广西壮族自治区贵港市中级人民法院

民 事 判 决 书

（2018）桂08民终646号

上诉人(原审原告)：贵港金朝阳城市管网建设管理有限公司，住所广西贵港市港北区金港大道935号阳光财富中心813号房。统一社会信用代码：91450800745137490F。

法定代表人：李根洪，董事长。

委托诉讼代理人：陈晓婷，女，该公司工作人员。

被上诉人(原审被告)：龙泽宜，男，1965年7月23日出生，汉族，住广西贵港市港北区。

被上诉人(原审被告)：陈正茂，男，1975年5月10日出生，汉族，住广西贵港市港北区。

被上诉人(原审被告)：张鹏，男，1987年2月10日出生，汉族，住广西贵港市港北区。

被上诉人(原审被告)：贵港市兴荷市政工程有限公司，住所广西贵港市港北区桂林路728号东方巴黎3幢905号。统一社会信用代码：914508023403916777。

法定代表人：谭雪丽，董事长。

上列被上诉人陈正茂、张鹏、贵港市兴荷市政工程有限公司的共同委托诉讼代理人：龙泽宜，男，住广西贵港市港北区。

上诉人贵港金朝阳城市管网建设管理有限公司（以下简称贵港金朝阳公司）因与被上诉人龙泽宜、陈正茂、张鹏、贵港市兴荷市政工程有限公司（以下简称兴荷公司）损害公司利益责任纠纷一案，不服广西壮族自治区贵港市港北区人民法院（2017）桂0802民初4825号民事判决，向本院提起上诉。本院于2018年5月2日立案后，依法组成合议庭，于2018年7月11日公开开庭进行了审理。上诉人金朝阳公司的委托诉讼代理人陈晓婷、被上诉人龙泽宜（亦是被上诉人陈正茂、张鹏、兴荷公司的共同委托诉讼代理人）到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

贵港金朝阳公司上诉请求：撤销一审判决，改判龙泽宜赔偿因谋取其公司商业机会造成其经济损失1293567元；改判龙泽宜谋取的上述收入归其所有；改判陈正茂、张鹏、兴荷公司因共同侵权与龙泽宜承担连带赔偿责任。事实和理由：首先，一审法院已经认定龙泽宜利用在其公司担任副总经理职务的便利向兴荷公司中标提供便利，却没有进一步查明和认定龙泽宜的行为给其公司造成的损失以及龙泽宜因侵权行为取得的收入，属于认定事实不清。其因龙泽宜的侵权行为丧失了中标贵港市公安局交通警察支队交通信号灯地下管道服务采购工程（以下简称交警信号灯工程）的商业机会，其损失即为投标金额1293567元。退一步而言，即使不能认定其公司的实际损失，也应判令将龙泽宜因侵权行为谋取的收入归其公司所有。其次，陈正茂、张鹏、兴荷公司与龙泽宜共同实施了损害其公司利益的行为，应当与龙泽宜承担连带赔偿责任。综上所述，一审判决错误，请求二审法院依法改判。

龙泽宜、陈正茂、张鹏、兴荷公司辩称，首先，龙泽宜与金朝阳（中国）有限公司、广州金穗阳光缆通信发展有限公司签订的《保密协议》属于无效协议，该协议对龙泽宜没有约束力。其次，兴荷公司参与交警信号灯工程的投标是经过贵港金朝阳公司审批同意的，且贵港金朝阳公司已经收取约定的挂靠投标服务费，因此，龙泽宜不存在违反贵港金朝阳公司规章制度或者欺骗公司的行为。并且，贵港金朝阳公司于2015年后即已实质放弃管网业务经营，涉案的招标工程并非其经营范围。综上所述，一审判决正确，请求二审法院驳回上诉，维持原判。

贵港金朝阳公司向一审法院起诉请求：判令龙泽宜、陈正茂、张鹏、兴荷公司赔偿其经济损失1293567元。

一审法院认定事实：贵港金朝阳公司于2004年4月16日成立，经营范围为对贵港市信息地下共用管网及相关配套设施的管理和维护，管网工程设计咨询服务等。其控股股东为盛阳铁塔有限公司。盛阳铁塔有限公司原名金朝阳基建有限公司，金朝阳基建有限公司更名前名称为金朝阳（中国）有限公司。龙泽宜自2003年10月13日起在广州金朝阳城市管网建设有限公司工作，2004年2月5日转正,并分别于落款日期为2013年7月1日、2004年1月1日当天签订《劳动合同》。广州金朝阳城市管网建设有限公司原名广州金穗阳光缆通信发展有限公司，后者由金朝阳（中国）有限公司设立。2003年10月13日，龙泽宜（乙方）与金朝阳（中国）有限公司、广州金穗阳光缆通信发展有限公司（并作为甲方）签订《保密协议》，内容为：甲方有权要求包括乙方在内的所有员工必须执行公司的《保密制度》，根据本协议，甲方拥有追诉和追索乙方违约责任的权利，乙方同意条件执行公司《保密制度》，并从法律和经济等方面承担违反制度和本协议给甲方所造成的一切损失；乙方在甲方公司工作期间，不利自行复制甲方的技术资料和商业资料，也不得在履行职务之外使用公司资料或秘密信息；如乙方被甲方调派往甲方集团内其他附属公司（该附属公司）工作，乙方仍需受本协议之约束，而本协议及其一切附件之条文将适用于该附属公司，该附属公司将被视作甲方之一部分成为本协议之一方，获得本协议之一切权利。2005年7月1日，金朝阳（中国）有限公司任命龙泽宜为贵港金朝阳公司副总经理，负责主持公司日常工作。2011年11月8日，陈正茂与贵港金朝阳公司签订《劳动合同书》，担任贵港金朝阳公司工程部工程主管，2012年8月23日，张鹏与贵港金朝阳公司签订《劳动合同书》，担任贵港金朝阳公司工程部工程管理。2016年9月2日，贵港市公安局交通警察支队发布交通信号灯地下管道服务采购公开招标公告，此后，贵港金朝阳公司参与该项目投标，投标金额为1293567元，并授权张鹏参与投标。2016年9月6日，张鹏以参与招投标项目为由提交《用章申请表》申请盖章，龙泽宜在该申请表上书写“同意。如投标成功可收取15%挂靠费（含税费、管理费等），不成功也可获5000元参投收益。同意申请用章”。另有黄江、林瑞彬等管理人员在该表上书写“同意”。2016年9月23日，广州日昇通信科技有限公司转账5000元给贵港金朝阳公司。兴荷公司于2015年4月7日成立，经营范围为市政公用设施维修工程、城市地下管网及道路照明工程等。股东为陈正茂、龙泽宜、张鹏。2016年9月26日，兴荷公司参与上述招投标项目，并最终中标，中标金额为1267195元。2017年9月18日，盛阳铁塔有限公司发出《关于停止管网新建业务的通知》，要求各子/分公司自通知发布之日起，除柳州公司外，其他公司停止一切管网新建业务。贵港金朝阳公司认为龙泽宜、陈正茂、张鹏是其高级管理人员，即使陈正茂、张鹏不属于高级管理人员，也与龙泽宜利用兴荷公司共同实施侵害公司利益的行为，应依据《中华人民共和国公司法》（以下简称公司法）第一百四十七条、第一百四十条的规定承担连带责任，并坚持其诉讼请求。

一审法院认为，损害公司利益责任纠纷，是指公司股东滥用股东权利或者董事、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，给公司造成损失而发生的纠纷。公司法第二百一十六条第（一）项规定，高级管理人员，是指公司的经理、副经理、财务负责人、上市公司董事会秘书和公司章程规定的其他人员。现根据已查明事实，龙泽宜作为贵港金朝阳公司的副总经理，属于上述法律规定的高级管理人员,主体适格，陈正茂、张鹏、兴荷公司并非贵港金朝阳公司的高级管理人员或者上述其他类型人员，故贵港金朝阳公司要求陈正茂、张鹏、兴荷公司承担损害公司利益责任属主体资格不符，依法驳回其对陈正茂、张鹏、兴荷公司的诉讼请求。《保密协议》系龙泽宜与金朝阳（中国）有限公司、广州金穗阳光缆通信发展有限公司签订，龙泽宜未能举证证明系受到胁迫或者欺诈而签订，协议内容没有违反法律与行政法规的强制性规定，应认定为合法有效。龙泽宜作为贵港金朝阳公司副总经理，负责主持公司日常工作期间，于2015年4月7日与陈正茂、张鹏成立与贵港金朝阳公司经营同类业务的兴荷公司、违反公司法一百四十八条第（五）项的规定，另外，龙泽宜在贵港金朝阳公司参与招投标期间，掌握了金朝阳公司的投标信息，同时其与张鹏、陈正茂作为股东的兴荷公司也参与该项目的投标并最终中标，基于龙泽宜的身份及任职情况，应认定龙泽宜利用其掌握贵港金朝阳公司的资料或者秘密信息，给兴荷公司中标提供便利、其行为违反了《保密协议》的约定和忠实义务，损害了贵港金朝阳公司的利益。但是金朝阳公司是否中标受多种因素影响，龙泽宜上述行为并不必然导致金朝阳公司不能中标，且中标金额并不能证明贵港金朝阳公司的损失或者龙泽宜因违反上述义务而取得的收入，故贵港金朝阳公司请求龙泽宜等按投标金额赔偿1293567元赔偿其损失证据不足，依法不予支持。依照公司法第一百四十七条、第一百四十八条、第二百一十六条、《中华人民共和国民事诉讼法》第六十五条、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第九十条的规定，判决如下：驳回贵港金朝阳公司的诉讼请求。

二审中，贵港金朝阳公司提交《信号灯管道费用利润分析表》，拟证明若由其按照兴荷公司的报价中标交警信号灯工程，其预期可获得的利润为411690.4元。被上诉人对该证据不予认可，认为贵港金朝阳公司计算的利润偏高，预期可获得的利润应为中标金额的20%—25%之间。龙泽宜提交其与广州金朝阳城市管网建设有限公司签订的五份《劳动合同》（2005年7月1日—2013年6月30日），拟证明除了2003年其与金朝阳（中国）有限公司、广州金穗阳光通信发展有限公司签订有《保密协议》之外，之后其与广州金朝阳城市管网建设有限公司签订的劳动合同均未附有保密协议，因此，2003年签订的《保密协议》对其不再具有约束力。贵港金朝阳公司对该五份劳动合同的真实性无疑义，但对龙泽宜的证明目的不予认可。本院对上述证据认定如下：贵港金朝阳公司提供的《信号灯管道费用利润分析表》系由其单方制作，因该利润分析未经第三方鉴定机构予以鉴定，且被上诉人对该证据的客观真实性亦不予认可，因此，本院对该证据不予采信；对于龙泽宜提供的五份《劳动合同》的真实性予以确认，但该五份《劳动合同》不附有《保密协议》并不能否定龙泽宜2003年与金朝阳（中国）有限公司、广州金穗阳光通信发展有限公司签订的《保密协议》的效力，因此，本院对龙泽宜的证明主张不予采信。

经审理查明，一审法院查明的事实属实，本院予以确认。

根据诉辩双方的主张，归纳本案争议焦点为：1.龙泽宜、陈正茂、张鹏、兴荷公司应否赔偿贵港金朝阳公司的经济损失；2.贵港金朝阳公司因龙泽宜的损害公司利益行为造成的损失应为多少。

本院认为：

对于第一个争议焦点问题。首先，对于龙泽宜作为贵港金朝阳公司的高级管理人员，其违反公司法第一百四十八条第一款第五项的规定，成立兴荷公司自营与贵港金朝阳公司同类业务，以及龙泽宜在本案中利用其掌握贵港金朝阳公司投标信息使其经营的兴荷公司中标交警信号灯工程，损害贵港金朝阳公司利益的事实，一审法院已经予以查明和认定。本案中，当事人并未对一审法院认定的龙泽宜损害贵港金朝阳公司利益的事实提出上诉，本院予以维持。对于陈正茂、张鹏、兴荷公司，因不属于贵港金朝阳公司的董事、监事或者高级管理人员，一审法院认定其不属于损害贵港金朝阳公司公司利益的适格主体正确，本院予以维持。因本案是损害公司利益之诉，有别于普通的侵权之诉，法律对于侵权主体有着明确规定，因陈正茂、张鹏、兴荷公司不是损害贵港金朝阳公司公司利益的适格主体，因此，贵港金朝阳公司诉请陈正茂、张鹏、兴荷公司与龙泽宜对其承担连带赔偿责任缺乏法律依据，本院依法不予支持。其次，根据公司法第一百四十八条第一款第五项及第二款“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”的规定，龙泽宜利用其掌握贵港金朝阳公司的招标信息使其经营的兴荷公司中标交警信号灯工程所获得的收入应当归贵港金朝阳公司所有，但是，本案中，贵港金朝阳公司并不能证明龙泽宜因上述损害公司利益行为所获得的收入情况，因此，贵港金朝阳公司公司请求判令将龙泽宜所获得的收入归其所有证据不足，一审法院不予支持正确，本院予以维持。再次，根据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”的规定，龙泽宜就其损害贵港金朝阳公司利益的行为应当承担赔偿责任。

对于第二个争议焦点问题。本案中，因龙泽宜利用其掌握贵港金朝阳公司参与交警信号灯工程投标的投标信息，使其经营的兴荷公司以稍低于贵港金朝阳公司的投标报价中标，导致贵港金朝阳公司不能中标，未能获得预期中标的收益，造成了经济损失，因此，龙泽宜就其损害贵港金朝阳公司公司利益的行为应当赔偿贵港金朝阳公司中标的预期可获得经济损失。对于贵港金朝阳公司预期可获得的收益应如何确定问题。虽然贵港金朝阳公司提供了《信号灯管道费用利润分析表》，但因该利润的计算是其单方计算，并未经过第三方鉴定机构进行鉴定，该利润数额缺乏客观性，因此，不能据此确认贵港金朝阳公司预期可获得的利润数额。本案中，根据龙泽宜提供的贵港金朝阳公司OA办公系统的《用章申请表》以及卢勇光向贵港金朝阳公司支付的5000元陪标费《收据》，证明贵港金朝阳公司是允许他人挂靠去参与交警信号灯工程的投标，若以贵港金朝阳公司名义中标，贵港金朝阳公司可以获得的收益即为中标金额的15%。据此，应确认若贵港金朝阳公司以其投标报价1293567元中标涉案的交警信号灯工程，则贵港金朝阳公司预期可得的收益是中标金额的15%即194035.05元。又因为贵港金朝阳公司已经收取了卢勇光支付的未中标费用5000元，则贵港金朝阳公司未中标交警信号灯工程预期可获得的收益损失应为189305.05元（194035.05元－5000元）。因此，龙泽宜因其损害贵港金朝阳公司公司利益行为应当赔偿贵港金朝阳公司的经济损失189305.05元。一审法院不予支持贵港金朝阳公司的赔偿请求不当，本院依法予以纠正。

综上所述，金朝阳公司的上诉请求部分成立，本院予以部分支持；一审判决认定事实清楚，但适用法律不当，本院依法予以纠正。依照《中华人民共和国公司法》第一百四十九条、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第二项规定，判决如下：

一、撤销广西壮族自治区贵港市港北区人民法院（2017）桂0802民初4825号民事判决；

二、龙泽宜赔偿贵港金朝阳城市管网建设管理有限公司经济损失189305.05元；

三、驳回贵港金朝阳城市管网建设管理有限公司的其他诉讼请求。

上述金钱给付义务，义务人应于本案判决生效之日起十日内履行完毕，逾期则应依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条的规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。权利人可在本判决确定的履行期限最后一日起二年内，向广西壮族自治区贵港市港北区人民法院或者被执行人财产所在地的基层人民法院申请执行。

一审案件受理费、财产保全费合计13221元，由贵港金朝阳城市管网建设管理有限公司负担3221元，由龙泽宜负担10000元；二审案件受理费16442元（贵港金朝阳城市管网建设管理有限公司已预交16442元），由贵港金朝阳城市管网建设管理有限公司负担6442元，由龙泽宜负担10000元，贵港金朝阳城市管网建设管理有限公司多预交的10000元，由本院予以退回。

本判决为终审判决。

审判长　　刘立技

审判员　　马荣兴

审判员　　陆志然

二〇一八年八月二日

法官助理徐魏玲

书记员黄延肖