江西省赣州市中级人民法院

民 事 判 决 书

（2017）赣07民终1032号

上诉人(原审被告)：李向阳，男，1974年9月14日生，汉族，住信丰县。

委托诉讼代理人：陈妙珠、吴泷飞，广东法制盛邦（东莞）律师事务所律师，特别授权代理。

被上诉人(原审原告)：信丰日日顺电器有限公司，住所地：信丰县嘉定镇规九路。

法定代表人：李雪燕，执行董事。

委托诉讼代理人：黄勇，江西冠城律师事务所律师，特别授权代理。

原审被告：信丰多格达电器有限公司，住所地：信丰县嘉定镇规九路。

法定代表人：李香英，执行董事。

委托诉讼代理人：陈妙珠、吴泷飞，广东法制盛邦（东莞）律师事务所律师，特别授权代理。

上诉人李向阳因与被上诉人信丰日日顺电器有限公司（以下简称“日日顺公司”）、原审被告信丰多格达电器有限公司（以下简称“多格达公司”）损害公司利益纠纷一案，不服江西省信丰县人民法院（2014）信民二初字第115号民事判决，向本院提起上诉。本院于2017年5月3日立案后依法组成合议庭进行了审理。本案现已审理终结。

李向阳的上诉请求：请求二审撤销原判，并由日日顺公司承担诉讼费用。事实和理由：1.日日顺公司实际于2013年已停止经营，李向阳是在日日顺公司停止经营后才设立多格达公司，并得到海尔集团下属公司授权后才开展经营义务，一审法院认定李向阳存在竞业禁止行为属于事实认定错误。2.一审法院单纯的认定公司经营收入等同于公司股东的个人收入属于事实认定错误。

日日顺公司辩称：1.李向阳违背勤勉忠实义务，从事竞业经营，事实清楚，证据确实充分。2.竞业经营收入既包括个人收入，也包括个人股份收益等通过竞业经营获得的直接收入、财产或者权益的增加。3.原审认定多格达公司竞业经营期间的利润数额合理。综上，请求二审维持原判。

多格达公司同意李向阳的上诉意见。

日日顺公司向一审法院起诉请求：1.判令被告立即停止竞业禁止；2.判令李向阳立即将竞业禁止收入支付给日日顺公司（至作出判决期间的月份），并赔偿原告的经济损失15万元；3.判令被告承担本案的全部诉讼费用。

一审法院认定：2011年6月24日，李向阳投资12万元，李雪燕投资18万元，设立了日日顺公司。公司经营范围：主营家用电器零售、批发、再生资源回收、家用电器售后服务。经营期限：2011.6.24——2041.6.23。股东会议决议：股东李雪燕为公司执行董事行使法定代表人职责，李向阳为公司经理。聘用罗照辉担任公司监事。取得统帅品牌的授权经营。该公司经营后，由李向阳及黄巧燕（夫妻关系）主持该店日常事务，聘用陈怡云担任公司做报税账目会计，李向阳把该店实际经营状况报表报送另一股东李雪燕，至2013年上本年期间，股东内部产生纠纷。2014年3月，日日顺公司开始零申报税账。

2013年5月8日，李向阳私自与案外人李香英各投资15万元，在日日顺公司的相同地址处所设立了多格达公司。公司经营范围：家用电器批发、零售及维修服务、旧家电回收、家用电器售后服务；经营期限：2013.5.8——2063.5.7；股东会决议：股东李香英为公司执行董事行使法定代表人职责，李向阳为公司经理。聘用黄巧燕担任公司监事。聘用陈怡云担任公司做报税账目会计，2013年5月23日取得统帅品牌的授权经营。由李向阳夫妇日常经营该公司，形成“两个公司，一套人马”的经营状况。日日顺公司发现后，双方进行协商不成，导致本诉。

诉讼中双方申请司法会计鉴定，经赣州中诚会计事务所鉴定，出具中诚鉴定字（2015）05号司法技术鉴定书，结论为：多格达公司2013年7月至2014年4月经营利润为135874.61元。双方对该鉴定结论提出了异议。日日顺公司认为对被告在保全后提交的增值税票据金额515702.14元及人工工资31010元不应计入经营成本，因被告事后提交的，未经法庭质证；被告认为房租、仓储租金，人工工资应列入经营成本。该鉴定结论未全部列入，导致鉴定有偏差。因公司经营收入与股东的收入不能混同，故该鉴定结论与本案不具有关联。一审法院认为，该鉴定结论的依据材料，来自一审法院对多格达公司李向阳夫妇提取的，且提供人李向阳明确向一审法院表示，提供的资料齐全，业经一审法院在双方当事人在场的情况下提取封存的。一审法院移送鉴定后，李向阳向一审法院补交人工工资、增值税票据、房屋仓储租金，一审法院组织双方质证，日日顺公司提出了异议，认为不符合证据的形式要件及事后补交。但赣州中诚会计事务所确认了增值税票据金额及工资31010元，应属合法合理的认定，一审法院予以采信。被告提供的房屋及工人工资发放凭证为白条和收据（其中8张收据虽时间跨度近两年、但却多为连号收据），原告质证认为证据形式违法、对其真实性不予确认，故一审法院不予采信。因此，该鉴定结论具有客观、科学性，且与本案具有关联性，一审法院予以采信。

一审法院认为：该案争议焦点为：一、李向阳是否存在违反公司高管竞业禁止法定义务的行为？二、多格达公司的经营收入与李向阳的收入如何认定？针对争议焦点一，一审法院认为：李向阳与他人私自在2013年5月设立多格达公司至今，李向阳仍为日日顺公司经理，系公司高管，且在同一住所经营与日日顺公司经营范围相同的多格达公司，且其状态一直持续；多格达公司于2013年5月取得统帅品牌的授权，取代日日顺公司成为该品牌在信丰的唯一经销商时，也是由李向阳代表多格达公司签订协议，这实质上是李向阳利用其日日顺公司高管的优势侵害了日日顺公司的合法利益，应认定自2013年5月起李向阳作为日日顺公司高管违反了其所应承担竞业禁止的法定忠实义务，故对日日顺公司请求确认李向阳作为公司高管违反竞业禁止的规定的主张，一审法院予以支持，故日日顺公司主张李向阳立即停止违反竞业禁止义务侵权行为诉讼请求，一审法院予以支持；多格达公司不属于违反法定竞业禁止义务的主体范畴，其不应承担相应的责任；日日顺公司主张李向阳与多格达公司属共同侵权行为不能成立，故其主张多格达公司负连带清偿责任的诉讼请求，一审法院不予支持。

针对争议焦点二，根据公司法规定，高管违反公司忠实义务，其所得收入应当归公司所有。李向阳作为日日顺公司高管违反了所应承担竞业禁止的法定忠实义务，在李向阳竞业禁止期间，李向阳所得收入（含在多格达公司的股权收益）,应归日日顺公司所有。被告主张会计鉴定中的多格达公司利润属于公司，不能与李向阳所得收入混同，其主张是针对公司财产与股东财产的区分，但不可否认股东对其股权享有的收益权利。即李向阳占多格达公司50%的股权，对公司所得利润具有50%的分配收益。此权益在李向阳竞业期间所得，日日顺公司行使归入权。

综上，多格达公司自2013年7月起至2014年4月获得了李向阳违反公司高管竞业禁止经营利润金额为135874.61元。日日顺公司提出，因被告违反公司高管竞业禁止经营行为一直持续至今，被告方又未举证证明2014年5月起至今没有经营利润，为减少诉累，应依照鉴定确认的月利润（13587.46元|月）计算、统计出总利润至作出判决期间的月份。为减少当事人诉累，一审法院采纳原告建议。故参照中诚鉴定字（2015）05号司法鉴定书中认定的月均收入，计算被告2013年5月起至作出判决期间所得收入。由此推定2013年5月至2016年5月止共37个月，其所得利润金额为502736.02元，李向阳获得竞业禁止收入为251368.01元。原告主张李向阳将竞业禁止经营收入支付给原告，有事实和法律依据，一审法院予以支持，即李向阳应支付原告251368.01元。原告主张被告方赔偿原告的损失约15万元，未提供证据证明其主张成立，一审法院不予支持。为保护当事人的合法权益，一审法院依据《中华人民共和国公司法》第一百四十八条、第一百四十九条第一款第（五）项，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款、《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条、第二十七条之规定，作出判决如下：一、李向阳应于本判决生效之日起停止经营；二、李向阳应向日日顺公司支付竞业禁止经营收入251368.01元，于判决生效之日起十五日之内付清；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，加倍支付延迟履行期间的债务利息。三、驳回日日顺公司的其他诉讼请求。案件受理费3400元，鉴定费5000元，合计8400元，由李向阳承担。

二审中，日日顺公司围绕上诉请求向法庭提交了以下证据：1.增值税发票2张、国税通用机打发票记账联2张、税收电子转账专用完税证2张，证明在多格达公司成立并经营后，日日顺公司仍续存，但受到重大影响，李向阳所称的日日顺公司于2013年5月停止经营不是事实，股东也没有表决过说停止经营。2.增值税发票2张，证明截止2017年5月31日，多格达公司仍在持续正常经营。本院组织当事人进行了证据交换。李向阳质证后认为：对证据1的真实性、合法性予以确认，对关联性不予确认，在多格达公司成立后，日日顺公司开具的增值税发票、完税等均是因之前存在未收货款，均是在处理回收以前货款事宜，日日顺公司已无实际经营。况且法律并无规定停止经营需要股东会作出决议。对证据2的真实性、合法性予以确认，关联性不予确认。多格达公司在涉案后即停止经营，因此拖欠第三方货款，直至2017年5月才有能力还清，因此该组证据同样不能证明多格达公司目前仍在实际经营。本院经审查后认为，对日日顺公司提供的两组证据的真实性、合法性予以确认，对其关联性应结合本案查明的其他事实和证据予以综合认定。

本院对一审查明的事实予以确认。

本院认为，关于李向阳是否存在竞业禁止行为的问题。根据《中华人民共和国公司法》第一百四十八条、一百四十九条关于“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、高级管理人员违反欠款规定所得的收入应当归公司所有”的规定。李向阳与他人设立多格达公司，并担任经理，同时其仍为日日顺公司经理，且在同一住所经营同类业务。经理属于公司法意义上的高级管理人员，李向阳的行为应认定其作为日日顺公司高管违反了其所应承担竞业禁止的法定忠实义务。因此，原审认为李向阳存在竞业禁止行为，应从判决生效之日起停止竞业禁止经营，并无不妥。李向阳上诉认为自己不存在竞业禁止行为，本院不予支持。根据公司法的相关规定，日日顺公司可基于李向阳的竞业禁止行为行使公司归入权，将其因为该行为所得之收入收归日日顺公司所有。根据审理查明的事实，2014年3月，日日顺公司开始零申报税帐，实际已停止经营。李向阳上诉认为日日顺公司从2013年5月起已停止经营但没有提供相应的证据予以证明，本院不予采纳。根据一审作出的中诚鉴定字（2015）05号司法技术鉴定书得出的结论：多格达公司2013年7月至2014年4月经营利润金额为135874.61元。日日顺公司诉请法院判令李向阳将其截至一审判决之日止的竞业经营收入支付给日日顺公司。但一审鉴定仅就多格达公司从2013年7月至2014年4月的经营利润进行了鉴定。对多格达公司之后产生的经营利润的具体数额，日日顺公司并未提供证据予以证明。众所周知，经营利润属于变量数据，受经济环境、劳动成本、营销手段等诸多因素影响。一审法院仅依靠鉴定数据进行推论所得出的数据并不能反映客观事实，应予改判。鉴于日日顺公司已于2014年3月停止经营以及多格达公司于2013年5月设立经营的事实，参照鉴定意见本院酌定：该期间的经营利润金额为135874.61元。李向阳占多格达公司50%的股权，对公司所得利润具有50%的分配收益。此收益是李向阳竞业期间所得，日日顺公司对此可以行使归入权，也即李向阳应向日日顺公司支付竞业经营收入67937.305元。综上，李向阳的上诉理由部分成立。据此，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（二）之规定，判决如下：

一、维持江西省信丰县人民法院（2014）信民二初字第115号民事判决第一、三项；

二、变更江西省信丰县人民法院（2014）信民二初字第115号民事判决第二项为：李向阳应向信丰日日顺电器有限公司支付竞业禁止经营收入67937.305元，于判决生效之日起十五日之内付清；

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当按照《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3400元，鉴定费5000元，合计8400元，由上诉人李向阳负担6600元，由被上诉人信丰日日顺电器有限公司负担1800元。二审案件受理费5070元，由上诉人李向阳负担1500元，被上诉人信丰日日顺电器有限公司负担3570元。

本判决为终审判决。

审判长　　蒋桥生

审判员　　任　琰

审判员　　侯文君

二〇一七年八月二十八日

书记员　　刘　菲