湖北省高级人民法院

民 事 判 决 书

（2017）鄂民终3078号

上诉人(原审原告)：李雪峰，男，1973年8月26日出生，汉族，住湖北省宜昌市西陵区。

委托诉讼代理人：张德伟，上海建纬（武汉）律师事务所律师。

上诉人(原审被告)：李志平，男，1975年9月15日出生，汉族，住湖北省赤壁市。

委托诉讼代理人：林娜，湖北观筑律师事务所律师。

被上诉人(原审被告)：大华联宝湖北投资管理有限公司。住所地：湖北省武汉市江岸区紫竹园菊苑2栋2单元1-2层2室。

法定代表人：李长伢，该公司董事长。

委托诉讼代理人：于维维，湖北观筑律师事务所律师。

委托诉讼代理人：何新权，湖北观筑律师事务所律师。

原审第三人：湖北联大投资管理有限公司。住所地：湖北省武汉市江汉区建设大道631号。

法定代表人：李志平，该公司执行董事。

原审第三人：徐荣，男，1971年8月2日出生，汉族，住湖北省襄阳市樊城区。

上诉人李雪峰、上诉人李志平与被上诉人大华联宝湖北投资管理有限公司（以下简称大华公司）、原审第三人湖北联大投资管理有限公司（以下简称联大公司）、徐荣损害公司利益责任纠纷一案，不服湖北省武汉市中级人民法院（2014）鄂武汉中民商初字第00176号民事判决，向本院提起上诉。本院于2017年9月13日立案后，依法组成合议庭，开庭进行了审理。上诉人李雪峰及其委托诉讼代理人张德伟，上诉人李志平的委托诉讼代理人林娜，被上诉人大华公司的委托诉讼代理人于维维，原审第三人徐荣到庭参加诉讼。原审第三人联大公司经本院传票传唤未到庭，本院依法缺席审理。本案现已审理终结。

李雪峰上诉请求：1、支持李雪峰的诉讼请求；2、李志平解散大华公司；3、一、二审诉讼费由李志平、大华公司承担。事实和理由：一、一审判决李志平只承担34%的赔偿责任不当。李雪峰任职的宜昌市鹏飞汽车有限公司（以下简称宜昌鹏飞公司）的成立时间远早于联大公司，而且业务范围在宜昌市，不挤占联大公司在武汉市的市场份额。徐荣任职的武汉市泽信通汽车服务有限责任公司（以下简称泽信通汽车公司）也与联大公司在盘龙城的业务没有关联。二、大华公司与李志平仍有劳动合同关系，大华公司应对李志平给联大公司造成的损失承担连带赔偿责任。

李志平上诉请求：1、撤销一审判决，驳回李雪峰的诉讼请求；2、李雪峰承担本案诉讼费。事实和理由：一、李雪峰没有向联大公司监事提出提起诉讼，李雪峰未经法定前置程序，无权提起诉讼。二、一审判决已认定联大公司自2011年8月起停止经营、李志平于2011年7月13日至同年9月22日担任大华公司法定代表人两项关键事实，李雪峰于2014年起诉，已经超过诉讼时效。三、一审判决查明，联大公司各股东均存在经营与联大公司同类业务的事实，且联大公司已实际停止经营，仍认定李志平违反竞业禁止义务，适用法律错误。四、一审判决李志平承担34%的赔偿责任缺乏损失及因果关系的认定。

大华公司辩称，同意李志平的意见。李雪峰在二审期间提出新的诉讼请求，大华公司不同意一并审理。

徐荣述称，同意李雪峰的意见。

李雪峰向一审法院起诉请求：1、李志平赔偿联大公司部分经济损失人民币600万元，大华公司承担连带赔偿责任；2、李志平停止损害联大公司合法权益的行为；3、大华公司解除全部与联大公司相竞争的相同种类业务的经济合同，停止损害联大公司合法权益的行为；4、本案诉讼费用由李志平及大华公司共同承担。

一审法院认定事实：联大公司系2008年12月23日成立的一家有限责任公司，注册资本为1千万元，公司住所地为武汉市江汉区建设大道631号。主营范围：汽车配件、轮胎、汽车用品、管理软件的销售；汽车美容服务；汽车（不含小轿车）、石油制品（不含成品油）销售等。2009年9月1日法定代表人为李雪峰，职务执行董事和总经理，持股33%；股东李志平，持有该公司34%股权；股东徐荣,持有该公司33%股权，职务监理。2010年3月2日法定代表人变更为李志平，职务执行董事，持股34%；股东李雪峰，持有该公司33%股权，职务经理；股东徐荣,持有该公司33%股权，职务监理。联大公司公司章程第二十六条规定：执行董事、经理不得自营或者为他人经营与其所任职公司同类的营业或者从事损害本公司利益的活动。从事上述营业活动的，所得收入应当归公司所有。执行董事、经理除公司章程规定或者股东会同意外，不得同本公司订立合同或者进行交易。

2010年5月21日，康顺公司作为甲方与联大公司作为乙方签订一份《合作经营协议》，该协议约定：双方决定在平等、互惠、互利的原则下合作经营甲方名义下的所有汽车美容项目，并对此达成如下协议：合作经营范围：汽车清洗、汽车美容、其它汽车美容项目、汽车加装等。合作经营方式：合作各方分别按本协议约定进行投资；应以甲方名义合作经营位于甲方场地的汽车美容项目，由双方或任一方直接向客户推销或有偿提供本协议约定范围内的汽车清洗、美容、装饰等项目的服务等。合作经营的投资：甲方提供场地及水、电、气等设备、设施；乙方承担合作经营所需要的固定资产投资。合作经营地点在盘龙汽车城园区内。合作经营期限为5年，即：2010年5月21日至2015年5月21日。财务管理：汽车美容、装饰经营纳入甲方核算，发票使用甲方票据；利益分配详见本协议附件等条款；本协议双方签字、盖章之日起生效；因合作任一方进行公司变更登记影响本协议执行主体有效的，应在变更后一周内通知合作方并重新变更协议主体。该协议签章处有双方的签名盖章。该《合作经营协议》附件一：《合作经营利益及合作期满的约定》，其主要内容为：合作经营以销售收入为基数按照比例来分成：销售收入在0-100万元，分成比例为甲方30%、乙方70%；销售收入在101-200万元，分成比例为甲方35%、乙方65%；销售收入在200万元以上，分成比例为甲方40%、乙方60%。每月按照本协议约定的结算时间进行利益分配。合作期满，乙方投资于甲方场地的设备赠送给甲方。该附件签章处有双方的签名盖章。

2012年9月18日，联大公司股东徐荣、李雪峰向联大公司出具《关于请求公司监事提起诉讼的函》，其主要内容为：“经调查发现，作为联大公司股东及法定代表人兼执行董事的李志平，隐瞒其他股东私自单独与其妻子胡睿俪于2011年7月13日投资成立了另一家与联大公司业务完全相同的“大华公司”，李志平持有该公司90%的股权，并担任执行董事兼总经理，为该公司法定代表人；李志平的妻子胡睿俪持有该公司10%股权，为该公司监事。李志平以公司名称变更为由，在广大客户中散布其新成立的“大华公司”系原联大公司名称变更而来，欺骗康顺公司及其子公司康服公司等客户，以“大华公司”名义与客户重新签订了业务合作合同，并且以该公司名义装修办公和经营场所，将联大公司的主要业务人员和管理人员转到“大华公司”，以及将原属于联大公司的业务订单及商业机会转移到“大华公司”，从而导致联大公司经营急剧恶化，销售收入大幅减少，给联大公司造成严重的经济损失和商业信誉损失。为维护公司及股东的合法权益，特依据《中华人民共和国公司法》第一百五十二条以及第五十四条第（六）项的规定，提请公司监事徐荣向人民法院提起诉讼。”

根据李雪峰的申请，一审法院委托湖北安华会计师事务有限公司对联大公司自2010年5月至2011年8月的经营收入及利润进行司法鉴定。该关于联大公司经营情况司法会计鉴定意见书（鄂安华[2016]法鉴字第003号）鉴定结论为：联大公司自2010年5月至2011年8月的经营收入为14691193.52元，利润为4246893.43元。其中武汉捷路达汽车服务有限公司、武汉世捷汽车销售服务有限公司、武汉尚腾汽车服务有限公司、武汉鄂宝汽车销售服务有限公司共占其收入来源41.49%。联大公司自2011年8月起至今处于停业状况。另合议庭就联大公司在2011年8月后的经营情况向康服公司进行了调查,所反映的基本情况是：联大公司与康顺公司履行协议一年后,李志平说他们新成立了一个公司,希望把合同主体变更为大华公司,当时我们是从集团公司与他们签订的,后来是康服公司与大华公司之间签订的合同,现在还在与我们合作。李雪峰在宜昌的公司与康顺公司有业务往来，大概前年就停止了。2016年10月14日，康服公司又出具一份书面说明，其内容为：2011年本公司对汽车业务供应商统一进行招投标入围，大华公司系经投标、竞标后成为本公司汽车相关业务的供应商之一，并签署相关合作协议。

2010年7月28日，武汉康顺集团汽车贸易有限公司的全资股东康顺公司变更为武汉康顺汽车服务有限公司（以下简称康服公司）。

大华公司系2011年7月13日成立的一家有限责任公司，注册资本为1008万元，公司住所地为武汉市东西湖区将军路街宏图大道33号。经营范围：投资管理咨询、企业管理咨询；对汽车行业、商业的投资；汽车美容服务；汽车配件、汽车用品、软件销售。2011年9月22日法定代表人为李志平，职务执行董事和总经理，持股90%；股东胡睿俪持有该公司10%股权，职务监事。2013年6月9日法定代表人变更为李长伢。胡睿俪职务为执行董事，持股10%。股东李水平，持有该公司90%股权，职务监事。

赤壁市信达汽车贸易有限公司（以下简称赤壁汽车公司）系2005年12月5日成立的一家有限责任公司，注册资本为500万元，公司住所地为赤壁××××大道。经营范围：上海大众品牌汽车、工程机械车销售；汽车装饰、美容护理；汽车零配件及轮胎销售。法定代表人为李志平。

宜昌鹏飞公司系2001年11月6日成立的一家有限责任公司，注册资本为100万元，公司住所地为宜昌市体育场路××号。经营范围：汽车（不含小轿车）及配件批发零售；洗车服务、汽车美容服务；汽车租赁（不含出租车）；汽车装饰材料批发零售等。截止2014年2月28日法定代表人为李鹏飞，李雪峰系其五名股东之一，职务为总经理。该公司于2014年6月17日与康服公司签订一份《汽车精品美容采购框架协议（KSCG-2013-028）补充协议（003）》。

泽信通汽车公司系2012年11月13日成立的一家有限责任公司，注册资本为100万元，公司住所地为武汉市江岸区后湖乡新地东方花都A区A2栋2单元3层1室。经营范围：汽车美容服务；投资管理咨询；汽车配件、轮胎、汽车用品、汽车管理软件等。2013年3月25日法定代表人为徐荣，职务为执行董事、总经理，此前为该公司监事。

一审法院认为，李雪峰系以李志平等损害公司利益赔偿纠纷为由，在其请求公司监事起诉未果的情况下提起的诉讼。李志平于2010年3月2日始为联大公司法定代表人，担任执行董事职务。并于2011年7月13日至2011年9月22日为大华公司法定代表人，担任执行董事及总经理职务，持股34%，另胡睿俪持有该公司10%股权，职务监事。其后该公司法定代表人变更为李长伢，胡睿俪为执行董事，持股10%；股东李水平，持有该公司90%股权，职务监事。联大公司的经营范围与大华公司的经营范围系同类经营范围。2010年5月21日康顺公司与联大公司签订《合作经营协议》后，联大公司自2010年5月至2011年8月经司法鉴定经营收入为14691193.52元，利润为4246893.43元。但联大公司自2011年8月起至今处于停业状况。在联大公司处于停业状况期间，康服公司与大华公司保持同类业务往来关系。

根据联大公司《章程》规定：“执行董事、经理不得自营或者为他人经营与其所任职公司同类的营业或者从事损害公司利益的活动。从事上述营业活动的，所得收入应当归公司所有”，以及与《中华人民共和国公司法》第一百五十条内容基本一致的规定：“执行董事、经理、监事执行公司职务时违反法律、法规或者公司章程的规定，给公司造成损害的，应当承担赔偿责任”，应认定李志平的行为已构成对联大公司竞业禁止义务的违反，其担任大华公司的执行董事及总经理的行为违反了法律规定。李雪峰请求判令李志平停止损害联大公司合法权益的行为，鉴于据工商资料显示李志平现已不再担任大华公司的高管职务，故对该诉请不需再作判决。

关于李志平对联大公司承担损害赔偿责任数额的确定。李雪峰在起诉时未主张由联大公司对李志平在大华公司的收入行使归入权，而是请求李志平对联大公司的经营损失承担赔偿责任。联大公司自2010年5月至2011年8月经司法鉴定经营收入为14691193.52元，利润为4246893.43元。李雪峰主张李志平造成联大公司损害赔偿数额2011年1月至8月的利润是424万元，由此计算出每个月的平均利润是52.7万元，其中41.49%是与康顺集团产生的，算出总共44个月983.9万元，李雪峰只主张600万元。一审法院认为，联大公司上述前期经营数据可以作为计算联大公司后期经营损失的参考依据，但公司前期经营获得利润并不必然等于公司后期可以获取同等的利润，公司的营利状况与公司的整体经营管理以及市场等多种因素相关。在联大公司经营期间，除李志平外，联大公司的经理李雪峰、监事徐荣亦均在其他与联大公司经营同类业务的公司担任职务，均存在违反竞业禁止义务的情形。故一审法院酌情认定，李志平对联大公司在2011年8月以后的44个月的经济损失，以2010年5月至2011年8月经司法鉴定利润为4246893.43元所占41.49%的平均月利润为基数乘以44个月之积，承担34%的赔偿责任，即金额为1757337.32元。

关于李志平请求判令大华公司承担连带赔偿责任，以及大华公司解除全部与联大公司相竞争的相同种类业务的经济合同，停止损害联大公司合法权益的行为之诉请。因上述联大公司章程和公司法之规定，违反忠实义务的赔偿责任主体仅为侵权的董事、高管人员，并不包括其所就任的公司，故李雪峰对大华公司主张连带赔偿责任的诉请，无事实和法律依据，一审法院不予支持。

综上，李志平应向联大公司赔偿该公司在2011年8月以后的44个月的经济损失人民币1757337.32元。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、第一百五十条，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十二条、第一百四十四条之规定，判决：一、李志平于本判决生效之日起十日内，向湖北联大投资管理有限公司赔偿该公司在2011年8月以后的44个月的经济损失人民币1757337.32元；二、驳回李雪峰的其他诉讼请求。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利息。案件受理费53800元，由李雪峰负担37660元，李志平负担16140元。本案财产保全费5000元，由李志平负担。

二审中，各方当事人均未提交新证据。

本院查明，一审法院查明事实部分表述错误，本院修正如下：

2009年9月1日，联大公司法定代表人变更登记为李雪峰，徐荣职务为监事。2010年3月2日，李雪峰职务变更登记为经理，李志平变更登记为执行董事。

落款时间为2012年9月18日的《关于请求公司监事提起诉讼的函》，由徐荣、李雪峰共同签字，称谓对象为联大公司、徐荣。李雪峰、徐荣在二审中认可，徐荣未提起诉讼的原因是二人对通过刑事还是民事方式主张权利有分歧，故徐荣未提起民事诉讼。

2010年7月28日，康顺公司将持有武汉康顺集团汽车贸易有限公司100%的股权变更登记至康服公司。

大华公司于2011年7月11日成立时，李志平为法定代表人、执行董事、总经理，胡睿俪为监事。2011年9月22日，法定代表人、执行董事、总经理变更登记为胡睿俪，李水平为监事，胡睿俪持股10%，李水平持股90%。2013年6月9日，法定代表人由胡睿俪变更登记为李长伢。

一审法院认定的其他事实属实，本院予以确认。

本院认为，本案二审焦点问题是：一、李雪峰是否具有诉权。二、李雪峰主张权利的性质，李志平是否违反了对联大公司的忠实义务，是否应承担赔偿责任。三、大华公司是否应与李志平承担连带责任。

一、关于李雪峰是否具有诉权的问题。李雪峰以联大公司执行董事李志平违反竞业禁止的规定设立大华公司损害了联大公司利益为由提起本案诉讼。《中华人民共和国公司法》第一百四十九条规定：“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。”第一百五十一条规定：“董事、高级管理人员有本法第一百四十九条规定的情形的，有限责任公司的股东、股份有限公司连续一百八十日以上单独或者合计持有公司百分之一以上股份的股东，可以书面请求监事会或者不设监事会的有限责任公司的监事向人民法院提起诉讼；监事有本法第一百四十九条规定的情形的，前述股东可以书面请求董事会或者不设董事会的有限责任公司的执行董事向人民法院提起诉讼。监事会、不设监事会的有限责任公司的监事，或者董事会、执行董事收到前款规定的股东书面请求后拒绝提起诉讼，或者自收到请求之日起三十日内未提起诉讼，或者情况紧急、不立即提起诉讼将会使公司利益受到难以弥补的损害的，前款规定的股东有权为了公司的利益以自己的名义直接向人民法院提起诉讼。他人侵犯公司合法权益，给公司造成损失的，本条第一款规定的股东可以依照前两款的规定向人民法院提起诉讼。”李雪峰在请求联大公司监事徐荣提起诉讼未果的情况下，其作为公司股东有权为公司利益以自己的名义直接向人民法院提起诉讼。李志平关于李雪峰未经前置程序无权提起诉讼的上诉理由不能成立。

二、关于李雪峰主张权利的界定，李志平是否违反了对联大公司的忠实义务，是否应承担赔偿责任的问题。二审中，李雪峰明确据以主张实体权利的的法律依据是《中华人民共和国公司法》第一百四十八条、第一百四十九条。《中华人民共和国公司法》第一百四十八条是对公司董事、高级管理人员忠实义务的规定及违反忠实义务公司归入权的规定，第一百四十九条是对公司董事、监事、高级管理人员履职不当赔偿责任的规定。因李志平在大华公司任职并非在联大公司的履职行为，故第一百四十九条的规定不适用于本案，在第一百四十八条已明确规定当事人的行权途径的情况下，李雪峰在本案中主张的权利为公司归入权，即公司董事、高级管理人员违反对公司的忠实义务所获得的收入，公司收归所有的权利。

公司行使归入权应满足以下要件：一是行使对象为公司董事、高级管理人员。二是行为人存在违反法定义务的特定行为。三是行为人获得了收入。四是行为与收入之间存在因果关系。本院认为，李雪峰未尽证明责任，理由如下：第一，在不考虑联大公司兼任公司高级管理人员的三名股东也在其他公司经营与联大公司同类业务的情形下，联大公司在与康顺公司合作经营期间，联大公司执行董事李志平与其配偶胡睿俪于2011年7月13日设立大华公司，大华公司经营范围为与联大公司同类的业务，李志平从事竞业禁止的行为是对公司董事、高级管理人员忠实义务的违反，但是，李志平在大华公司任职期间仅至同年9月22日约两个月期间，在此期间，李雪峰无证据证明大华公司有实际经营行为或李志平将原属于联大公司的业务转移至大华公司。第二，根据鉴定意见，联大公司收入中仅有41.49%与康顺公司有关，而2011年8月联大公司在李志平离开后即歇业，该歇业事实本身不能证明是李志平将原联大公司业务全部转至大华公司所致。第三，李志平在大华公司任职及持股的期间，李雪峰未就李志平已实际获得收入举证证实。李志平未尽证明责任，应承担举证不力的后果，对李雪峰的诉讼请求应予以驳回。

三、关于大华公司是否应与李志平承担连带责任的问题。《中华人民共和国公司法》已明确归入权的行使对象为董事、高级管理人员，其任职公司非责任主体，李雪峰请求大华公司承担连带责任无法律依据。

综上，李雪峰未就联大公司可以向李志平行使归入权提交充分证据证明，对李雪峰的诉讼请求，本院予以驳回。在此认定的基础上，对李志平及大华公司提出的诉讼时效抗辩，本院不作评述。一审法院认定事实部分不清，适用法律错误，实体处理不当。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项规定，判决如下：

一、撤销湖北省武汉市中级人民法院（2014）鄂武汉中民商初字第00176号民事判决；

二、驳回李雪峰的诉讼请求。

一审案件受理费53800元，财产保全费5000元，二审案件受理费53800元，由李雪峰负担。

本判决为终审判决。

审判长　孙　刚

审判员　熊亚平

审判员　夏　勇

二〇一七年十一月十七日

书记员　华　卉