉义务。同时，鉴于张言志系酒易酩庄公司独任股东及法定代表人，其直接收取了相应的货款，且酒易酩庄公司在朗易酩庄公司与德生源智公司签订《产品经销合同》后随即开展了葡萄酒的进口工作，时间上具有一致性，故张言志应向朗易酩庄公司赔偿利润损失，朗易酩庄公司要求张言志按照《产品经销合同》约定的服务费归还利润，合法有据，该院予以支持。张言志的答辩意见，缺乏事实和法律依据，该院不予采信。

综上，依照《中华人民共和国公司法》第一百四十八条，《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》第一百零八条、第二百四十七条第一款之规定，判决：张言志于判决生效之日起10日内给付朗易酩庄公司15万元。如果未按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。

本院二审期间，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。张言志向本院提交了以下新的证据：证据1HaoJIANG的书面证言，证明张言志在朗易酩庄公司没有实际职务和决策权，不是该公司的高级管理人员；证据2中国海关企业基本情况查询，用以证明朗易酩庄公司进口货物手续不全，不具备进口葡萄酒的资质。朗易酩庄公司认为上述证据属于逾期提交的证据，不应当予以采信，且证据1未经证人当×出庭核实，该证言不应当被采信；证据2没有原件，对该证据的真实性不予认可，且该证据无法证明朗易酩庄公司没有进酒的资格，按照一般的交易常识，朗易酩庄公司即使没有进酒权，也可以委托他人进行。本院认为，证据1书面证言未经本人出庭核实，本院对其真实性不予认可；证据2系电子打印的证据，无法对其真实性予以确认，故本院对证据2的真实性不予认可。

本院二审期间依法补充查明以下事实：经庭审询问，张言志称朗易酩庄公司不设董事会，蒋×是执行董事和经理，张言志是监事，但张言志并未实际履行监事职责，其负责的是朗易酩庄公司的业务板块。

关于合同的履行情况，朗易酩庄公司与德生源智公司签订《产品经销合同》后，该合同并未实际履行，朗易酩庄公司未进口涉诉葡萄酒，本案涉诉葡萄酒是张言志以酒易酩庄公司的名义进口的。

关于涉诉葡萄酒的利润，张言志认可按照《产品经销合同》附件二中约定的标准计算，利润共计15万元，但主张即便认定张言志应返还利润，也应在15万元基础上扣除2.5%至5%的代理费。

关于朗易酩庄公司的具体经营范围，张言志称除营业执照上的主要经营范围之外，还包括葡萄酒进口批发业务、葡萄酒零售业务以及葡萄酒代理进口业务。

本院对一审查明的其他事实予以确认。

本院认为，根据我国《公司法》的相关规定，公司董事、高级管理人员不得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。本案中，张言志称其并非朗易酩庄公司的高级管理人员，亦未违反忠实义务剥夺朗易酩庄公司的商业机会，则本案的争议焦点为：1.张言志是否属于朗易酩庄公司的高级管理人员；2.张言志是否违反了《公司法》规定的忠实义务；3.张言志是否应当向朗易酩庄公司返还利润。

一、关于张言志是否属于朗易酩庄公司的高级管理人员。张言志称其为朗易酩庄公司的监事，根据法律规定，高级管理人员与其监事的身份相违背，故其不属于朗易酩庄公司的高级管理人员。本院认为，《公司法》第二百一十六条第（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。”张言志是否属于朗易酩庄公司的高级管理人员，应当从以下两个方面认定：第一，虽然朗易酩庄公司的工商登记信息显示张言志为监事，但经庭审询问，张言志称其在朗易酩庄公司未实际履行监事职责，具体负责业务板块。故不能仅以工商登记的信息即认定其是否为高级管理人员。第二，关于张言志的具体岗位职责，蒋×与张言志签订的《合作协议书》对此进行了约定，其中包括“乙方负责进酒工作，乙方所进葡萄酒应当适合中国市场的口味和适合中国市场的营销价格；乙方担任董事长职务，公司不向乙方支付工资；所有的酒进入朗易酩庄公司必须有张言志认证证明；乙方负责朗易酩庄公司所有人员的技术培训……”。张言志认可朗易酩庄公司的经营范围包括葡萄酒进口业务，张言志作为朗易酩庄公司的两个股东之一，负责进口葡萄酒、培训公司所有人员等重要事项，实际上符合高级管理人员的职责。综上，从张言志的具体职务来看，张言志属于朗易酩庄公司的高级管理人员。一审法院认定正确，本院予以确认。

二、关于张言志是否违反法律规定的忠实义务。《公司法》第一百四十七条规定：“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。”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：未经股东会或股东大会同意，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。”本案中，根据查明的事实，张言志同时为酒易酩庄公司的股东且为酒易酩庄公司的法定代表人。在朗易酩庄公司与德生源智公司签订《产品经销合同》后，双方并未实际履行该合同，相反，张言志以酒易酩庄公司的名义向德生源智公司提供了进酒服务并收取了相关货款，其所进葡萄酒的时间、种类、产地、单价、数量、总价均与《产品经销合同》一致，致使其所在的朗易酩庄公司失去了该次商业机会。张言志作为负责进酒工作的高级管理人员，其行为违背了《公司法》规定的忠实义务，给朗易酩庄公司造成了损失。一审法院对此认定正确，本院予以确认。

三、关于张言志是否应当向朗易酩庄公司返还利润。根据上述认定的事实，张言志作为朗易酩庄公司的高级管理人员，违背了法律规定的忠实义务，给朗易酩庄公司造成了利润损失。《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。”因张言志认可按照《产品经销合同》附件二规定的标准计算利润，并称根据该标准计算的利润为15万元，但需扣除2.5%至5%的代理费。现张言志未能举证证明扣除代理费的相关依据，故张言志应当向朗易酩庄公司返还利润15万元。一审法院对此认定正确，本院予以确认。

综上所述，张言志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3300元，由张言志负担（已交纳）。

本判决为终审判决。

审　判　长　侯　军

代理审判员

郑慧媛

代理审判员

孙承松

二〇一六年十二月二十一日

书　记　员　陈　萌

书　记　员　夏海曼