重庆市渝北区人民法院

民 事 判 决 书

（2017）渝0112民初8337号

原告：重庆中汽西南汽车（集团）有限公司，住所地重庆市经济技术开发区经开园金渝大道99号，统一社会信用代码915000002031050482。

法定代表人：唐永锜，总经理。

委托诉讼代理人：周鹏，中豪律师集团（重庆）律师事务所律师。

委托诉讼代理人：余越，中豪律师集团（重庆）律师事务所律师。

被告：谢勇，男，1962年8月18日出生，汉族，住重庆市渝中区。

委托诉讼代理人：杨梦婕，北京大成（重庆）律师事务所律师。

委托诉讼代理人：郭浩，北京大成（重庆）律师事务所律师。

第三人：重庆汽博实业有限公司，住所地重庆市经济技术开发区经开园金渝大道99号1幢1单元29层，统一社会信用代码915000006608873991。

法定代表人：刘焱，董事长。

原告重庆中汽西南汽车（集团）有限公司与被告谢勇、第三人重庆汽博实业有限公司损害公司利益责任纠纷一案，本院于2017年4月17日立案受理后，依法适用简易程序公开开庭进行了审理。原告委托诉讼代理人周鹏、余越、被告委托诉讼代理人杨梦婕、郭浩到庭参加诉讼，第三人重庆汽博实业有限公司经本院依法传票传唤未到庭参加诉讼，本院依法缺席审理。本案现已审理终结。

重庆中汽西南汽车（集团）有限公司向本院提出诉讼请求：1、判令被告立即停止从事与原告存在同业竞争的行为，退出第三人的全部经营活动；2、判令被告立即将从第三人处所获得的全部收入10万元归原告所有；3、诉讼费由被告承担。事实和理由：原告重庆中汽西南汽车（集团）有限公司于1998年7月8日成立，经营范围为：销售汽车及配件、摩托车及配件、建筑材料（不含化学危险品）、金属材料（不含稀贵金属）、橡胶制品；加工汽车配件及摩托车配件（不含发动机）、金属结构件（不含罐体）；房屋租赁，物业管理（凭资质证执业）；从事汽车相关业务的咨询及服务；设计、制作、代理、发布国内外广告；仓储服务（不含危险化学品）。被告谢勇自2007年7月至2014年12月8日期间担任原告董事兼总经理，自2014年12月9日起担任原告董事。被告谢勇于2007年6月8日出具《不竞争业务承诺函》，明确承诺不会以任何方式联合经营一个原告的竞争者或作为原告的竞争者从事业务。第三人重庆汽博实业有限公司成立于2003年12月2日，被告谢勇自2014年12月12日起担任第三人的董事长暨法定代表人。第三人经营范围为：组织汽车博览展示，销售汽车（不含九座及以下乘用车）、汽车配件，汽车美容装饰，汽车租赁，市场房屋、设施的出售、出租，市场综合管理及配套服务，汽车保养服务，二手车经纪服务、置换，机动车信息咨询，房地产开发，商品房销售、租赁，二手房买卖，设计、制作、代理、发布国内外广告，销售汽车用品，代办机动车年检、机动车登记注册、转入转出、过户，驾驶证年审、换证。2016年6月15日，第三人变更经营范围为：组织汽车博览展示，销售汽车（不含九座及以下乘用车）、汽车配件，汽车美容装饰，汽车租赁，市场房屋、设施的出售、出租，市场综合管理及配套服务，汽车保养服务，二手车经纪服务、置换，机动车信息咨询，房地产开发，商品房销售、租赁，二手房买卖，设计、制作、代理、发布国内外广告，销售汽车用品，代办机动车年检、机动车登记注册、转入转出、过户，驾驶证年审、换证；停车场管理服务。同时，第三人公司实际上也一直在与原告经营场所相邻的范围内直接或者与他人联合从事与原告存在直接市场竞争的经营活动，对原告的正常经营造成了严重的影响。综上所述，原告认为被告谢勇作为原告的董事，依法对原告负有勤勉尽责、同业禁止和忠实的法律义务，但被告谢勇在担任原告董事期间，同时担任与原告存在同业竞争关系的第三人的股东和高级管理人员，经原告多次要求仍拒绝纠正，其行为已严重违反了上述法律义务，给原告的商业秘密和商业利益造成了严重的损害和恶劣的社会影响。原告有权要求被告立即停止从事与原告存在同业竞争的行为，并对其因从事同业竞争所获得的全部收入行使归入权，故诉至来院。

谢勇辩称，原告的起诉状中部分事实与客观不符。首先，原告诉称谢勇从2007年起至2014年8月担任公司董事与事实不符，事实上被告谢勇从2001年起就开始担任原告的董事，从2007年到2014年担任原告总经理。其次，原告诉称被告谢勇出具了不竞争义务承诺函也与事实不符，被告谢勇没有出具过该承诺函。一、2003年-2007年期间，原告系第三人的股东，原告自始就知晓第三人的经营范围。根据工商档案显示，2003年，原告与其他股东共同设立第三人公司，原告持有第三人公司40%股权，也即原告曾系第三人公司发起人，自始就知晓第三人公司的经营范围。二、谢勇自2003年起开始担任原告的法定代表人、董事，且自2003年开始经原告公司选举担任第三人公司董事，为此，谢勇担任第三人公司董事并未违反公司法关于董事、监事、高管同业禁止的情形。1、自2001年起，谢勇开始担任原告公司的董事，后陆续担任原告公司的董事长、总经理等，自2014年仅担任原告公司的董事。2、谢勇担任第三人公司董事情况。因原告公司系第三人公司的发起人，谢勇经原告公司选举成为第三人公司董事，其任职行为显然经过原告同意。基于上述事实，原告自始知晓第三人公司的经营范围，谢勇经原告公司选举担任汽博公司董事，并未违反同业禁止义务。三、原告并未举示充分证据，证明第三人公司与原告公司存在同业竞争，其应当承担举证不力的法律后果。根据民事诉讼法所确立的“谁主张、谁举证”的原则，原告公司应当对汽博公司与其存在同业竞争负有举证义务。就原告已举示证据而言，其举示的证据不具有证明力，具体而言：1、原告举示的该公司工商档案中所反映的经营范围与第三人公司经营范围并不完全相同。2、判断“同业竞争”不能简单从工商登记经营范围判断，同业竞争更重要的是依照“实质重于形式”的原则，应当从双方所从事业务的近似程度和市场上的竞争状况进行判断；在认定步骤和逻辑上，应当先认定“同业”，然后再认定“竞争”，若双方在业务上无任何相同或相似之处，则可认定为不存在同业竞争；若存在相同或相似之处，也并非一定存在同业竞争，需结合公司的实际情况作出认定。同时，要关注是否存在直接竞争、替代关系，是否存在利益和商业机会的冲突，是否用了同样的商号、商标、原料、销售渠道、经销商、供应商等，其中，所提供的产品或服务在功能用途等方面是否具有可替代性。基于上述，原告举示的证据并不能证明第三人公司与原告公司存在同业竞争，应当承担举证不力的法律后果。综上所述，原告公司与第三人公司构成关联企业，谢勇基于关联企业的安排，担任第三人公司董事，并未违反法律规定。同时，原告并未举示充分证据，证明第三人公司与其存在同业竞争，应当承担举证不力的法律后果，其诉讼请求没有事实及法律依据，应当不予支持。

重庆汽博实业有限公司未作答辩。

当事人围绕诉讼请求依法提交了证据，本院组织当事人进行了举证、质证，对当事人无异议的证据，本院予以确认并在卷佐证，对有争议的证据，本院认定如下：1、对原告举示的重庆中汽西南汽车（集团）有限公司工商信息资料、《收购协议》、重庆汽博实业有限公司工商信息资料的三性予以确认，本院依法予以采信；对原告举示的照片、手机截屏证据，因系打印件，无法核实其真实性，且与本案不具有关联性，无法达到原告的证明目的，本院不予采信；2、对被告举示的重庆中汽西南汽车（集团）有限公司工商资料、重庆汽博实业有限公司工商资料证据三性予以确认，本院依法予以采信。

根据当事人陈述和经审查确认的证据，本院认定事实如下：

重庆中汽西南汽车（集团）有限公司于1998年7月8日注册成立，公司设立时名称为重庆中江物业发展有限公司，于2001年9月12日变更为重庆中汽西南汽车有限公司，于2013年8月13日变更为重庆中汽西南汽车（集团）有限公司。公司成立后对经营范围进行了三次变更，2011年11月18日变更后的经营范围为：销售汽车（不含九座及以下乘用车）及配件销售、摩托车及配件、建筑材料、金属材料（不含稀贵金属）、橡胶制品，加工汽车配件及摩托车配件（不含发动机）、金属结构件（不含罐体）；物业管理（按资质核定事项从事经营），从事汽车相关业务的咨询及服务，设计、制作、代理、发布国内外广告。2013年2月20日变更后的经营范围为：销售汽车（不含九座及以下乘用车）及配件销售、摩托车及配件、建筑材料、金属材料（不含稀贵金属）、橡胶制品，加工汽车配件及摩托车配件（不含发动机）、金属结构件（不含罐体）；房屋租赁，物业管理（按资质核定事项从事经营），从事汽车相关业务的咨询及服务，设计、制作、代理、发布国内外广告。2015年8月10日变更后的经营范围为：销售汽车及配件、摩托车及配件、建筑材料（不含化学危险品）、金属材料（不含稀贵金属）、橡胶制品；加工汽车配件及摩托车配件（不含发动机）、金属结构件（不含罐体）；房屋租赁，物业管理（凭资质证执业）；从事汽车相关业务的咨询及服务；设计、制作、代理、发布国内外广告；仓储服务（不含危险化学品）。公司股东情况为：广汇汽车服务有限责任公司，出资额19105万元，出资比例为89.07%；重庆市豪腾实业有限公司，出资额200万元，出资比例为0.93%；重庆尚诚汽车销售有限公司，出资额2145万元，出资比例为10%。

2007年6月8日，广汇汽车服务股份有限公司、重庆中汽西南实业有限公司、重庆市豪腾实业有限公司全体股东签署《收购协议》，约定重庆中汽西南实业有限公司和重庆市豪腾实业有限公司共同分别持有重庆中汽西南汽车有限公司和重庆捷丰汽车销售服务有限公司各90%的股权，同时广汇汽车服务股份有限公司以收购方式成为重庆中汽西南汽车有限公司和重庆捷丰汽车销售服务有限公司的股东，分别直接和间接持有重庆中汽西南汽车有限公司和重庆捷丰汽车销售服务有限公司各90%的股份。

2007年7月13日至2014年12月9日期间，被告谢勇担任原告公司总经理；2007年7月13日至今，被告谢勇担任原告公司董事。

第三人重庆汽博实业有限公司于2003年12月2日注册成立，发起人股东为重庆中汽西南汽车有限公司、上海华安投资有限公司、重庆业银财务咨询有限公司，2007年5月18日，重庆中汽西南汽车有限公司将其持有的股权转让重庆中汽西南实业有限公司，注册资本为壹亿伍仟万元，现公司经营范围为：组织汽车博览展示；市场房屋、设施的出售、出租；市场综合管理及配套服务；二手车经纪服务、置换；机动车信息咨询；商品房销售、租赁；二手房买卖；设计、制作、代理、发布国内外广告；停车场管理服务。被告谢勇于2014年12月12日起担任重庆汽博实业有限公司的法定代表人及董事长。

2014年4月9日，以广汇汽车服务股份公司为甲方、重庆市豪腾实业有限公司为乙方、重庆尚诚汽车销售有限公司为丙方，三方签订《协议》，该协议载明内容为：“鉴于甲、乙、丙三方为重庆中汽西南汽车（集团）有限公司（以下简称公司）的股东，公司经过多年的经营，发现公司章程以及三方原来签署的协议存在一些需要完善的部分，现就甲、乙、丙三方作为公司股东之间相关事宜经各方协商一致，达成如下协议，以资共同遵守：一、为尽可能维护公司利益，并通过公司利益而实现股东利益的最大化，股东应承担对公司竞业禁止的义务，即甲、乙、丙三方在公司有效存续期内，除三方书面共同同意外，均不得在公司注册所在地（即重庆市辖区范围内）从事或与第三人共同从事与公司相同或相竞争的业务，从事形式包括但不限于直接出资设立相应法律主体经营、与他人联合经营等等；同时，属于公司自身的业务（包括但不限于公司及其下属公司的主营业务、衍生业务等）除三方书面共同同意外，均不得转移到任一方单独经营，且三方各自关联主体实施的行为应视为相应公司股东实施的行为，关联主体包括但不限于三方各自设立的子公司、三方各自的股东等等。二、甲、乙、丙三方若违反本协议第一条约定，应首先停止违约行为的继续，同时应赔偿守约方相应的损失，三方确定守约方损失计算标准为按违约方从事竞业禁止经营所涉及金额的50%进行计算，若守约方为二方时，违约方赔偿金额应按各守约方相互持股比例进行分配。三、甲、乙、丙三方同意将公司章程第二十八条修改为：‘股东会会议对所议事项作出决议，须经代表过半数以上表决权股东通过。但是对以下事项作出决议，须经全体股东通过，具体为：对公司修改章程、增加或减少注册资本、公司合并、公司分立、公司解散、变更公司形式、公司对重庆市辖区范围外投资方案、公司参与对重庆市辖区范围外其他广汇汽车服务股份公司和重庆市豪腾实业有限公司控股公司的管理’。四、甲、乙、丙三方同意将公司章程第二十九条修改为：‘公司设董事会，由五人组成。其中股东广汇汽车服务股份公司委派2人，股东重庆市豪腾实业有限公司委派1人，股东重庆尚诚汽车销售有限公司委派2人。董事任期三年，任期届满时，由委派股东另行或继续进行委派’。五、甲、乙、丙三方同意将公司章程第三十一条第（九）项修改为：‘决定聘任或解聘公司经理及其报酬事项，根据经理的提名，决定聘任或解聘公司副经理、财务负责人、财务部经理及其报酬事项’。六、甲、乙、丙三方同意将公司章程第三十五条修改为：‘董事会会议应当有过半数的董事出席方可举行，其中至少包括1名股东重庆尚诚汽车销售有限公司委派的董事参加会议。董事会作出决议，必须经全体董事的过半数通过。但是对制定增加或减少公司注册资本、公司合并、公司分立、公司解散、变更公司组织形式方案、公司财务部经理的聘任或解聘事项作出决议，须全体董事通过’。七、甲、乙、丙三方同意将公司章程第三十六条第（六）项修改为：‘提请聘任或者解聘公司副经理、财务负责人、财务部经理，财务部经理接受财务负责人的管理’。八、本协议一式三份，经各方签字、盖章之日起生效”。

被告谢勇庭审中陈述，其从未向原告或原告股东出具过《不竞争业务承诺函》。

本院认为：《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”，该条是认定公司董事、高级管理人员违反法定竞业禁止义务的法律依据。本案中，首先，《股东协议》的签订方为广汇汽车服务股份有限公司、重庆市豪腾实业有限公司、重庆尚诚汽车销售有限公司，故根据合同拘束力的相对性，该协议第7.02条的约定对谢勇并不产生拘束力，故谢勇担任第三人公司高管对原告并不存在侵权或者违约行为。

其次，被告作为原告公司高管应承担公司法规定的竞业禁止义务，但公司法竞业禁止规定的“同类的业务”应是完全相同或同种类或类似的商品或者服务，且被禁止的竞业营业应局限于公司实际进行的营业，虽在公司的经营范围之内，但目前没有进行的营业不应被列于被禁止的竞争营业之类。本案中，虽然原告举示了其工商登记的经营范围，但并未举示证据证明其实际进行的营业，同样，原告也仅举示第三人公司工商登记的经营范围，并未举证证明其实际进行的营业，而证明第三人与原告存在同业竞争的行为亦属原告应承担的举证责任，根据最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释第九十条第一款的规定，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，故应由原告依法承担举证不能的法律责任。

综上所述，原告主张判令被告立即停止从事与原告存在同业竞争的行为、退出第三人的全部经营活动并支付10万元的诉请，无事实及法律依据，依法不予支持。依照《中华人民共和国公司法》第一百四十八条，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，《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条之规定，判决如下：

驳回原告重庆中汽西南汽车（集团）有限公司的诉讼请求。

案件受理费2300元，减半收取1150元，由原告重庆中汽西南汽车（集团）有限公司负担。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提交副本，上诉于重庆市第一中级人民法院。

审判员　　刘杰

二〇一七年七月十日

书记员　　张倪