四川省成都市中级人民法院

民 事 判 决 书

（2020）川01民终13752号

上诉人（原审原告）：成都灌篮体育文化传播有限公司，住所地成都市青羊区顺城大街289号9层1-2号。

法定代表人：夏豪，董事长兼经理。

委托诉讼代理人：陈仓，北京大成（成都）律师事务所律师。

委托诉讼代理人：关舒晗，北京大成（成都）律师事务所律师。

被上诉人（原审被告）：付鲸侨，男，1982年4月12日出生，汉族，住成都市锦江区。

委托诉讼代理人：肖庚强，四川章贞律师事务所律师。

被上诉人（原审被告）：孙苗，女，1983年3月9日出生，汉族，住成都市锦江区。

委托诉讼代理人：肖庚强，四川章贞律师事务所律师。

被上诉人（原审被告）：肖荣波，男，1982年6月18日出生，汉族，住成都市锦江区。

上诉人成都灌篮体育文化传播有限公司（以下简称灌篮体育公司）与被上诉人付鲸侨、孙苗、肖荣波侵权责任纠纷一案，不服成都市青羊区人民法院（2020）川0105民初1946号民事判决，向本院提起上诉。本院2020年8月25日立案后，依法组成合议庭不开庭进行了审理。本案现已审理终结。

灌篮体育公司上诉请求：撤销原审判决，改判付鲸侨、孙苗、肖荣波赔偿游泳票销售损失共计298460.85元。事实和理由：一、原判决认定事实错误。1.会员游泳票销售系灌篮体育公司经营业务之一，在灌篮体育公司购买会员游泳票的消费者在游泳池进行消费均被广州天力物业发展有限公司成都分公司（以下简称天力物业成都公司）视为灌篮体育公司的会员消费，灌篮体育公司按42元/人/次的底价以月为单位进行结算。灌篮体育公司基于场地合作协议取得游泳池权益，期间付鲸侨作为公司总经理及合作协议的签约代表，全面负责会员游泳票的对接与销售，知晓42元的优惠价格是天力物业成都公司与灌篮体育公司的会员游泳票结算底价。购买游泳票的消费者支付的购票款均作为预收款进入灌篮体育公司账户，高于42元的差额部分计入销售利润，购买会员游泳票的消费者与并不与天力物业成都公司发生结算关系。因此，一审判决认定灌篮体育公司非消费款项收取方及消费者在游泳池进行消费与灌篮体育公司无关属事实认定错误。2.付鲸侨、孙苗受天力物业成都公司委托开展线上游泳票销售的抗辩理由与灌篮体育公司提交的证据矛盾，不能排除合理怀疑。该二人既未受天力物业成都公司委托，也未取得灌篮体育公司授权，实际利用便利条件共同实施谋取私利的行为，在未经公司其他股东同意或股东会授权的情况下，擅自使用印章和营业执照开设线上商户并将结算账户绑定为孙苗个人账户，构成侵权。根据公司法第一百四十七条规定，付鲸侨作为总经理对公司负有忠实勤勉义务，不应为自己利益经营与公司业务相同或相类似的业务。付鲸侨不但允许配偶孙苗随意介入灌篮体育公司正常经营及管理工作，还隐瞒游泳票销售业务并将全部收入据为己有，全部销售收入应当归公司所有。3.付鲸侨、孙苗私自使用灌篮体育公司名义签订商户入驻合同进行线上游泳票销售、兑换加盖灌篮体育公司印章的游泳票，将必然导致灌篮体育公司在消费者消费后对天力物业成都公司产生结算义务或消费者退票时依据合同关系向灌篮体育公司主张权利，故在其未证明已实际支付相关成本的情况下，销售收入298460.85元均属灌篮体育公司的实际损失。根据付鲸侨以灌篮体育公司名义与平台公司签订的《商户入驻服务合同》约定，平台公司按每单消费金额不高于10%的比例收取服务费，每两周与商户结算一次并将代收净额支付至合同约定账户。孙苗已在糯米平台实际获得收入36825元，在大众点评平台实际获得收入261635.85元，合计298460.85元系扣除平台服务费后的收入净额。即便线上销售的游泳票全部兑换使用并与天力物业成都公司完成结算，仍应按照销售收入总额的25%赔偿销售利润74615.21元。4.肖荣波明知游泳票销售系公司业务，仍协助付鲸侨、孙苗进行游泳票线上销售、兑换等工作并刻意隐瞒相关事实，构成共同侵权。二、原审法院分配举证责任错误。灌篮体育公司举证证明了付鲸侨等以灌篮体育公司名义开展游泳票线上销售并将销售收入据为己有的行为；而付鲸侨、孙苗抗辩称天力物业成都公司委托付鲸侨、孙苗代为进行游泳票销售，且其收取的部分游泳票款已退还消费者，未提交任何证据。一审法院径行采纳付鲸侨、孙苗的全部答辩意见，不符合法律规定。

付鲸侨、孙苗辩称，合作协议是天力物业成都公司给予灌篮体育公司会员的一个优惠，也是灌篮体育公司给予会员的一项增值服务，游泳票的票款是天力物业成都公司收取，灌篮体育公司无直接收取票款的权利，也不存在与天力物业成都公司结算，灌篮体育公司不会产生实质的经济效益。一审判决对此认定清楚，定性准确。孙苗在线上平台销售游泳票，原因是孙苗作为天力物业成都公司曾经的员工，和公司高管关系好，付鲸侨与天力物业成都公司的上级公司高管也非常熟，线上销售游泳票是天力物业成都公司委托孙苗的一项业务，最先是孙苗任法定代表人的公司与天力物业成都公司合作，后为避嫌，天力物业成都公司让孙苗找一家信得过的公司，因为付鲸侨是孙苗的丈夫又是灌篮体育公司的创始股东和第二大股东，于是借用灌篮体育公司的名义在网上销售游泳票，付鲸侨没有获利，天力物业成都公司未授权灌篮体育公司进行线上销售，也没有利益受损。孙苗线上销售游泳票价格54-60元/张，平台推广费10%，三个销售平台销售的总数和实际消费数肯定是不一致的，一部分人没有实际消费，通过线下联系孙苗退款。孙苗每月都和天力物业成都公司按42元/张结清价款。孙苗与灌篮体育公司没有合同约定，也没有报销过推广费、设备购买费，没有领取工资，一张游泳票的毛利润6-10元不等，线上销售游泳票是孙苗个人的业务，仅借用了灌篮体育公司的名义，未对灌篮体育公司造成经济损失，收益属于孙苗。肖荣波与此事无关，其仅是偶尔帮助孙苗。线上游泳票销售于2019年3月停止后，天力物业成都公司从未因游泳票票款问题向灌篮体育公司主张过任何权利，证明没有给灌篮体育公司造成任何经济损失。请求驳回上诉，维持原判。

肖荣波未作答辩。

灌篮体育公司2020年3月4日向一审法院起诉请求：判令付鲸侨、孙苗、肖荣波赔偿游泳票销售损失298460.85元。

一审法院认定事实：2016年4月26日的灌篮体育公司章程载明公司注册资本100万元，夏豪出资51万元，付鲸侨出资49万元。付鲸侨曾任灌篮体育公司总经理、财务负责人等，肖荣波曾是灌篮体育公司员工。付鲸侨、孙苗系夫妻。孙苗曾是天力物业成都公司的员工。

2017年3月8日，甲方成都熊猫万国商城有限公司与乙方灌篮体育公司、丙方天力物业成都公司签订《场地合作协议书》，就甲乙双方合作经营甲方富力文体中心部分场地及乙方合作期间享有的丙方物业管理服务及丙方经营管理的游泳池等权益事宜达成协议，合作经营场地位于成都市青羊区顺城大街289号9层（富力天汇9楼），该场地仅作为经营篮球场，经营品牌灌篮公园DUNKPARK。协议期限自2016年11月1日至2021年10月31日。丙方同意给予乙方关于游泳池的相关权益，具体为乙方会员可享受丙方文体中心游泳池的折扣价格42元/人/次，乙方会员到丙方游泳池消费时需出示加盖乙方公章的会员卡，否则丙方有权不予认可及据实收费；同时丙方有权根据实际经营情况及物价因素等适当调整该游泳池折扣价格，乙方须于接到丙方通知后按调整的价格标准执行。

其后，孙苗作为灌篮体育公司代表签署《商户入住服务合同》，平台公司针对所有在平台上发布的方案，以不高于平台价的10%的优惠价格收取服务费。孙苗购买专门手机，借用灌篮体育公司名义在网上销售游泳池票。孙苗以灌篮体育公司名义在大众点评（并以灌篮体育公司与大众点评签订了《商户入住服务合同》）、百度糯米、美团网购等第三方网络平台开设“灌篮公园恒温游泳馆游泳团购券”销售账户，开户行为成都银行锦江支行，卡号为6221××××6036，开户名为孙苗。由孙苗在线上售卖游泳票，销售款进入孙苗银行账户。游泳票在美团上有6种套餐：单次65元、一个大人一个小朋友120元、两个大人一个小朋友170元、两个大人二个小朋友200元、10次560元、22次1100元。

肖荣波为灌篮体育公司原员工，负责线下游泳票销售工作，并将线下销售情况报告孙苗，将所售游泳票金额按照42元/张，转账支付给孙苗。

2019年3月，灌篮体育公司在发现付鲸侨、孙苗、肖荣波上述行为后，认为其侵占公司财产，要求立即停止线上销售游泳票，并注销第三方平台中的销售账户。2019年5月29日，灌篮体育公司召开股东会，付鲸侨于股东会证实其作为灌篮体育公司总经理，在全面负责公司经营，管理及财务签批工作期间，灌篮体育公司在线上销售游泳票的销售款项未入公司账户，同时安排肖荣波就线下销售的游泳票进行兑换工作。2019年8月10日，灌篮体育公司召开2019年第三次临时股东会议，作出责令付鲸侨退还线上销售游泳票全部收入的决议。2019年9月10日，中证天通会计师事务所（特殊普通合伙）深圳分所《关于付鲸侨涉嫌职务侵占及挪用公款案的司法鉴定咨询意见书》载明，2017年6月12日起至2019年3月19日止，孙苗成都银行6221××××6036账户共收入324314.3元。2020年5月6日，四川省成都市国力公证处（2020）川国公证字第40301号公证书载明，灌篮体育公司申请固定网上证据，公证处对相关网页进行截图打印（共一百二十三张），与实际情况相符；与公证书相粘连的光盘（一碟）所载数据系现场屏幕录像所得，与实际情况相符。公证书载明，《大众点评平台与孙苗结算明细单》载明2017年6月26日至2019年3月18日打款给孙苗合计261635.85元；糯米团购销售349张，金额36825元。一审时，灌篮体育公司主张孙苗实际销售金额为298460.85元。

灌篮体育公司提交的与肖荣波劳动争议纠纷仲裁开庭笔录显示，肖荣波证实其与孙苗的微信聊天记录属实。

孙苗2014年8月7日登记成立成都市朔墨教育咨询有限公司。

一审法院认定以上事实，主要采信了场地合作协议、肖荣波与孙苗的微信聊天记录、肖荣波与付鲸侨的微信聊天记录、广告印刷店微信聊天记录、肖荣波与灌篮体育公司劳动争议庭审笔录、灌篮体育公司股东会录音、线上销售平台系统数据保全公证书及附件、大众点评明细清单、商户入驻服务合同、线上销售操作界面截图、司法鉴定咨询意见书、公司章程、股东会决议、孙苗劳动合同、百度糯米网支付账单、手机购买记录、灌篮公园广告、成都市朔墨教育咨询有限公司工商信息、当事人陈述等证据和庭审笔录。

一审法院认为，根据《场地合作协议书》约定，富力中心游泳池是天力物业成都公司所经营，天力物业成都公司给予灌篮体育公司客户会员在富力中心游泳池享有优惠权，应当认定灌篮体育公司的客户会员可以在游泳池消费并享受优惠价42元/人。天力物业成都公司经营游泳池所收取费用对象，应当是包括灌篮体育公司客户会员在内的所有游泳消费者，故现有证据不足以认定灌篮体育公司是游泳池消费款项收取方。

付鲸侨当时作为灌篮体育公司总经理，肖荣波当时作为灌篮体育公司管理人员，均代表公司履职，灌篮体育公司主张付鲸侨、肖荣波退还网上销售游泳票款，缺乏依据。

孙苗以灌篮体育公司名义在网上销售游泳票，并将销售款结算到所绑定的孙苗自己银行卡上，应当视为孙苗收取了网上销售的游泳票款。孙苗主张是天力物业成都公司让其在网上推广、销售，并按照42元/人与天力物业成都公司办理结算，天力物业成都公司不会向灌篮体育公司主张游泳票款以及如果天力物业成都公司有主张游泳票款则由孙苗个人承担责任，结合孙苗已经在网上推广、销售游泳票，也支付平台销售成本、花费时间、增添设备等，应当认定孙苗按照游泳票42元/人与天力物业成都公司办理结算以及孙苗从所销售游泳票款中获得超过42元/人款项的事实成立。孙苗以灌篮体育公司名义在网上销售游泳票，若灌篮体育公司不提供相关证明文件，则孙苗是不可能完成绑定其银行卡而收取游泳票款，故灌篮体育公司因自身管理原因造成孙苗个人在销售游泳票并收款。游泳票持有者在天力物业成都公司游泳池消费，与灌篮体育公司经营无关。在孙苗与灌篮体育公司双方缺乏约定情况下，灌篮体育公司主张孙苗所获得款项属于灌篮体育公司的损失，孙苗侵犯其财产权，应当返还票款，缺乏依据。

综上，一审法院依照《中华人民共和国侵权责任法》第二条、第六条，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条、第一百四十四条规定，判决：驳回灌篮体育公司诉讼请求。案件受理费6165元，减半收取3083元，诉讼保全费2142元，合计5225元，由灌篮体育公司负担。

本院二审期间，当事人提交新的证据材料，本院依法组织证据交换和质证。灌篮体育公司新提交了以下证据材料：1.股东会会议录音，拟证明灌篮体育公司有权根据底价自主定价销售并盈利，付鲸侨未经公司同意擅自使用公司营业执照开展游泳票线上销售；2.询证函及回函，拟证明天力物业成都公司未委托付鲸侨、孙苗开展线上游泳票销售业务；3.退票信息登记表及退票人代军的身份证复印件、游泳票及收据、美团支付截图及销售记录、退款账户信息及支付凭证，拟证明灌篮体育公司对线上销售游泳票根据客户退票申请退还了未消费游泳票的价款，孙苗陈述自己退款不实；4.线下游泳票结算付款申请单，拟证明付鲸侨利用职务之便使孙苗介入线下游泳票销售、结算，收取灌篮体育公司应收取的销售款。付鲸侨、孙苗质证后对证据1的真实性无异议，但认为付鲸侨受胁迫，不具有合法性和关联性；认为证据2询证函的对象和回函的主体不一致，不具有关联性、真实性、合法性；认为证据3退款时游泳票已经超过有效期，灌篮体育公司主动制造损失，不具有合法性，也不能达到证明目的；对证据4的关联性不认可。本院审查认为，股东会会议录音是对会议发言的客观记录，可作为证据采纳；询证函及回函，因回函主体并非询证对象，不作为证据采纳；对证据3、该组证据材料本身是相互衔接的，能够确定代军购买的游泳票是孙苗线上销售的，灌篮体育公司退款虽然在游泳票有效期之外，但其解释因疫情影响未消费也属合理，可作为证据采纳；对证据4，本案争议时游泳票线上销售事实，与线下销售无关，不因作为证据采纳。

根据一审中经质证的平台销售开通登记信息、新采纳的证据和当事人一致的陈述，本院认定以下事实：孙苗在入住线上平台时提交了灌篮体育公司的营业执照并使用了灌篮体育公司两个银行账户进行登记。孙苗通过线上平台于2019年1月11日出售22次套票给代军，代军2019年1月12日验票换取纸质游泳票，登记有效期至2020年3月31日，因疫情影响未消费完，代军要求延长使用时间未果，于2020年7月7日向灌篮体育公司申请退还未消费的11张游泳票票款，其退还的游泳票上加盖灌篮体育公司公章。灌篮体育公司于2020年7月15日退还代军550元。本院查明的其他事实和采信的证据和一审法院查明的事实和采信的证据一致，对一审法院已经查明的事实，本院予以确认。

本院认为，根据当事人主张，本案争议的焦点是：1.付鲸侨、孙苗、肖荣波是否应承担侵权责任；2.如果侵权责任成立，责任方式如何确定；3.损失如何认定。对争议焦点，本院分述如下：

侵权责任问题。灌篮体育公司与天力物业成都公司因合作取得游泳票底价42元的优惠，作为经营性企业，可预知的是会以更高的价格出售给他人以求盈利，从双方无争议的线下出售情况看，这种预知盈利是客观事实。1.对孙苗，孙苗入驻线上平台销售游泳票，入驻使用灌篮体育公司的营业执照和银行账户，消费者团购后需要兑换纸质实体票，仍加盖灌篮体育公司的印章，与天力物业成都公司结算时又以灌篮体育公司与天力物业成都公司合作协议约定的底价结算，可以认定孙苗以灌篮体育公司的名义从事盈利活动，在没有得到灌篮体育公司认可和授权的情况下，构成侵权。孙苗提出自己线上销售游泳票是天力物业成都公司授权和委托，仅是借用了灌篮体育公司的名义。主张法律关系成立的一方应当对成立法律关系的事实承担举证证明责任。孙苗一方面需要提交天力物业成都公司授权的证据，另一方面需要提交灌篮体育公司同意借用营业执照、印章、账户及企业名称的证据，这两方面的基础事实，孙苗和付鲸侨只有陈述，没有任何证据证明。孙苗实际以侵犯灌篮体育公司名称权的方式为自己牟利，侵权责任成立。2.对付鲸侨，付鲸侨作为灌篮体育公司的股东和高级管理人员，既负不得同业禁止的消极义务，又负勤勉忠实的积极义务，付鲸侨基于与孙苗的夫妻关系，对孙苗的行为应当知道，且因孙苗本身与灌篮体育公司没有关系，孙苗取得灌篮体育公司的银行账号、营业执照及印章，只可能是付鲸侨提供，而付鲸侨作为合作协议的洽谈人，也清楚游泳票业务和结算底价，可以确定孙苗线上销售游泳票时付鲸侨积极主动配合才能完成的事务，付鲸侨同时违反两大义务，也构成侵权。3.对肖荣波，因肖荣波一方面受付鲸侨指派从事工作，另一方面肖荣波只从事线下销售，是灌篮体育公司自己的业务，肖荣波不构成侵权。

侵权责任方式问题。从前文分析可知，整个侵权行为是孙苗与付鲸侨在共同意思联络下完成的，构成共同侵权，应当承担连带责任。

损失确定问题。孙苗冒用灌篮体育公司企业名称，付鲸侨为孙苗冒用他人名称提供代表公司人格的营业执照和印章，构成对公司名称权和独立法人人格的侵害，付鲸侨同时违反高级管理人员的同业禁止义务和勤勉忠实义务，应当承担赔偿责任。《中华人民共和国侵权责任法》第二十条规定，“侵害他人人身权益造成财产损失的，按照被侵权人因此受到的损失赔偿；被侵权人的损失难以确定，侵权人因此获得利益的，按照其获得的利益赔偿；侵权人因此获得的利益难以确定，被侵权人和侵权人就赔偿数额协商不一致，向人民法院提起诉讼的，由人民法院根据实际情况确定赔偿数额。”《中华人民共和国公司法》第一百四十八条第一款第五项、第二款规定，“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”。侵权人不得获利是法的价值基本要求，根据查明的事实，孙苗在线上平台销售游泳票共实际取得298460.85元销售收入，但销售收入中也应当包含成本和人力物力支出，目前没有证据证明孙苗销售的游泳票需要支付给天力物业成都公司的每张42元成本已经由灌篮体育公司承担，天力物业成都公司也没有要求灌篮体育公司承担，孙苗陈述的已经自行进行了结算并支付该部分成本具有高度可能性，因此损失部分应当扣减每张42元的直接成本，但又因为孙苗线上出售的游泳票分为单票和多种套餐，导致每张游泳票的售价不易单独核算，如需核算可能需要财务审计，成本过高。如孙苗销售的6种套餐，单票65元，毛利润为23元，毛利润率到达54.8%，最优惠22次套票1100元，单票50元，毛利润8元，毛利润率19%，加之不超过10%售价的平台推广费、硬件设备费和人力成本等，真实的利润率实际要低于毛利润率较多。因此本院决定以侵权人不得获利的原则，酌情确定利润率的方式确定应赔偿金额。灌篮体育公司主张按25%利润率计算损失会导致确定的损失过高，孙苗、付鲸侨主张已取得的收入中还有10%的平台推广费，因平台实际打款已经扣除了平台推广费，不应重复扣除。考虑到手机等硬件设备和合理的人力成本，本院酌定以孙苗已经取得的实际销售收入298460.85元为基数，按20%的利润率确定损失为59692元（取整数）。代军的退款因在酌定利润时已经将其纳入基数，不再单独确定为损失。灌篮体育公司的上诉理由部分成立，本院依法作相应支持。

综上，灌篮体育公司的上诉请求部分成立，对符合法律规定部分予以支持。一审判决认定主要事实基本清楚，但适用法律部分不当，加之新证据导致事实认定部分改变，一审判决应予纠正。依照《中华人民共和国侵权责任法》第八条、第二十条，《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》第六十四条第一款、第一百七十条第一款第二项规定，判决如下：

一、撤销成都市青羊区人民法院（2020）川0105民初1946号民事判决；

二、付鲸侨、孙苗应于本判决发生法律效力之日起十日内赔偿成都灌篮体育文化传播有限公司损失伍万玖仟陆佰玖拾贰圆（小写¥：59692元）；

三、驳回成都灌篮体育文化传播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》第二百五十三条规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

一审案件受理和财产保全费5225元，由成都灌篮体育文化传播有限公司负担4180元，付鲸侨、孙苗共同负担1045元。二审案件受理费6165元，由成都灌篮体育文化传播有限公司负担4932元，付鲸侨、孙苗共同负担1233元。付鲸侨、孙苗应负担的诉讼费用，在履行判决义务时一并直接支付给成都灌篮体育文化传播有限公司。

本判决为终审判决。

本案判决生效后，负有履行义务的当事人应当依法按期履行。逾期未履行的，权利人申请执行后，人民法院依法对相关当事人采取限制高消费、列入失信名单、罚款、拘留等措施，构成犯罪的，依法追究刑事责任。

审判长　　唐健

审判员　　孙睿

审判员　　郭静

二〇二〇年十一月十六日

书记员　　朱娅