江苏省常州市天宁区人民法院

民 事 判 决 书

（2019）苏0402民初378号

原告：刘昊，男，1983年6月30日生，汉族，住常州市新北区。

委托诉讼代理人：王伟锋，江苏臻儒律师事务所律师。

委托诉讼代理人：岳烨阳，江苏臻儒律师事务所律师。

被告：潘晓福，男，1978年9月30日生，汉族，住常州市新北区。

被告：常州市众博广告有限公司，住所地常州市北塘河路8号恒生科技园二区2幢605室。

法定代表人：潘晓福，总经理。

被告：牟虹，女，1983年4月9日生，汉族，住常州市天宁区。

被告：常州市众爱传媒有限公司，住所地常州市北塘河路8号恒生科技园二区2幢605室。

法定代表人：牟虹，总经理。

第三人：常州市众智文化传媒有限公司，住所地常州市北塘河路8号恒生科技园二区2幢603室。

法定代表人：潘晓福，执行董事。

上列四被告及第三人的委托诉讼代理人：李纲，江苏圣典（常州）律师事务所律师。

上列四被告及第三人的委托诉讼代理人：邵佳悦，江苏圣典（常州）律师事务所律师。

原告刘昊与被告潘晓福、常州市众博广告有限公司（以下简称众博公司）、牟虹、常州市众爱传媒有限公司（以下简称众爱公司）、第三人常州市众智文化传媒有限公司（以下简称众智公司）损害公司利益责任纠纷一案，本院于2019年1月14日立案受理后，依法适用简易程序公开开庭进行了审理。后因案情复杂转为适用普通程序，依法组成合议庭公开开庭进行了审理。原告刘昊的委托代理人王伟锋、岳烨阳、被告潘晓福、众博公司、牟虹、众爱公司及第三人众智公司的委托代理人李纲、邵佳悦到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告刘昊向本院提出诉讼请求：1、判令四被告向第三人赔偿损失100000元（以最终鉴定为准）；2、第三人承担原告垫付的诉讼费用和参加诉讼合理费用。3、本案诉讼费用由四被告承担。事实和理由：原告为第三人的股东，持有18.52%的股权。被告一为第三人的执行董事，被告三为第三人的监事。第三人经营范围为：设计、制作、代理、发布国内各类广告业务。被告一于2011年以自然人独资方式成立被告二，经营范围为：设计、制作、代理、发布国内各类广告业务。被告三于2016年以自然人独资方式成立被告四，经营范围为：设计、制作、代理、发布国内各类广告业务。被告二、被告四与第三人属于同类业务公司。原告经调查得知，两被告在第三人处任职期间，存在利用职务便利通过自营与第三人同类业务的公司、转移第三人利润至其自营公司的行为，其行为符合《公司法》第一百四十八条、第一百四十九条规定，严重损害第三人的合法利益。原告作为第三人的股东，于2018年5月31日向被告三发函要求其履行监事职责，代表公司提起诉讼，但被告三并未理会超过三十日没有提起诉讼。为维护第三人及自身的合法权益，原告遂诉至法院。第一次庭审过程中，原告申请将第一项诉讼请求变更为被告一、二应归入众智公司的收入17843482.32元，被告三、四应归入众智公司的收入3728029元。本院根据原告变更诉讼请求的情况，要求其按法律规定补交诉讼费，但原告未予缴纳。后原告又将第一项诉讼请求变更为判令四被告向第三人赔偿损失100000元并归入公司，其他两项请求不变。事实与理由：四被告应把与关联公司发生的所有金额归入众智公司，原告无力支付所有金额的诉讼费，故申请将众博公司与东芝开利空调销售（上海）有限公司（发票号为01635034，开票日期2019年1月18日）、众爱公司与东芝开利空调销售（上海）有限公司（发票号为19960925，开票日期2018年11月12日）共100000元金额归入公司。

被告潘晓福、众博公司、牟虹、众爱公司辩称，被告众博公司、众爱公司、牟虹不是本案的适格被告。1、原告是以公司高级管理人员损害公司利益为由提起了本案的诉讼，但是众博公司、众爱公司并不是原告行使归入权的适格主体，不应作为本案被告，而牟虹在众智公司只是普通员工不是高管，其也不是适格被告；2、当初在设立众博公司、众爱公司前，众智公司所有股东包括原告本人已经召开了股东会商议设立众博公司、众爱公司事宜，当时全体股东一致同意设立这两个公司，不存在违反公司章程和违法的情况；3、众博公司、众爱公司的经营范围与众智公司的经营范围存在较大的差异。原告主张的两笔业务的开票内容是营销策划服务费，而营销策划服务不属于众智公司的经营范围，不存在原告所称的四被告将相同业务转移至众博公司和众爱公司，因此原告诉称的情况不属实，与事实不符。另外原告声称收入合并，该收入属于众博公司和众爱公司，潘晓福、牟虹个人并没有因同类业务或者类似业务取得相关收入的情形，不存在所谓的两公司的业务损害了的第三人业务的情形；原告主张的由第三人垫付诉讼费用和参加诉讼的合理费用也不应当得到法院的支持。综上，请求驳回原告的诉讼请求。

第三人众智公司的答辩意见和上述四被告的答辩意见一致。

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证据交换和质证。对当事人无异议的证据，本院予以确认并在卷佐证，对有争议的事实和证据，本院在事实认定部分和本院认为部分进行相应的说明和分析。根据当事人陈述和经审查确认的证据，本院经审理认定事实如下：

众智公司登记成立于2009年1月16日，类型为有限责任公司，法定代表人潘晓福，注册资本54万元，经营范围包括：设计、制作、代理、发布国内各类广告业务；信息咨询服务。公司股东构成为：潘晓福，认缴出资20万元；刘昊，认缴出资10万元；仇胤，认缴出资10万元；牟虹，认缴出资5万元；周逸，认缴出资5万元；赵虹，认缴出资2万元；胡远涛，认缴出资2万元。潘晓福为该公司执行董事，牟虹为该公司监事。公司章程规定：股东会会议由股东按认缴出资比例行使表决权；监事行使下列职权：对执行董事、高级管理人员执行公司职务的行为进行监督，对违反法律、行政法规、公司章程或者股东会决议的执行董事、高级管理人员提出罢免的建议；当执行董事、高级管理人员的行为损害公司的利益时，要求执行董事、高级管理人员予以纠正……

众博公司登记成立于2011年6月24日，经营范围包括设计、制作、代理、发布国内各类广告业务；企业营销策划；会议策划；展览、展示服务；计算机网络工程设计；平面设计。公司成立之初的股东为潘晓梅和陶雪（刘昊夫人）。2017年5月，陶雪将股份转让给潘晓福。现公司类型为有限责任公司（自然人独资），法定代表人为潘晓福。

众爱公司登记成立于2016年11月7日，公司类型为有限责任公司（自然人独资），法定代表人牟虹，经营范围包括设计、制作、代理、发布国内各类广告业务；商务信息咨询，会务服务，计算机网络技术服务，企业营销策划，展览展示服务。

2018年5月30日，刘昊向牟虹发送《监事履职催告函》一份。该函载明：……执行董事潘晓福存在利用关联关系损害公司利益的行为，转移公司利润。上述行为违反了《公司法》第四十一条第二款、第五十三条第（二）项、第（六）项、第二十一条的规定。现来函恳请牟虹作为公司监事，依法履职，召集股东会议提出罢免执行董事的建议，并就执行董事潘晓福给公司造成的损失提出诉讼。

庭审中，被告提交《情况说明》一份。该说明的内容为：众博公司成立于2011年6月24日，由潘晓福任法定代表人。众爱公司成立于2016年11月7日，由牟虹法定代表人。在上述两公司申请设立前，众智公司全体股东均在众智公司办公室开会讨论。潘晓福和牟虹对众博公司和众爱公司的主营业务及与众智公司的关系进行了说明，参会股东进行了充分的讨论，认为两公司的成立不会损害众智公司的利益，故两次均一致同意设立众博公司和众爱公司。牟虹、潘晓福、仇胤、周逸、赵虹、胡远涛在该说明上签字，落款时间为2019年2月13日。为查明《情况说明》的情况，本院召集牟虹、潘晓福、仇胤、周逸、赵虹、胡远涛到院进行谈话并制作了谈话笔录。该六人均陈述设立众博公司、众爱公司经过了众智公司股东的讨论，刘昊当时也在场，当时一致同意设立两公司；刘昊老婆陶雪也是众博公司设立之时的股东。仇胤、周逸、赵虹、胡远涛均认为众博公司、众爱公司与众智公司的业务不冲突，三者之间有一定的区别，众博公司、众爱公司的设立不会影响众智公司的业务发展。刘昊认为该情况说明属于证人证言，对谈话笔录的真实性和关联性均不予认可，被谈话人均为众智公司现股东，与本案被告有利害关系，而且被谈话人陈述的与事实不符，其谈话笔录不应被采纳。

刘昊提供众博公司与东芝开利空调销售（上海）有限公司（发票号为01635034，开票日期2019年1月18日）、众爱公司与东芝开利空调销售（上海）有限公司（发票号为19960925，开票日期2018年11月12日）的开票明细各一张，用以证明众博公司、众爱公司经营与众智公司相同的业务10万元。经核实，上述两张发票“货物或应税劳务、服务名称”一栏中均载明“营销策划服务费”，票面金额价税合计10万元。

另查明，刘昊就本案纠纷与江苏臻儒律师事务所签订《委托代理合同》一份，约定刘昊预先支付律师代理费8400元。……

本院认为，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、高级管理人员违反法定义务，损害公司利益而引发的纠纷。《中华人民共和国公司法》（以下简称《公司法》）第一百四十八条规定，董事、高级管理人员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。董事、高级管理人员违反该规定的，则所得收入应当归公司所有。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。本案中，刘昊认为，潘晓福、牟虹在第三人处任职期间，存在利用职务便利通过自营与第三人同类业务的公司、转移第三人利润至其自营公司的行为，其行为符合《公司法》第一百四十八条、第一百四十九条规定，严重损害第三人的合法利益，应当赔偿众智公司的经济损失。首先，根据上述法律的规定，潘晓福作为众智公司的执行董事，系《公司法》第一百四十八条的规制对象；牟虹系众智公司的监事，众博公司、众爱公司既非众智公司董事也非其高级管理人员，不属于该条法定竞业限制义务的规制对象。其次，根据《公司法》第一百四十八条的规定，法定竞业限制的前提条件之一是未经股东会或者股东大会同意。就本案而言，案涉《情况说明》和《谈话笔录》表明，众博公司与众爱公司的设立系经过全体股东开会讨论，合计持有众智公司超过81%股份的股东同意设立众博公司和众爱公司（刘昊除外）；潘晓福、牟虹、仇胤、周逸、赵虹、胡远涛均陈述众博公司、众爱公司的设立系为了拓展新的业务，两公司的主营业务与众智公司的经营范围不一样，两公司的成立不会损害众智公司的利益。且众博公司成立之时至2017年5月，刘昊夫人陶雪也是该公司股东之一，因此，刘昊对成立众博公司是知晓且支持的。第三、案涉发票明确记载，应税服务项目为营销策划服务费，而众智公司的经营范围并不包括营销策划服务，该证据不足以证明案涉发票涉及的业务与众智公司构成同类业务。同时，案涉10万元系众博公司、众爱公司与东芝开利空调销售（上海）有限公司之间发生的业务往来费用，该费用并未扣除人员工资和其他经营支出等，因此不能如实反映该两笔业务的利润收入，且本案也没有证据证明潘晓福、牟虹从该两笔业务中获取了多少收入。刘昊请求第三人承担其垫付的诉讼费用和参加诉讼的合理费用亦缺乏相应依据。综上，刘昊的诉讼请求缺乏事实依据与法律依据，本院不予支持。据此，依照《中华人民共和国公司法》第一百四十八条、第一百四十九条、第二百一十六条第（一）项之规定，判决如下：

驳回刘昊的所有诉讼请求。

案件受理费2300元，由刘昊负担。

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出副本，上诉于江苏省常州市中级人民法院，同时根据《诉讼费用交纳办法》的有关规定向该院预交上诉案件受理费。

审　判　长　吴 光 前

人民陪审员　池　　萍

人民陪审员　史　　鸿

二〇一九年八月十五日

法官　助理　凌 琎 琎

书　记　员　周陈幸幸