浙江省杭州市中级人民法院

民 事 判 决 书

（2019）浙01民终7081号

上诉人（原审原告）：杭州宽塔投资管理有限公司，住所地杭州市余杭区仓前街道龙潭路20号4幢548室。

诉讼代表人：胡逸能，公司监事。

委托诉讼代理人：周云、王旭菲，浙江京衡律师事务所律师。

被上诉人（原审被告）：李慧玲，女，1987年9月8日出生，汉族，住杭州市拱墅区。

被上诉人（原审被告）：浙江旦旦资产管理有限公司，住所地杭州市上城区元帅庙后88-2号364室。

法定代表人：李嘉泰。

二被上诉人共同委托诉讼代理人：杨繁华，北京德恒（杭州）律师事务所律师。

上诉人杭州宽塔投资管理有限公司（以下简称宽塔公司）因与被上诉人李慧玲、浙江旦旦资产管理有限公司（以下简称旦旦公司）损害公司利益责任纠纷一案，不服杭州市余杭区人民法院（2018）浙0110民初16941号民事判决，向本院提起上诉。本院于2019年8月22日立案后，依法组成合议庭进行了审理。本案现已审理终结。

宽塔公司上诉请求：1.撤销一审判决，改判支持宽塔公司的一审诉讼请求；2.由李慧玲、旦旦公司承担本案诉讼费。事实和理由：一、一审判决事实、证据认定和法律适用严重错误。未经宽塔公司股东会同意，李慧玲利用了宽塔公司执行董事（控制股东）的职务便利，为自己和他人谋取属于宽塔公司的商业机会，自营与宽塔公司同类的证券投资业务。根据公司法第148条的规定，可以认定李慧玲违反了忠实、勤勉义务。首先，李慧玲设立旦旦公司未经宽塔公司股东会同意。其次，关于“自营或者为他人经营与所任职公司同类的业务”。李慧玲于2017年1月25日至2018年7月25日期间担任宽塔公司执行董事兼总经理，宽塔公司与旦旦公司工商登记的经营范围存在“投资管理”业务上的重叠，故可以认定李慧玲与同为宽塔公司员工的李嘉泰自营与其任职的宽塔公司同类业务这一结论。第三，关于“利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会”。在李慧玲上任后，宽塔公司的经营管理和业务情况出现了截然不同的表现：宽塔公司未再发行新的基金产品，在2017年6月12日后再未向基金业协会更新信息，以致于被公开警告，列为异常机构。宽塔公司未发行新的基金产品，却在2017年9月向万得信息技术股份有限公司（以下简称万得公司）订购金融数据分析软件使用账号。2018年1月起宽塔公司仅剩李慧玲一人缴纳社保，而旦旦公司自2017年11月起有李嘉泰、姜平、苏苗强等8人缴纳社保，其官网宣传“投研人员占70%以上，掌握前沿挖掘技术”。2017年9月，李慧玲操纵宽塔公司不惜支付违约金提前终止租赁原租赁场地，清场时间为10月7日，系旦旦公司成立之后；旦旦公司成立后，在其网站首页、工商内档、企业年报均载明“0571-87381798”为其联系电话，在2017年企业年报显示“杭州市萧山区北干街道市心北路60号天辰国际广场4幢”为其通信地址。如果前述事实仅是李慧玲为旦旦公司获取商业机会的铺垫和宣传行为，那么其在2018年6月25日通过滥用其70%股权所代表的表决权，强行召开临时股东会，注销宽塔公司的私募基金管理人牌照，又在2018年9月以其母罗青之名召开临时股东会，解散并清算宽塔公司便是其存旦旦公司、废宽塔公司之真实意图的体现。以上事实足以证明李慧玲利用了宽塔公司执行董事的职务便利，为自己和他人谋取属于宽塔公司的商业机会，自营与宽塔公司同类的证券投资业务的事实。一审判决的释法说理疑窦重重：1.公司法仅规定两家公司系同类经营，未要求侵权公司实际开展经营，且旦旦公司已在实际经营。李慧玲利用其控制的宽塔公司70%股权和数个高管职位，擅自设立开办旦旦公司，开展同类营业，旦旦公司股东真实出资300万元，有短期投资188万元，有其他应收款100万元，也已组建投研团队，缴纳社保。公司法明确规定了董事、高管的竞业禁止义务和“收入归入”，即便未产生收入或没有收入，并不意味着董事、高管未违反竞业禁止义务。2.李慧玲利用职务便利，谋取了属于宽塔公司的商业机会。旦旦公司官网宣传信息和企业年报的信息，系其对外公示和向监管部门报送信息，构成自认，包括以下内容：李慧玲的胞弟李嘉泰对外宣传其系宽塔公司对冲交易员，其参与了旦旦公司的设立和经营，旦旦公司在官网和企业年报上所留的联系电话是宽塔公司的经营电话，两家公司在企业年报所留地址相同，以及宽塔公司提前退租，在旦旦公司成立同日，李慧玲以宽塔公司名义向万得公司支付80160元购买产品，而此时宽塔公司已停止经营、遣散员工，并且账号的使用期限开始于2017年11月，旦旦公司恰好于2017年11月开始为员工缴纳社保。以上事实，均证明李慧玲利用职务便利谋取商业机会。二、一审判决存在重大遗漏，未查明基本事实。旦旦公司已开展经营、制作会计账簿，否则税务部门不会有其纳税记录和旦旦公司报送的报表。旦旦公司未获得私募基金管理人登记，并不能断然得出旦旦公司未开展营业，行业中业务外包并不鲜见。2018年9月，李慧玲安排旦旦公司员工姜平为宽塔公司清算组成员。一审认定旦旦公司有代扣代缴个人所得税，但却不责令旦旦公司提交财务账册或查封保全账册。罗青、李慧玲、李嘉泰为亲属，李慧玲至今仍为两家公司实际控制人，一审判决认为两家公司会计账簿不属于可能灭失或以后难以取得的证据是错误的，且宽塔公司已提供了上述三人的联系方式和两家公司的经营地址，该线索为会计账簿下落的有效线索。三、宽塔公司要求李慧玲赔偿注销宽塔公司私募基金管理人牌照的损失，此诉求合法有据。因李慧玲恶意注销宽塔公司私募基金管理人登记，致使宽塔公司不能继续此前业务，损失显而易见。2018年6月25日的临时股东会完全是李慧玲滥用股东资本多数决的结果，其目的是为旦旦公司能够获取相应资质，并同时控制两家公司。2018年9月，李慧玲以其母罗青之名召集宽塔公司股东会，解散并清算公司，而清算组成员均非宽塔公司股东。四、宽塔公司要求旦旦公司返还其非法占有的财产权益并赔偿损失诉求合法有据。根据宽塔公司提交的证据，足以证明李慧玲、旦旦公司侵占宽塔公司财产权益等事实。购买软件行为发生在旦旦公司取得工商登记的同一天，旦旦公司自2017年11月为员工缴纳社保，可知李慧玲一边停止宽塔公司经营，一边开办旦旦公司，以宽塔公司名义支付款项购买软件，供旦旦公司使用。一审已认定两家公司共同使用同一业务热线，宽塔公司成立并使用在先，旦旦公司成立在后，已能证明该业务电话为宽塔公司所有。旦旦公司使用的业务专线和公司地址均与宽塔公司一致，万得公司提供的金融数据分析软件售后服务、合同履行地等也是该地址，一审判决认定两公司不在同一地址办公没有依据。李慧玲一手设立旦旦公司、成立团队，一手将宽塔公司原经营场地提前退租，支付违约金，旦旦公司注册成立当日，又购买开展基金业务必须的金融数据分析软件，其后又清退宽塔公司员工。宽塔公司提交的证据可以证实，旦旦公司成立后李慧玲、李嘉泰仍在宽塔公司领取工资，其行为属于侵占。综上，一审判决认定事实、证据和适用法律错误，请求二审法院公正裁决，维护宽塔公司的合法权益。

李慧玲、旦旦公司答辩称：一、宽塔公司一审请求确认李慧玲投资经营旦旦公司行为违法、停止侵害及消除影响的诉讼请求不成立。1.有关请求确认李慧玲投资经营旦旦公司行为违法诉请。本案是侵权给付之诉，而宽塔公司诉请确认行为违法。确认之诉是指当事人要求法院认定某种法律关系存在或者不存在的诉讼。当事人之间因为某种法律关系是否已经成立、现在是否存在产生争议，可以诉诸法院予以确认。而确认行为违法是个事实问题，不能作为诉讼请求。确认不侵权纠纷只发生在知识产权领域，除此之外，不宜提起确认之诉。2.有关诉请停止侵害。停止侵权的前提条件是侵权行为一直持续到诉请停止侵权之时和之后。宽塔公司系基于李慧玲双重任职，违反董事高管法定义务主张侵权责任。但本案李慧玲早已不在宽塔公司及旦旦公司担任高管，所谓的侵权行为假定有的话，也早已停止。上述请求停止行为的诉讼请求无事实依据。3.有关消除影响的诉请。首先，宽塔公司主张李慧玲侵权并不成立，其次，宽塔公司并无证据证明李慧玲对其造成任何恶劣影响，第三，也没有法律规定董事高管违反董事高管法定义务要承担消除恶劣影响的责任。法律只规定了董事高管收入的归入权。二、李慧玲无违反竞业禁止的行为，宽塔公司主张十万元的竞业禁止收入金额无依据。公司法第一百四十八条规定，董事、高级管理人员不得有下列行为：自营或者为他人经营与所任职公司同类的业务。这里的自营和经营是指实际经营。但旦旦公司与宽塔公司并无竞争。1.旦旦公司与宽塔公司的登记营业范围有重叠但有不同，网站资料也是。2.两公司不构成实际竞争关系。第一，旦旦公司没有取得私募基金管理人资格。宽塔公司是做私募基金管理人业务的。双方业务不重合，无冲突。第二，宽塔公司后期因股东纠纷，业务处于停止状态。宽塔公司在浙江省杭州市西湖区天目山路159号(现代国际大厦B座1906室（实为16层1601室）到期后没有新的营业场所。宽塔公司资产进行了处理，且胡逸能搬走了部分资产，其在上述地址设立了杭州卓能密封科技有限公司（2018年1月18日成立），并担任法人执行董事兼总经理。第三，旦旦公司没有实际经营，纳税税务申报记录可以证实。宽塔公司二审提交的新证据，有关旦旦公司报表清晰显示旦旦公司无任何营业收入，恰恰证明了旦旦公司没有营业。3.退一步说，假定违反竞业禁止，2018年3月后，李慧玲不担任旦旦的董事和高管（没证据证明是财务负责人），担任股东是可以的。2018年6月，李慧玲不担任宽塔公司的董事或高管。故从2018年3月开始就不存在违反忠实义务和勤勉义务的可能性。4.公司法第一百四十八条规定违反忠实义务的法律后果为：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。但宽塔公司未举证证明李慧玲违反忠实义务侵害了公司的利益，李慧玲有取得违法收入。旦旦公司从未支付给李慧玲任何薪酬，宽塔公司并无证据证明李慧玲从旦旦公司取得薪酬，所谓的十万元收入是宽塔公司猜想的。三、宽塔公司主张旦旦公司侵权责任无事实和法律依据。就其对旦旦公司的诉请而言。旦旦公司与宽塔公司的年报电话通信地址和联系电话同一。但不能证明该地址是旦旦公司办公地址，电话是旦旦公司占有。两家公司的网站的办公地址是不同的，而且都不是通信地址。旦旦公司没有实际经营，也没有通信地址和电话，但年报又有此要求，由于李嘉泰的关系，两家公司有些渊源，故填了宽塔公司的电话。但没有证据证明电话是业务专线，也没有证据证明旦旦公司有实际使用该电话。实际情况是，宽塔公司从西湖区搬出后，无处可去，李嘉泰的朋友提供了通信地址上的场所给宽塔公司放东西和落电话机。通信地址并不是宽塔公司的办公地址，宽塔公司也是把该地址作为通信地址而已，电话现已停机。至于宽塔公司主张20万元的损失更是没有提供任何证据，也是其猜想的。李慧玲及李嘉泰领取宽塔公司工资及报销费用系基于两者与宽塔公司的劳动关系，宽塔公司购买万得金融数据分析软件和房屋租赁终止事宜为宽塔公司公司经营行为，均与旦旦公司无关。本案是公司请求公司高管承担侵权责任的给付之诉，系宽塔公司与李慧玲之间的诉讼纠纷，旦旦公司不是本案的适格被告。宽塔公司起诉旦旦公司属于侵占财产一般侵权之诉，与李慧玲的高管损害公司利益之诉是不同的诉讼，宽塔公司将两个不同的诉讼在同案里主张违反法律规定，应当予以驳回诉请。四、宽塔公司注销私募基金管理人牌照和清算的行为系公司经营行为，李慧玲作为高管根据股东会决议执行公司决策并未违反忠实勤勉义务，其行为合法合理。1.李慧玲担任宽塔公司法定代表人、执行董事等职务后，公司未再发行新的基金产品系公司经营行为，并非李慧玲个人行为；基金产品发行受市场行业等各方因素影响，为公司应承担的商业风险。2.胡逸能系公司的风控总监，在公司转让之后即长期缺位，不来上班，不履行风控职责，其还设立多家公司任职，严重违反基金业协会的规定。由于风控总监的不履职和违反规定，公司股东之间矛盾影响公司运营，才导致公司股东会决议注销私募基金管理人资格，以免遭到基金业协会的严厉处罚。宽塔公司通过股东会决议注销公司私募基金管理人牌照，李慧玲作为高管必须执行股东会决议，此均为公司经营行为，并非李慧玲个人行为。3.宽塔公司声称注销基金业协议管理人资格所产生的损失金额并无证据予以证明。五、有关宽塔公司的上诉理由。宽塔公司的上诉事实和理由基本都是一审的重复和反复。其主张的事实和结论大都没有证据证明，基本都是推理和猜测。还有主张调取宽塔公司的会计账簿问题和旦旦的会计账簿问题。本案源起宽塔公司大股东李慧玲和小股东胡逸能纠纷。胡逸能想通过查阅公司账目找到可以打击大股东的内容，因此，无论什么案子都申请调查取证。本案也是如此，李慧玲现不担任宽塔公司任何职务，会计账簿也不在其手中。胡逸能可以通过行使股东知情权查阅账簿。而旦旦公司没有对外营业经营，没有会计账簿。一审法院驳回其调查取证申请合法合理。综上所述，宽塔公司的诉讼请求没有任何事实和法律依据，请求驳回其全部诉讼请求。

宽塔公司向一审法院起诉请求：一、确认李慧玲投资经营旦旦公司的行为违反公司法竞业禁止义务，并立即停止该竞业行为，消除因李慧玲违反竞业禁止义务给宽塔公司造成的恶劣影响；二、李慧玲支付宽塔公司竞业禁止收入10万元；三、旦旦公司将其非法占用的金融数据分析软件、办公电话（系业务专线）等财产性权益归还宽塔公司，并赔偿宽塔公司经济损失20万元；四、李慧玲赔偿宽塔公司因不正当履职恶意注销基金业协会管理人资格所造成的损失100万元；五、李慧玲、旦旦公司承担本案诉讼费、证据保全费1600元以及公证费2500元；六、宽塔公司诉讼代表人胡逸能垫付的律师代理费10万元由宽塔公司承担。诉讼中，宽塔公司变更并明确第三项诉讼请求为：旦旦公司将其非法占用的金融数据分析软件、办公电话（系业务专线）、办公场所租金等财产性权益归还宽塔公司，并赔偿宽塔公司经济损失20万元（包括金融数据分析软件费用80160元，杭州市西湖区现代国际大厦办公场所提前退租违约金19466.67元及工程复员费500元，租赁杭州市萧山区天辰国际广场4幢1614号办公场所的租金、物业费、水电、停车、电话、网络通信、邮寄等费用，李嘉泰于2017年10月领取的工资5119.10元，2017年2月至9月期间李慧玲、李嘉泰向宽塔公司报销费用140856.07元，以上费用暂估为20万元）。

一审法院认定事实：宽塔公司成立于2014年7月29日，住所地为杭州市余杭区仓前街道龙潭路20号4幢548室，注册资本为1000万元，经营范围为“服务：投资管理（未经金融等监管部门批准，不得从事向公众融资存款、融资担保、代客理财等金融服务）”。宽塔公司成立时股东为胡逸能、彭桂英、汤嘉茗、傅卓克，其中胡逸能为法定代表人、职务为执行董事兼总经理。

2017年1月25日，宽塔公司股东变更为胡逸能、李慧玲，其中李慧玲以货币方式认缴出资700万元，占注册资本的70%，胡逸能以货币方式认缴出资300万元，占注册资本的30%，李慧玲为法定代表人，任执行董事兼总经理，胡逸能任监事。

2017年9月22日，宽塔公司与杭州古荡镇庆丰股份经济合作社（以下简称庆丰合作社）签订《终止合同》一份，约定双方在2017年9月6日签订现代国际大厦北座16层（1601室）（电梯1901室）的房屋租赁合同因宽塔公司内部经营调整，于2017年10月7日提前终止，宽塔公司为此支付庆丰合作社违约金19466.67元及工程复原费500元。

2017年9月，宽塔公司与万得公司签订《软件许可及技术服务合同》一份，约定宽塔公司向万得公司订购“WFT金融终端（基础模块）【国内】”产品及“上交所、深交所、中金所”产品各2个，使用期限从2017年11月2日至2018年11月1日，合计费用为80160元。

2018年6月25日，宽塔公司召开股东会会议，形成了《宽塔公司2018年第一次临时股东会决议——关于同意公司注销私募基金管理人登记的决定》，决议同意公司注销私募基金管理人登记。后根据2018年8月21日基金业协会私募基金管理人综合查询显示，宽塔公司已无私募基金管理人登记。

2018年7月25日，宽塔公司的法定代表人变更为罗青，由罗青任执行董事兼总经理。

诉讼中，宽塔公司向本院提交落款日期为2018年8月14日的《宽塔公司召开2018年第二次临时股东会会议的通知》一份，主要载明宽塔公司定于2018年9月3日召开2018年第二次临时股东会会议，审议关于解散公司、公司自作出解散决定之日起停止营业、公司成立由罗青、徐浩键、姜平组成清算组等议案。

该院另认定，1.旦旦公司成立于2017年9月29日，住所地为杭州市上城区元帅庙后88-2号364室，注册资本为1000万元，经营范围为“服务：受托企业资产管理，投资管理（未经金融等监管部门批准，不得从事向公众融资存款、融资担保、代客理财等金融服务）（依法须经批准的项目，经相关部门批准后方可开展经营活动）”。旦旦公司成立时股东为李嘉泰、李慧玲，其中李嘉泰出资额为100万元、持股比例为10%，李慧玲出资额为900万元，持股比例为90%，李慧玲为法定代表人、职务为执行董事兼总经理，李嘉泰任公司监事。2018年3月6日，旦旦公司股东变更为杭州元复投资管理合伙企业（有限合伙）、李慧玲、李嘉泰，法定代表人变更为李嘉泰。

2.诉讼中，李慧玲、旦旦公司向该院提交国家税务总局浙江电子税务局缴款信息查询记录一份，查询结果显示2017年9月29日至2019年2月25日期间，旦旦公司的缴款记录为1条：缴款时间为2018年10月22日，征收项目为个人所得税，征收品目为工资薪金所得，税款种类为代扣代缴税款，税款为72.06元，税款状态为已入库。

3.根据国家企业信用信息公示系统查询显示，宽塔公司2017年度报告与旦旦公司2017年度报告均载明，企业通信地址为浙江省杭州市萧山区北干街道市心北路60号天辰国际广场4幢1416，企业联系电话为0571-87381798。

4.2018年1月至2019年1月期间，宽塔公司仅有李慧玲一人缴纳社保。2017年11月至2019年1月期间，旦旦公司有李嘉泰、姜平、苏苗强等人的社保缴纳记录。

5.罗青与李慧玲系母女关系，李慧玲与李嘉泰系姐弟关系。

该院再认定，1.2018年7月10日，浙江省杭州市钱塘公证处出具（2018）浙杭钱证内字第10258号公证书一份，载明：宽塔公司网页查询显示，宽塔公司的地址为杭州市西湖区天目山路159号现代国际大厦B座1906，电话为0571-87381798；旦旦公司网页查询显示，旦旦公司的地址为中国浙江省杭州市玉皇山南基金小镇白云路20号，电话为0571-87381798；基金业协会私募基金管理人公示信息显示，宽塔公司于2015年6月20日登记为私募基金管理人，管理基金主要类别为私募证券投资基金管理人；公司高管有胡逸能，职务为监事、合规风控，李慧玲，职务为法定代表人、总经理、执行董事、信息填报负责人；成立的基金产品包括宽塔-合鑫稳健对冲一号、宽塔精选主题投资基金二期、宽塔精选主题投资基金三期、宽塔对冲二期私募投资基金；宽塔公司信息最后更新时间为2017年6月12日。

2.2018年9月4日，胡逸能以宽塔公司为被告，李慧玲、罗青为第三人向该院提起诉讼，要求确认《杭州宽塔投资管理有限公司2018年第一次临时股东会决议——关于同意公司注销私募基金管理人登记的决定》等三份股东会决议不成立，该院经审理后于2018年11月20日作出（2018）浙0110民初14953号民事判决，认定前述股东会决议经代表70%表决权股东表决通过，股东会会议的召集程序、出席人数、表决方式均未违反法律、行政法规、公司章程的规定，故判决驳回胡逸能的全部诉讼请求。宣判后，胡逸能提起上诉，本院经审理后认定前述三份股东会决议并不存在《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（四）》第五条规定的情形，于2019年3月28日作出（2019）浙01民终64号民事判决，判决驳回胡逸能的上诉，维持原判。

3.诉讼中，宽塔公司曾向该院申请对宽塔公司自2017年1月以来的会计账簿、旦旦公司自成立以来的会计账簿及李慧玲的收入情况进行证据保全，并认为前述证据保存于杭州市萧山区北干街道市心北路60号天辰国际广场4幢1416号。李慧玲、旦旦公司向该院陈述称旦旦公司自成立以来未实际经营，亦未制作会计账簿，李慧玲自2018年7月不再管理宽塔公司，不清楚宽塔公司的会计账簿在何处，前述位于萧山区的地址并非宽塔公司、旦旦公司的经营地址，仅是为收寄信件需要填写的通信地址。经调查，杭州萧山房产物业管理有限公司于2019年1月28日向该院出具《说明函》一份，载明：“经查，我司无宽塔公司、旦旦公司租赁杭州市萧山区经济技术开发区市心北路60号天辰国际广场4幢1416室的租赁合同及其发票和支付凭证。”

4.胡逸能因本案诉讼而支出律师代理费100000元、公证费2500元、证据保全担保费1600元。

一审法院认为：本案中宽塔公司提出的相关证据保全申请，因公司的会计账簿不属于可能灭失或者以后难以取得的证据，且宽塔公司未提供关于宽塔公司、旦旦公司会计账簿下落的有效线索，故对该证据保全申请该院不予准许。本案的争议焦点有三，其一，李慧玲有无违反公司董事、高级管理人员的忠实、勤勉义务，存在竞业禁止行为；其二，李慧玲是否应对宽塔公司注销私募基金管理人登记承担赔偿责任；其三，旦旦公司是否存在侵害宽塔公司利益的行为。

关于争议焦点一，首先，李慧玲于2017年1月25日至2018年7月25日期间担任宽塔公司执行董事兼总经理，于2017年9月29日至2018年3月6日担任旦旦公司执行董事兼总经理，宽塔公司与旦旦公司工商登记的经营范围存在“投资管理”业务上的重叠，但宽塔公司未提供有效证据证明旦旦公司开展了“投资管理”业务，结合旦旦公司未获得私募基金管理人登记，无法发行基金产品，税务缴款信息查询未显示旦旦公司除代扣代缴个人所得税以外的其他纳税记录等事实，现仅凭旦旦公司官方网页宣传信息、社保缴纳记录等证据不足以证明李慧玲利用职务便利谋取了属于宽塔公司的商业机会；其次，李慧玲现已不再担任宽塔公司的法定代表人、董事、高级管理人员等与公司经营管理直接相关的职务，故宽塔公司关于要求李慧玲停止竞业行为的诉请缺乏事实基础；第三，宽塔公司主张李慧玲因违反公司法第一百四十八条规定的“所得的收入”10万元应当归宽塔公司所有，诉讼中宽塔公司确认该10万元系根据李慧玲的年收入情况估算得出，而并未提供有效证据证明。综上，宽塔公司关于要求确认李慧玲违反竞业禁止义务，要求李慧玲立即停止竞业行为，消除因违反竞业禁止义务给宽塔公司造成的影响，及李慧玲支付宽塔公司竞业禁止收入10万元的诉请主张，无事实与法律依据，该院不予支持。

关于争议焦点二，宽塔公司主张李慧玲恶意注销宽塔公司私募基金管理人登记，并要求李慧玲赔偿损失100万元。根据已查明的事实，宽塔公司于2018年6月25日召开宽塔公司2018年第一次临时股东会，表决通过《杭州宽塔投资管理有限公司2018年第一次临时股东会决议——关于同意公司注销私募基金管理人登记的决定》，该决议合法有效，宽塔公司注销私募基金管理人登记系依据公司股东会决议而为，并非李慧玲个人行为，且宽塔公司未提供有效证据证明注销私募基金管理人登记给其造成的实际损失，故对宽塔公司的该项诉请主张，该院不予支持。

关于争议焦点三，宽塔公司要求旦旦公司返还其非法占有的金融数据分析软件、办公电话（业务专线）、办公场所租金等财产性权益，并赔偿宽塔公司经济损失20万元，诉讼中，宽塔公司明确该经济损失20万元包括宽塔公司支出的金融数据分析软件费用、提前退租违约金、租赁位于萧山区天辰国际广场办公场地的租金费用、李嘉泰领取的工资及李慧玲、李嘉泰的报销费用等。其一，宽塔公司与万得公司签订案涉《软件许可及技术服务合同》，约定由宽塔公司向万得公司购买软件，使用期限自2017年11月2日至2018年11月1日，现宽塔公司并未提供有效证据证明旦旦公司实际占用了其所购买金融数据分析软件，且该软件使用期限已届满，故宽塔公司要求旦旦公司返还该软件并赔偿相应损失的主张无事实与法律依据；其二，虽旦旦公司在其网页及2017年度报告中记载的联系电话“0571-87381798”与宽塔公司对外公示的联系电话一致，但宽塔公司未提供有效证据证明联系电话“0571-87381798”归其所有，及旦旦公司在其网页及2017年度报告中使用该联系电话给宽塔公司造成的实际损失；其三，宽塔公司与庆丰合作社签订的《终止合同》系宽塔公司经营过程中的行为，未有证据证明与旦旦公司相关，宽塔公司要求旦旦公司对该《终止合同》项下的违约金及工程复原费承担赔偿责任无事实与法律依据；其四，虽宽塔公司、旦旦公司在2017年度报告中均将“浙江省杭州市萧山区北干街道市心北路60号天辰国际广场4幢1416”作为企业通信地址，但通信地址并不当然为实际办公地址，现无证据证明宽塔公司租赁了该场所且旦旦公司实际占用该场所，故宽塔公司要求旦旦公司返还办公场所租金、物业费等相关费用的主张无事实与法律依据；其五，现未有证据证明李嘉泰从宽塔公司领取的工资及李慧玲、李嘉泰从宽塔公司领取的报销费用与旦旦公司相关，宽塔公司要求旦旦公司赔偿该费用无事实与法律依据。综上，宽塔公司要求旦旦公司返还其非法占有的金融数据分析软件、办公电话（业务专线）、办公场所租金等财产性权益，并赔偿宽塔公司经济损失20万元的诉请主张，无事实与法律依据，该院不予支持。

综上，该院认为，宽塔公司提供的证据不足以证明其事实主张，应当承担不利的后果，其相关诉请主张依据不足，该院不予支持。同时，宽塔公司关于要求李慧玲、旦旦公司承担证据保全担保费、公证费的诉请主张及要求宽塔公司承担本案律师代理费的诉请主张，无事实与法律依据，该院亦不予支持。李慧玲、旦旦公司的相关抗辩意见，合理部分，该院予以采纳。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，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条规定，判决：驳回宽塔公司的全部诉讼请求。一审案件受理费16522元，由宽塔公司负担。

本院二审期间，宽塔公司向本院提交旦旦公司的《小企业会计准则资产负债表》及《小企业会计准则利润表月报》，以证明旦旦公司已经实际开展经营。李慧玲、旦旦公司未提交新的证据材料，其对旦旦公司提交的证据的真实性无异议，但对其关联性和证明目的有异议，根据该证据恰恰能够证明旦旦公司并没有进行经营。本院对该证据的真实性予以确认，该证据反应了旦旦公司2018年10月至2018年12月的财务状况，且从两份报表内容分析，并不能证明旦旦公司在此期间正常经营的事实。

本院经审理认定的事实与一审认定的事实一致。本院另查明，宽塔公司于2017年3月2日发行宽塔对冲二期私募投资基金后，未再发行新的私募基金产品。在宽塔公司2018年6月25日作出注销私募基金管理人登记的股东会决定之前，宽塔公司因未按要求按时提交经审计的年度财务报告，已被中国证券投资基金业协会列为异常机构。

本院认为，本案为损害公司利益责任纠纷，根据宽塔公司起诉的诉讼请求，其主张李慧玲存在违反竞业禁止义务、恶意注销宽塔公司基金业协会管理人资格两项损害公司利益的行为。对此，本院具体分析如下：

第一，关于李慧玲是否存在竞业禁止行为。本院认为，董事、高级管理人员负有忠实义务，未经股东会或者股东大会同意，不得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。据此，构成竞业禁止的前提要件是董事、高级管理人员所任职的公司与其自营或为他人经营的公司之间存在竞争关系。本案中，在未经宽塔公司股东会同意的情况下，时任公司执行董事兼总经理的李慧玲，自2017年9月29日至2018年3月6日期间又担任了旦旦公司的执行董事兼总经理。诚然，宽塔公司与旦旦公司的营业范围均包括了“投资管理”，但是结合本案的实际情况，本院认为，两公司在业务上尚未形成竞争关系，理由如下：首先，宽塔公司于2015年6月20日在中国证券投资基金业协会登记为私募证券投资基金管理人，先后成立、发行过四期私募基金产品，其主营业务是私募基金产品的发行和运作；而旦旦公司虽然也以投资管理为经营范围，但其并未取得私募证券投资基金管理人资格，无法发行私募基金产品，故根据现有的证据材料并不足以证明旦旦公司开展了与宽塔公司类似的或相同的业务。其次，宽塔公司于2017年3月2日发行宽塔对冲二期私募投资基金后未再发行新的产品，未拓展新的业务，公司其后的主要经营事项是继续运作及清理已发行的产品；而旦旦公司设立于2017年9月29日，根据李慧玲一审提交的税务查询结果以及宽塔公司二审提交的旦旦公司资产负债表和利润表，旦旦公司至今尚未开展正常的营业活动。因此，宽塔公司与旦旦公司经营的具体业务不同，且旦旦公司至今未正常营业，两公司还无法形成竞争关系，宽塔公司上诉认为李慧玲的行为构成竞业禁止的主张，无事实依据。同时，根据现有有效证据也不足以证明李慧玲存在篡夺公司机会的行为，宽塔公司认为李慧玲作为公司董事、高级管理人员损害公司利益的主张不能成立，对其该项上诉请求本院不予支持。

第二，关于李慧玲是否存在恶意注销宽塔公司基金业协会管理人资格的行为。本院认为，公司股东应当遵守法律、行政法规和公司章程，依法行使股东权利，不得滥用股东权利损害公司的利益。故，构成股东损害公司利益行为的要件之一为损害结果的客观存在。本案中，宽塔公司的主营业务是发行私募基金产品，登记为私募基金管理人确系公司开展经营活动所必须具备的条件。但是，根据已查明的事实，宽塔公司自2017年4月至今，已未再发行新的私募基金产品；在2018年6月25日公司临时股东会作出决定注销公司私募基金管理人登记的决议之前，宽塔公司已被中国证券投资基金业协会列为异常机构，且根据现有证据尚不足以证明应由李慧玲个人对此负责；2018年8月14日，宽塔公司执行董事罗青召集全体股东于2018年9月3日召开临时股东会决议，审议关于解散公司等议案。据此，宽塔公司因自身原因，早已停止发行新的私募基金产品，已发行的产品亦陆续清盘，公司股东也准备通过解散公司、进行清算、最终注销公司法人资格，故宽塔公司已不再需要具备私募基金管理人资格，且宽塔公司早已被中国证券投资基金业协会列为异常机构，其私募基金管理人登记存有瑕疵。在此背景下，李慧玲行使股东权利，投票赞成公司注销私募基金管理人登记，是正常行使其股东权利的行为，根据现有证据也不能证明该行为造成了损害公司利益的后果。因此，宽塔公司上诉认为李慧玲恶意注销宽塔公司基金业协会管理人登记，损害公司利益的主张，无事实依据，本院不予支持。

至于宽塔公司提出的要求旦旦公司将其非法占用的财产性权益归还宽塔公司等的诉讼请求，因所涉的法律关系与损害公司利益责任系不同的法律关系，本应另案处理。但因一审法院已对此作出实体处理，考虑到节省诉讼资源、减少当事人讼累等因素，本院对一审法院的合并审理予以认可。针对宽塔公司的该项诉讼请求，一审法院已逐一详细分析，其结论正确，对此本院不再赘述。宽塔公司的该部分诉请，无事实与法律依据，本院不予支持。

综上，一审判决认定事实基本清楚，实体处理正确，本院依法予以维持。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16522元，由杭州宽塔投资管理有限公司负担。

本判决为终审判决。

审判长　　徐鸣卉

审判员　　魏之薏

审判员　　梁　琦

二〇一九年十一月十五日

书记员　　王路洋