四川省成都市中级人民法院

民 事 判 决 书

(2018)川01民终13848号

上诉人（原审原告）：成都艾芮菲商贸有限公司，住所地：四川省成都市锦江区梓潼桥西街2号1栋2单元6层615号。

法定代表人：陈勇，总经理。

委托诉讼代理人：杨波，北京盈科（成都）律师事务所律师。

被上诉人（原审被告）：赵才海，男，1985年12月30日出生，汉族，住湖南省双峰县。

委托诉讼代理人：蒙春雷，四川律盾律师事务所律师。

委托诉讼代理人：蒲昕航，四川律盾律师事务所律师。

被上诉人（原审被告）：金牛区丽仁美娜化妆品经营部，住所地：四川省成都市金牛区九里提南支路21号。

经营者：华红兰。

上诉人成都艾芮菲商贸有限公司（以下简称艾芮菲公司）因与被上诉人赵才海、金牛区丽仁美娜化妆品经营部（以下简称丽仁美娜）损害公司利益责任纠纷一案，不服成都市金牛区人民法院(2018)川0106民初1145号民事判决，向本院提起上诉。本院于2018年8月27日立案后，依法组成合议庭进行了审理。本案现已审理终结。

艾芮菲公司上诉请求：1.撤销原判，改判赵才海违反忠实义务获利的108122元归艾芮菲公司所有或发回重审。2.一审、二审诉讼费由赵才海承担。事实及理由：艾芮菲公司认为赵采海从丽仁美娜处获得的108122元款项是丽仁美娜向其支付的投资经营收益。事实及理由：一、现有证据能够证明赵才海从丽仁美娜处获得的108122元款项是其违反竞业禁止法定义务所获得收入。丽仁美娜在赵才海参与其经营期间向赵才海支付了108122元，并认可赵才海出资的9万元是被华红兰使用在经营业务的过程中，华红兰向赵才海付款也是根据丽仁美娜的经营情况决定。双方之间没有书面借条、没有约定利息、没有约定还款期限、出资方直接参与经营者的经营业务、出资方因其投入资金而获得收益不固定、该收益直接来源于经营者业务的经营收益，故赵才海与丽仁美娜之间是投资经营关系。排他性是一个相对的概念，当一方证据显示待证事实存在的可能性明显大于不存在的可能性时，就算还不能完全排除存在相反的可能性，也可以根据已有证据认定这一待证事实存在，否则过分加重了艾芮菲公司的举证责任。二、艾芮菲公司举出赵才海的银行流水为证据，并结合赵才海在收款期间为丽仁美娜提供推广宣传等劳务并参与丽仁美娜的经营这一事实，证明了赵才海从丽仁美娜处获得的108122元是其因参与丽仁美娜的经营而获得的回报，至此艾芮菲公司已经完成了基本的证明责任。而赵才海并没有为其提出的“90000元出借款项而非投资，108122元系归还借款而非投资回报”的观点举证证明。赵才海和华红兰既不能说明利息是如何计算的，也承认了他们没有对借款利息作出明确约定，也没有任何证据可以支持该观点，根据法律规定，这种情况应当视为没有利息，则该超出部分的款项只剩下投资经营收益这一种可能性，应当归艾芮菲公司所有。

赵才海辩称，赵才海没违反公司的规章制度，一审法院认定事实清楚，证据充分，请求驳回上诉，维持原判。

丽仁美娜未参加诉讼，亦未提交书面答辩意见。

艾芮菲公司向一审法院起诉请求：1、赵才海违法收入的108122元归艾芮菲公司所有，丽仁美娜承担连带责任；2、本案诉讼费用由艾芮菲公司与丽仁美娜共同承担。

一审法院认定事实：艾芮菲公司的经营范围：销售：化妆品、保健用品、日用品、工艺美术品、（象牙及其制品除外）、皮革制品、服装、鞋帽、办公用品、文体用品、手机装饰品、汽车装饰品、家居用品；企业管理咨询；市场调研；教育咨询。丽仁美娜的经营范围：批发、零售、化妆品。2015年10月23日，赵才海与胡海峰签订《共同投资合作协议书》，由赵才海出资20万元，占艾芮菲公司股权44%，并担任艾芮菲公司总经理。艾芮菲公司《章程》第二十四条：执行董事、经理不得自营或者为他人经营与其所任职公司经营相同或相近的项目，或者从事损害本公司利益的活动。从事上述营业或者活动的，所得收入应当归公司所有。2017年4月刊第128期、5月刊第129期《漂亮女人》刊登了丽仁美娜神奇面膜的广告，上面载明财富热线有赵才海的电话。赵才海的微信朋友圈也时常为丽仁美娜广告宣传。2017年2月19日赵才海向丽仁美娜的经营者华红兰银行转账9万元，同月26日华红兰向赵才海转账13200元,4月14日华红兰向赵才海转账10000元，5月4日华红兰向赵才海转账8740元，5月15日华红兰向赵才海转账44105元，6月14日华红兰向赵才海转账32077元。2017年5月30日艾芮菲公司作出《关于公司总经理任免决定书》，载明：赵才海先生由于在担任公司总经理期间严重违背合作协议，已经完全丧失了作为总经理的条件，有鉴于此，经公司董事会研究决定，免去赵才海先生的总经理职务。且不再担任公司任何职务。同时任命邬艳女士担任公司总经理。

一审法院认为，赵才海作为艾芮菲公司的总经理，对公司负有忠实义务和勤勉义务。艾芮菲公司的经营范围与丽仁美娜的经营范围有存在相同的项目化妆品，从艾芮菲公司举证的杂志广告、微信记录足以证明，赵才海担任艾芮菲公司总经理期间，与丽仁美娜之间确实存在业务联系，违反了艾芮菲公司《章程》第二十四条：执行董事、经理不得自营或者为他人经营与其所任职公司经营相同或相近的项目，及《中华人民共和国公司法》第一百四十八条第（五）项的规定：“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”，为此赵才海违反了作为公司高管的忠实义务之一的竞业禁止义务，现艾芮菲公司根据《中华人民共和国公司》第一百四十八条、第一百四十九条的规定，主张赵才海违法收入108122元归公司所有，系依据赵才海的银行交易记录中华红兰向赵才海的银行转账，但该银行交易记录中充分显示在华红兰向赵才海转账之前，赵才海向华红兰转账9万元，赵才海、丽仁美娜辩解是华红兰因经营需要向赵才海借款10万元，其中9万元是转账，另外1万元是现金支付，华红兰向赵才海的转款是偿还借款，故艾芮菲公司证明108122元是赵才海违反忠实义务所得收入，其举证的证据不能形成完整证据链，不具有排他性，达不到其证明目的；其次，根据《中华人民共和国公司法》第一百四十九条：“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”，艾芮菲公司要举证证明公司的损失，本案中艾芮菲公司称2016年底至2017年期间公司效益下降了30%是公司的损失，但未提交证据予以证明，综上艾芮菲公司承担举证不利的法律后果，其该项诉讼请求，一审法院不予支持。艾芮菲公司主张丽仁美娜承担连带责任，缺乏法律依据，一审法院不予支持。据此，依照《中华人民共和国公司法》第一百四十七条、第一百四十八条、第一百四十九条，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条之规定，判决如下：驳回成都艾芮菲商贸有限公司的诉讼请求。案件受理费2462元减半收1231元，由成都艾芮菲商贸有限公司负担。

本院二审期间，当事人没有提交新证据。

各方当事人对一审审理查明的事实均无异议，本院对一审审理查明的事实依法予以确认。

本院认为，本案争议焦点为：艾芮菲公司认为案涉款项108122元应归其所有的主张是否成立。本院综合评析如下：

《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：“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”，本案中，艾芮菲公司提交的证据足以证明赵才海在担任艾芮菲公司总经理期间，与同样经营化妆品项目的丽仁美娜有业务联系，赵才海的行为违反了上述法律规定，根据《中华人民共和国公司法》第一百四十八条第二款：“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”以及艾芮菲公司《章程》第二十四条“执行董事、经理不得自营或者为他人经营与其所任职公司经营相同或相近的项目，或者从事损害本公司利益的活动。从事上述营业或者活动的，所得收入应当归公司所有”的规定，赵才海违反前述规定所得收入应归艾芮菲公司所有。艾芮菲公司提交了赵才海的银行流水明细，表明赵才海于2017年2月19日向丽仁美娜的经营者华红兰银行卡转账90000元，随后华红兰分别于2017年2月26日、4月14日、5月4日、5月15日、6月14日向赵才海转账13200元、10000元、8740元、44105元、32077元，合计108122元。对于前述转款行为，赵才海抗辩其与华红兰之间存在100000元的借贷关系，但对其中10000元的现金交付未提交证据证明，虽然该抗辩得到华红兰的认可，但因本案中赵才海与丽仁美娜存在合作关系，故在仅有赵才海、华红兰口头陈述，而无其他证据佐证的情形下，本院对该赵才海关于该10000元的抗辩意见不予认可。同时，赵才海与华红兰对还款时间、利息等约定均不明确，华红兰向赵才海的转款行为在时间及金额等方面均较为随意，且赵才海90000元的本金在四个月内获得108122元，也与借贷关系的特征不符。

本院认为，赵才海作为艾芮菲公司的总经理，履职期间违反忠实义务与丽仁美娜有业务往来，与丽仁美娜的经营者华红兰有经济往来，且时间吻合，艾芮菲公司已经对赵才海存在违法所得的事实提交了相应证据，但赵才海未能对其作出的抗辩提供证据予以反驳，根据《最高人民法院关于适用的解释》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”的规定，赵才海应对其举证不能承担不利的后果。因本案中赵才海曾向华红兰支付90000元，该笔资金投入所获得的等额返还不能记为违法违规所得的收入，故本院认定赵才海基于本案事实所获得的收入为18122元（108122-90000），该收入应归艾芮菲公司所有。

综上所述，艾芮菲公司的上诉请求部分成立，本院对成立部分予以支持。依照《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，《最高人民法院关于适用的解释》第九十条，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第二项的规定，判决如下：

一、撤销成都市金牛区人民法院(2018)川0106民初1145号民事判决；

二、赵才海于本判决生效之日起十日内向成都艾芮菲商贸有限公司支付18122元；

三、驳回成都艾芮菲商贸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。

一审案件受理费1231元，由赵才海负担206元，成都艾芮菲商贸有限公司负担1025元；二审案件受理费2462元，由赵才海负担412元，成都艾芮菲商贸有限公司负担2050元。

本判决为终审判决。

审判长　　张俊

审判员　　王嫘

审判员　　苏展

二〇一八年十一月二十六日

书记员　　张玲