重庆市第一中级人民法院

民 事 判 决 书

（2016）渝01民终7498号

上诉人（原审原告）：重庆优能火工业气体有限公司，住所地重庆市沙坪坝区井口工业园井华路009号，组织机构代码79589807－9。

法定代表人：欧博俊，执行董事。

委托诉讼代理人：邵先国，北京大成（重庆）律师事务所律师。

委托诉讼代理人：郑翔，北京大成（重庆）律师事务所律师。

上诉人（原审被告）：游江，男，1968年10月17日出生，汉族，住重庆市沙坪坝区。

委托诉讼代理人：刘星，重庆海力律师事务所律师。

委托诉讼代理人：赵国，重庆海力律师事务所律师。

被上诉人（原审被告）：张丽娟，女，1972年11月14日出生，汉族，住重庆市九龙坡区。

委托诉讼代理人：刘星，重庆海力律师事务所律师。

委托诉讼代理人：赵国，重庆海力律师事务所律师。

被上诉人（原审被告）：董若舟，男，1986年3月14日出生，汉族，住重庆市沙坪坝区。

委托诉讼代理人：刘星，重庆海力律师事务所律师。

委托诉讼代理人：赵国，重庆海力律师事务所律师。

被上诉人（原审被告）：许天府，男，1964年11月24日出生，汉族，住重庆市沙坪坝区。

委托诉讼代理人：刘星，重庆海力律师事务所律师。

委托诉讼代理人：赵国，重庆海力律师事务所律师。

原审第三人：重庆金宏海格气体有限公司，住所地重庆市九龙坡区石坪桥横街2号附5号12－1，组织机构代码07726077－5。

法定代表人：张丽娟，总经理。

委托诉讼代理人：刘星，重庆海力律师事务所律师。

委托诉讼代理人：赵国，重庆海力律师事务所律师。

上诉人重庆优能火工业气体有限公司（以下简称优能火公司）、上诉人游江因与被上诉人张丽娟、董若舟、许天府、原审第三人重庆金宏海格气体有限公司（以下简称海格公司）股东损害公司利益纠纷一案，不服重庆市沙坪坝区人民法院(2015)沙法民初字第14026号民事判决，向本院提起上诉。本院于2016年10月17日受理后，依法组成合议庭进行了审理。本案现已审理终结。

优能火公司上诉请求：1.撤销重庆市沙坪坝区人民法院作出的(2015)沙法民初字第14026号民事判决，依法改判支持优能火公司的全部诉讼请求；2.本案一、二审的诉讼费用由游江、张丽娟、董若舟、许天府承担。事实与理由：1.游江、张丽娟、董若舟、许天府系优能火公司承包人、总经理、董事，其行为给优能火公司造成重大损失；2.一审判决认定优能火公司证据不充分是错误的，优能火公司一审时所举示证据已形成证据链条，足以证明优能火公司的诉讼请求。

游江辩称，一审诉请无任何事实法律依据，优能火公司没有向法庭提交任何损失证明，实际也没有产生任何损失。

张丽娟、董若舟、许天府同意游江意见。

原审第三人海格公司同意游江意见。

游江上诉请求：1.判令撤销（2015）沙法民初字第14026号民事判决书；2.请求判令驳回优能火公司的全部诉讼请求；3.一审、二审诉讼费用由优能火公司承担。事实及理由：1.一审判决依据并账协议认定重庆隆鑫机车有限公司欠优能火公司153047.74元理由不成立。在（2015）沙法民初字第07807号案件庭审中，重庆隆鑫机车有限公司明确否认与优能火公司存在实际交易往来，其没有欠优能火公司任何货款，且在该案中仅对并账协议真实性进行了确认，并未对并账协议关联性、合法性予以确认。2.根据2011年3月20日优能火公司股东大会决议，以及2011年3月24日优能火公司与游江签订目标经营责任书。游江在2011年4月1日至2014年3月31日，对优能火公司进行承包经营，优能火公司按照目标经营责任约定指标对游江进行目标责任考核。但时至今日，双方未就目标责任指标考核进行结算。且双方就该目标结算纠纷正在一审法院审理过程中。在双方2011年4月1日至2014年3月31日期间目标考核结算未完成之前，一审判决仅凭海格公司收到重庆隆鑫机车有限公司支付153047.74元货款，就认定游江损害优能火公司利益没有事实依据。3.一审判决适用法律错误。按照《公司法》第二十一条规定，公司实际控制人给公司造成损失，才应当承担赔偿责任。或按照第一百四十八条规定，……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。但在实际中，优能火公司根本没有向重庆隆鑫机车有限公司供应过价值153047.74元商品或货物，并不存在实际损失。且游江也没有收到重庆隆鑫机车有限公司支付153047.74元货款。4.一审判决审判程序错误，属于一事二审，在（2015）沙法民初字第07807号案件审理过程中，优能火公司明确认可“返还不当得利属于立案错误，该案实为损害公司权益纠纷”。本案2015年12月7日立案，期间正是（2015）沙法民初字第07807号案件审理过程中。优能火公司基于同样理由、证据资料及诉请类别（主张金额不同），向同一法院提起诉讼，属于重复诉讼。

优能火公司辩称，一审第一项判决认定事实清楚，请求驳回游江的二审诉请。

张丽娟、董若舟、许天府同意游江意见。

原审第三人海格公司同意游江意见。

优能火公司向一审法院起诉请求：判决游江、张丽娟、董若舟、许天府向优能火公司共同赔偿160万元，第三人海格公司承担连带赔偿责任。

一审法院认定事实：优能火公司于2006年12月登记设立，发起股东为欧博俊、游江、张丽娟、谢煌琰。2006年12月10日第一次股东会决定欧博俊为执行董事，担任法定代表人，聘任张丽娟为公司总经理。2011年3月，优能火公司股东会同意欧博俊、游江分别向左成、董若舟、许天府转让股权，其中欧博俊股权占比30%，张丽娟股权占比20%，游江股权占比20%，左成股权占比10%，董若舟股权占比10%，谢煌琰股权占比5%，许天府股权占比5%。2014年8月8日，优能火公司召开股东会，再次引入新股东，由左成将10%股权转让给陈全，欧博俊向欧庆、欧丹分别转让5%股权，游江向郭英转让7.5%股权。自此，欧博俊的股权比例变更为20%，游江的股权比例变更为12.5%，张丽娟、董若舟、许天府的股权比例维持不变。优能火公司的经营范围包括许可经营项目：销售压缩气体及液化气体；一般经营项目：销售五金交电、建筑材料、电子设备、气体钢瓶及附件，机械配件加工。

2011年3月20日，优能火公司召开股东会，决定改变公司经营模式，采取目标经营责任制形式。2011年3月24日，优能火公司与游江签订目标经营责任书，内容为，根据公司股东会决议及全体股东投标结果，股东游江中得公司的目标经营责任权。一、责任目标：第一年的经营目标为当年实现净利润312万元，实现直销客户经营1063万元；二、经营期限：目标责任经营期限为三年，自2011年4月1日至2014年3月31日止。三、递增率：2012年4月1日至2013年3月31日净利润及直销客户经营收入同步递增5%；2013年4月1日至2014年3月31日净利润及直销客户经营收入同步递增8%。游江在经营期间有完全独立的人、财、物支配权，所有的印章、证照等全部交由游江保管，经营期满交回。游江要确保目标任务的完成，如未完成当年净利润目标任务，应用现金补足差额，不能用现金补足即抵扣其股份，抵扣额按所差金额与股份额的比率为一比一（股份按人民币伍百万元为100%计算）。未完成直销客户经营收入直接抵扣股份，直销客户收入与股份的比率为三比一，累计抵扣达到目标责任人的持有股份，即自然解除目标责任，该责任人在公司内的股份自然消失，退出公司股东身份，其所抵扣的股份按未参加目标经营的现有股东按股份分摊。游江在经营期间必须保证每月计提十万元股东分红款，按月分红。经营期间的财务制度按公司现行财务制度执行，不得随意更改。责任书签订后，游江取得独立经营权，控制优能火公司的实际运营。

另，2013年8月22日，张丽娟、游江、董若舟、许天府另外登记设立重庆海格气体有限公司，公司法定代表人为游江，张丽娟股权占比40%，游江股权占比30%，董若舟、许天府的股权比例各为15%。重庆海格气体有限公司的登记经营范围包括许可经营项目：危险化学品。一般经营项目：销售气体剂、仪器、仪表、阀门配件、管道及气体充灌设备、纯化设备、钢瓶、气体设备销售、机电、五金、日杂、劳保用品，气体设备、管道及气体充灌设备、纯化设备维修、维护等。2014年3月底，游江目标经营期限届满。2014年4月2日，游江向欧博俊等其他股东移交了优能火公司的库存物资、财务凭证、分类明细账等。此后，优能火公司认为游江等在目标经营责任期间，以设立海格公司参与同业竞争、流失属于优能火公司的应由账款及重要客户为手段，侵害优能火公司权益，向一审法院提起本案诉讼。优能火公司举示的与损害直接相关的证据包括企业对账函3份，内容为优能火公司于2015年3月分别向重庆齿轮箱有限责任公司、潍柴动力股份有限公司重庆分公司、重庆重齿风力发电齿轮箱有限责任公司询证，要求确认该三公司差欠优能火公司的货款金额，该三公司对询证结果未予肯定。优能火公司另举示并账协议复印件1份，内容为2014年某日，重庆隆鑫机车有限公司（甲方）、原告优能火公司（乙方）及第三人海格公司（丙方）三方签订，约定甲方欠乙方货款，乙方欠丙方货款，甲方欠丙方货款，三方互有往来。……甲方所欠乙方金额为153047.74元，现三方达成共识，此笔款项由丙方代乙方收到，或由甲方直接付丙方账户，以此冲抵三方各自债权债务。三方凭此协议做账，并完善相应财务手续。2015年6月26日，优能火公司向重庆市江北公证处申请证据保全，在公证员监督下，由优能火公司委托代理人李西与重庆隆鑫机车有限公司的财务负责人“高艳”（音）电话联系，公证处人员作了电话录音，录音记录显示重庆隆鑫机车有限公司认可根据并账协议将货款支付给了海格公司，并强调并账协议具有法律效力。

另，2015年7月7日，优能火公司向一审法院提起（2015）沙法民初字第07807号诉讼，将海格公司、游江列为被告，重庆隆鑫机车有限公司列为第三人，以不当得利为由，要求海格公司、游江共同返还货款123047.74元及质保金30000元。在该案中，一审法院对并账协议（复印件）的真实性予以认可，但以优能火公司的诉请不符合不当得利的构成要件为由，于2016年2月14日判决驳回了优能火公司的请求。

另，2016年4月19日，重庆海格气体有限公司更名为重庆金宏海格气体有限公司，法定代表人变更为张丽娟。一审审理中，原告优能火公司向一审法院申请调取第三人海格公司自设立以来对外开具的全部增值税发票。经一审法院向重庆市九龙坡区国家税务局核查，显示自2013年8月至2016年5月17日，海格公司对外开具增值税专用发票502份，涉及金额7547419.45元，税额1283061.35元。经整理确认，其中，海格公司向潍柴动力股份有限公司重庆分公司开具增值税专用发票金额290957.26元，向重庆齿轮箱有限责任公司开具增值税专用发票金额625397.66元，向重庆隆鑫机车有限公司开具增值税专用发票金额1664142.56元，向重庆重齿风力发电齿轮箱有限责任公司开具增值税专用发票金额719185.47元，以上合计3299682.95元。优能火公司认为游江等以违法手段导致优能火公司流失重庆隆鑫机车有限公司等重要客户，根据以上交易金额，按照与上述公司交易每年80万元利润计算，要求游江、张丽娟、董若舟、许天府赔偿损失160万元及海格公司承担连带赔偿责任。

一审法院认为，从诉讼主体、诉讼理由、讼争法律关系分析，本案与（2015）沙法民初字第07807号民事诉讼大相径庭，因此并非一事二诉，游江等关于重复诉讼的抗辩与诉讼法规定不符。我国公司法第二十一条规定，公司的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员不得利用其关联关系损害公司利益。违反前款规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。公司法第一百四十八条第一款规定，董事、高级管理人员不得有下列行为……第（五）项：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。本案中，游江作为优能火公司实际控制人，在2013年8月22日至2014年3月31日期间，违反竞业禁止规定，违背其对于优能火公司的忠实义务，参与设立海格公司从事与优能火公司类似业务，损害了优能火公司的利益，应当就优能火公司的损失承担赔偿责任。我国公司法禁止的是高管人员经营与其所任职公司具有竞争性的业务。2011年3月以来，张丽娟、董若舟、许天府并非优能火公司高级管理人员，并无接受竞业禁止的义务，优能火公司将该三人列为被告属认识错误。此外，优能火公司要求海格公司承担连带赔偿责任没有法律依据，一审法院不予支持。

关于具体损失的构成，优能火公司举示的证据比较薄弱，其中关于收款账户等内容变更的函系复印件，缺乏相关公司的佐证，难以产生证明力。3份企业对账函虽系原件，但书证中的手写体部分未确证书写人的身份，对账函的内容也不能证明应收账款的主体发生了变更或者变更原因为何。优能火公司的举证思路为，通过优能火公司银行账户明细的变化情况及海格公司对外所开增值税专用发票，用以证明2014年4月以后优能火公司突然丧失重庆齿轮箱有限责任公司、潍柴动力股份有限公司重庆分公司、重庆重齿风力发电齿轮箱有限责任公司等重要客户系游江等所为。但是，指控游江等篡夺公司机会需要达到较高的证明要求，优能火公司的证明及分析具有浓厚的推测成分，有欠严谨。海格公司成立后，当然可以与优能火公司产生正常竞争，所谓重要交易客户并不专属于优能火公司。简言之，优能火公司目前的证明只能令法庭认为游江具有某种嫌疑，利用其作为公司控制人的便利，故意使优能火流失重要客户，但仅仅止于嫌疑，并不能达到高度确信的程度，故而优能火公司关于游江篡夺公司商业机会的一般性指称，未达到证明标准，一审法院不予采纳。本案唯独关于并账协议，尽管双方仍存争议，因有公证书及电话录音可以补强证明，本庭与（2015）沙法民初字第07807号案件的判断一致，对并账协议的真实性予以确认，并且确信该协议系游江控制优能火公司期间所为。协议以不恰当手段促使重庆隆鑫机车有限公司将本属优能火公司的应收账款153047.74元支付给海格公司，损害了优能火公司利益，该损失应由游江予以赔偿。综止，依照《中华人民共和国公司法》第二十一条、第一百四十七条、第一百四十八条第一款第（五）项、第二款，《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》第九十一条的规定，判决如下：一、游江于判决发生法律效力后立即向优能火公司赔偿经济损失153047.74元；二、驳回优能火公司的其他诉讼请求。

本院二审期间，游江举示2015沙法民初字07807号案件的庭审笔录，拟证明优能火公司没有向重庆隆鑫机车有限公司提供过货物，重庆隆鑫机车有限公司也不存在向优能火公司支付货款和保证金的义务，因此，优能火公司无权享有一审判决金额的权利及金额所含指的权利。优能火公司对真实性无异议，但通过优能火公司与隆鑫机车有限公司、游江签订的对账函，以及电话录音，公证书等予以证明，认定游江向优能火公司承担赔偿经济损失153047.74元是正确的，不能达到证明目的。

本院认为，2015沙法民初字07807号案件的庭审笔录系重庆隆鑫机车有限公司单方陈述，并非经确认的客观事实，不能到达证明目的，结合该证据未在法律规定期限内举示，故本院不予采纳其作为二审中的新证据。

本院二审查明事实与一审法院查明事实一致。

本院认为，二审争议焦点为：1.并账协议中的153047.74元是否应由游江向优能火公司赔偿；2.游江、张丽娟、董若舟、许天府、海格公司应否向优能火公司赔偿利润损失160万元。

针对第一项争议焦点，根据本案在案证据，并账协议的签订时间为2014年，但不能确定具体日期。第一，如签订时间在2014年4月2日之前，处于游江承包经营优能火公司期间，该期间内游江有完全独立的人、财、物支配权，仅在未能完成责任目标时，按照承包经营协议约定承担现金补足差额或抵扣其股份的违约责任即可，故并账协议的签订系游江在承包权限范围内对优能火公司财产的支配行为，不能认定为股东损害公司利益。第二，如并账协议签订时间在2014年4月2日之后，游江承包经营期满，不再对优能火公司享有控制权，即使游江仍系高级管理人员，亦不当然享有印章的管理权，故并无证据证明并账协议中加盖的优能火公司印章系游江所为，要求游江对并账协议中的153047.74元向优能火公司承担赔偿责任无事实依据。第三，优能火公司称，并账协议中的153047.74元不包含在其诉讼请求的利润损失160万元之中，故该金额独立于优能火公司诉请的部分。故，一审法院判决游江向优能火公司赔偿并账协议中的153047.74元无事实和法律依据。

针对第二项争议焦点，优能火公司请求的利润损失160万元，系自行估算的预期可得利润损失，优能火公司既无充分证据证明损失的实际发生和具体金额，也无证据证据该损失与游江、张丽娟、董若舟、许天府具有因果关系。海格公司开具的增值税发票系公司正常经营活动，不能当然得出系因篡夺优能火公司商业机会，使优能火公司丧失应有客户的结论，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条规定，应当承担不利后果。一审法院对优能火公司该项诉讼请求未予支持并无不当。

综上所述，游江的上诉请求成立，予以支持。依据《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条、第一百六十八条、第一百七十条第一款第二项规定，判决如下：

一、撤销重庆市沙坪坝区人民法院(2015)沙法民初字第14026号民事判决；

二、驳回重庆优能火工业气体有限公司的诉讼请求。

一审案件受理费19200元，由重庆优能火工业气体有限公司负担；二审案件受理费22561元，由重庆优能火工业气体有限公司负担。

本判决为终审判决。

审　判　长　　张　毅

审　判　员　　颜　菲

代理审判员　　黄春燕

二〇一六年十一月三十日

书　记　员　　刘德亮