北京市第三中级人民法院

民 事 判 决 书

（2017）京03民终10619号

上诉人（原审原告）：付春霞，女，1966年6月12日出生，住河北省涿州市。

委托诉讼代理人：付春景（付春霞之弟），住北京市门头沟区。

被上诉人（原审被告）:任希辉，男，1974年11月7日出生，住山东省高唐县。

委托诉讼代理人:牛增科，北京市嘉安律师事务所律师。

被上诉人（原审被告）:高娟，女，1981年12月19日出生，住黑龙江省哈尔滨市。

委托诉讼代理人:牛增科，北京市嘉安律师事务所律师。

被上诉人（原审第三人）:北京爱哲思科技有限公司，住所地北京市通州区漷县开发区鑫隅街717号。

法定代表人：高娟，经理。

委托诉讼代理人:牛增科，北京市嘉安律师事务所律师。

被上诉人（原审第三人）：北京鑫华源泰科技有限公司，住所地北京市通州区漷县镇漷兴一街780号。

法定代表人：王书军，总经理。

委托诉讼代理人：荀焕志，北京王峻岩律师事务所律师。

上诉人付春霞因与被上诉人任希辉、被上诉人高娟、被上诉人北京爱哲思科技有限公司（以下简称爱哲思公司）、被上诉人北京鑫华源泰科技有限公司（以下简称鑫华公司）损害公司利益责任纠纷一案，不服北京市通州区人民法院（2015）通民（商）初字第20676号民事判决，向本院提起上诉。本院于2017年8月28日立案后，依法组成合议庭进行了审理。本案现已审理终结。

付春霞上诉请求：撤销一审判决，依法发回重审或改判任希辉、高娟、爱哲思公司连带偿还鑫华公司损失暂定1万元，最终金额以审计为准；本案诉讼费用由任希辉、高娟、爱哲思公司、鑫华公司承担。事实和理由：1.任希辉、高娟及爱哲思公司应赔偿鑫华公司损失。任希辉和高娟作为鑫华公司高管，通过爱哲思公司经营与鑫华公司同类业务。根据《中华人民共和国公司法》第一百四十八条规定，其所得收入应归鑫华公司所有。2.一审法院程序违法。一审法院超期审理，且对付春霞提出的审计申请不予处理。另，关于审计，一审法院未及时有效地封存爱哲思公司账目、明细及调取税务机关的纳税凭证等，亦未告知爱哲思公司、任希辉和高娟配合审计义务，造成无法审计的后果。

任希辉、高娟、爱哲思公司辩称，1.同意一审判决结果，但是不同意一审认定的事实和理由。2.关于一审法院审理期限，付春霞曾在一审法院提出审计，因双方对审计机构无法协商，需要通过高院摇号选定机构，申请审计和确定审计机构的时间不计入审限。3.关于移送公安的情况，一审法院已经和公安机关沟通，沟通期间不应计入审限，且公安机关告知不予受理。4.关于犯罪线索移送，是付春霞自己的意见，任希辉不构成犯罪，是股东之间的民事纠纷。5.一审认定任希辉、高娟存在竞业情况，损害鑫华公司利益，与事实不符。《中华人民共和国公司法》第一百四十八条的竞业禁止规定应当适用“实质营业标准”，因为鑫华公司停业，任希辉即便是经营爱哲思公司同样的业务，也不构成对鑫华公司的损害。

鑫华公司辩称，同意一审判决。本案不涉及刑事犯罪，不同意移交公安机关及中止审理。

付春霞向一审法院起诉请求：1.任希辉、高娟连带偿还鑫华公司暂定损失1万元；2.任希辉、高娟共同承担本案诉讼费。

一审法院认定事实：鑫华公司成立于2008年3月17日，经营范围包含科技开发、技术咨询、技术转让、技术服务、会议服务、信息咨询（不含中介服务）、销售仪器仪表及配件、电子产品、五金交电、计算机软硬件及辅助设备及配件；货物进出口、技术进出口。主要经营AGC公司的产品。付春霞、任希辉、高娟均系鑫华公司股东，付春霞持股16.7%。任希辉任鑫华公司总经理职务。任希辉与高娟系夫妻关系。关于高娟在鑫华公司的职务，付春霞主张高娟系鑫华公司财务主管，高娟称其是行政主管。付春霞提交的鑫华公司转账支票存根单位主管处签有“高”。

爱哲思公司原名称为北京世纪新创食品有限公司（以下简称新创公司），2010年5月20日，高娟受让新创公司的全部股权，新创公司名称变更为爱哲思公司，高娟任系爱哲思公司法定代表人，任执行董事，任希辉任监事。爱哲思公司经营范围包含技术推广、会议服务、经济贸易咨询、销售仪器仪表、电子产品、计算机软件及辅助设备、货物进出口、技术进出口。亦经营AGC公司的产品。

2015年10月22日，付春霞向该院提交委托审计申请书，申请对爱哲思公司自2010年5月20日起至审计日止的涉及与鑫华公司同类业务形成的利润进行审计。2017年5月2日，付春霞撤回审计申请。

一审法院认为：《中华人民共和国公司法》第一百四十八条规定董事、高级管理人员不得有下列行为：……（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。《中华人民共和国公司法》第二百一十六条规定高级管理人员，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。根据付春霞提交证据，可以认定任希辉任鑫华公司总经理，高娟任财务负责人，均属公司高级管理人员。根据鑫华公司与爱哲思公司的经营范围记载，两公司经营范围存在会议服务、销售仪器仪表、电子产品、计算机软件及辅助设备、货物进出口、技术进出口等多项重合，且鑫华公司与爱哲思公司均经营AGC公司的产品，故可以认定两公司经营同类业务。任希辉与高娟均系鑫华公司高管，却通过爱哲思公司经营与鑫华公司同类的业务，属于违反《中华人民共和国公司法》第一百四十八条规定的行为，所得的收入应当归鑫华公司所有。但付春霞撤回审计申请，鑫华公司亦不申请审计，该院无法确定任希辉、高娟违反法律规定利用爱哲思公司经营同类业务的收入金额，故对于付春霞要求任希辉、高娟赔偿鑫华公司损失暂定1万元的诉讼请求，该院不予支持。

判决：驳回付春霞的诉讼请求。

二审期间，付春霞向本院提交以下证据：原告申请移送公安部门的材料，证明公安机关退回材料是因为法院移送给公安机关的材料不全，这份证据就是伪造的材料，能够显示移送给公安机关的材料不是付春霞最初要求移送的全部材料，这份证据上付春霞的签字不是本人签的，要求对付春霞的签字及上面的手写字迹进行鉴定。任希辉、高娟、爱哲思公司、鑫华公司无新证据提交。本院组织当事人进行证据交换和质证，任希辉、高娟、爱哲思公司、鑫华公司发表质证意见称，对于真实性、关联性、证明目的均不予认可，不同意付春霞进行笔迹鉴定，鉴定没有任何法律意义，无论签字是否付春霞本人所签，都不影响本案的审理。

本院对一审查明的事实予以确认。

本院认为，付春霞认可一审阶段具备审计条件，其明确向一审法院表示撤回审计申请，应当视为其放弃了相应的权利，现其在二审阶段再次提出审计申请，本院不予准许。一审法院综合全案案情认定任希辉、高娟存在违反《中华人民共和国公司法》第一百四十八条规定的行为，本院对此不持异议。因任希辉、高娟通过爱哲思公司经营与鑫华公司同类业务所得收入情况须经过审计才能确定，现付春霞主张任希辉、高娟赔偿鑫华公司损失的前提条件尚未具备，且其请求的1万元亦为暂定数额，故一审法院不予支持并无不当，本院予以维持。

经本院审查，一审法院不存在程序违法的情形，付春霞的该项上诉主张缺乏事实和法律依据，本院不予采纳。

综上所述，付春霞的上诉请求不能成立，应予驳回。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）项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费50元，由付春霞负担（已交纳）。

本判决为终审判决。

审　判　长　　刘　茵

审　判　员　　郑吉喆

代理审判员　　熊　静

二〇一七年十一月十五日

法官助理张清

书记员张晓华