江苏省南通市中级人民法院

民 事 裁 定 书

（2019）苏06民终2486号

上诉人（原审原告）：博悦网络技术（上海）有限公司，住所地上海市嘉定区。

法定代表人：王大庆。

被上诉人（原审被告）：南通红禾创业投资中心（有限合伙），住所地江苏省南通市。

执行事务合伙人：陈小晔。

上诉人博悦网络技术（上海）有限公司（以下简称上海博悦）因与被上诉人南通红禾创业投资中心（有限合伙）（以下简称红禾投资）损害公司利益责任纠纷一案，不服江苏省南通市通州区人民法院（2019）苏0612民初377号驳回起诉的民事裁定，向本院提起上诉。本院立案后，依法组成合议庭审理了本案。本案现已审理终结。

上海博悦上诉请求：撤销一审裁定，指令一审法院继续审理本案；诉讼费用由红禾投资承担。事实和理由：1、我公司曾于2019年5月10日通过快递提交变更诉讼请求申请书，一审认定我公司诉请金额有误。2、我公司提交的微信聊天记录、网上银行电子回单等证据原件，一审未经过法庭调查即臆断不具真实性和证明力，程序有误，事实认定有误。且一审未依我公司申请开具调查令以便调取我公司无法取得的证据，导致我公司的程序和实体权利无法行使。3、一审法院认定红禾投资不存在利用关联公司江苏启睿物联科技有限公司（以下简称启睿公司）损害江苏博悦物联网技术有限公司（以下简称江苏博悦）利益的行为有误。4、红禾投资为江苏博悦的实际控制人，其损害公司利益的行为在持续中，我公司曾于起诉前征求王大庆起诉意见，其拒绝起诉。我公司提交的王大庆的书面说明可证明我公司已履行了前置程序。法院如对说明中王大庆的签名有疑问，应传唤王大庆到庭作证。同时，一审法院在审理过程中如认为应将江苏博悦追加为第三人，可决定追加，而不能以我公司起诉时未将江苏博悦列为第三人而驳回我公司的起诉。5、一审法院适用公司法第一百五十条第一款规定驳回起诉适用法律有误。因红禾投资的侵权行为仍在持续中，且红禾投资控制江苏博悦的日常管理和运行，我公司若不通过诉讼寻求权利救济，则股东权利无法行使。故不论从前置程序或是紧急程度，我公司均有权提起诉讼。

红禾投资未答辩。

上海博悦向一审法院起诉请求：1、判令红禾投资向江苏博悦赔偿经济损失暂计4356元；2、判令红禾投资停止对江苏博悦及小股东的侵权行为。

一审法院认定事实：江苏博悦于2012年4月26日经南通市通州区市场监督管理局登记设立，登记住所地为南通高新区江海圆梦谷，主要人员为白建兵（董事）、王大庆（董事长兼总经理），张华（监事）、范蕊（董事），初始股东为王大庆、范蕊，经营范围为物联网技术、云计算技术研发、物联网芯片、集成电路研发销售等。江苏博悦登记设立后注册资本、股东几经变更。现公司股东为上海博悦（占股比例为33.42%），红禾投资（占股比例为51.62%）、上海同畔创业投资合伙企业（有限合伙）（占股比例为14.96%）。

2017年底，因江苏博悦经营状况恶化，无力支付供应商到期货款及工人工资，公司已处于停产状态。2017年11月29日，王大庆、范蕊与红禾投资签署重组方案，该方案包括股权重组、责任划分和管理重组三部分。方案确认王大庆实际持有江苏博悦59.93%股份（王大庆持上海博悦81.63%股份，而上海博悦持江苏博悦73.42%股份），范蕊实际持有江苏博悦12.38%股份（范蕊持上海博悦16.86%股份，而上海博悦持江苏博悦73.42%股份）。方案第二条有关股权重组约定，王大庆、范蕊一次性由上海博悦转让其持有的江苏博悦40%的股权给红禾投资，股权转让价格为1元，红禾投资负责向江苏博悦提供不低于30万元的借款，用于江苏博悦恢复生产。方案第三条有关管理重组约定，王大庆负责欠款经销商的处理、产品的技术研究以及大部分客户的维系工作，红禾投资负责组建核心管理团队，并协助管理团队恢复生产、从事采购、生产、销售、财务核算等日常管理活动。

上述重组方案签署后，江苏博悦经营过程中，制作变更银行账户说明一份，内容为：因公司网银无法使用，经公司内部商议，决定将江苏博悦的所有款项进出由启睿公司账户代收。说明下方处由陈胤建签字（上海博悦认为“陈胤建”应为“陈胤剑”），红禾投资陈述陈胤剑为注册会计师，其系受红禾投资委托对江苏博悦账户进行财务监管，而非其与江苏博悦的员工。

审理中，上海博悦向一审法院提出申请，要求追加启睿公司为本案共同被告，并提供部分证据复印件。理由为：红禾投资与启睿公司为关联公司，两公司皆由陈胤剑实际控制，红禾投资多次利用启睿公司进行关联交易损害江苏博悦的利益。同时，上海博悦向一审法院申请调查令，要求前往税务部门及民政部门调取启睿公司的增值税发票开具情况及陈胤剑的身份信息及婚姻登记情况。

一审法院认为，上海博悦系江苏博悦股东，其以江苏博悦的另一个股东即红禾投资损害公司利益责任为由提起本案诉讼，属于公司法规定的股东代表诉讼。关于股东代表诉讼的程序，根据公司法第一百五十一条及公司法解释(四)第二十四条规定，股东直接提起诉讼须经过书面请求监事会（监事）或董事会（执行董事）提起诉讼，监事会（监事）或董事会（执行董事）拒绝起诉或收到书面申请后三十日内未提起诉讼的前置程序，或符合“情况紧急、不立即提起诉讼将会使公司利益受到难以弥补的损害的”的条件，且应当列公司为第三人，诉讼利益归属于公司。上海博悦未能提供证据证明其在本案起诉前已履行了前置程序，不具有径行提起本案诉讼的权利。理由为：首先，上海博悦在一审法院申请立案及开庭时均未提交任何证据证明其曾就案涉纠纷向江苏博悦的监事会（监事）、董事会（董事）提起书面申请，庭审时上海博悦代理人仅陈述“我方在诉讼前与王大庆（江苏博悦的董事长兼总经理）了解，他不同意以‘董监高’的名义提起诉讼”，并未陈述上海博悦曾向王大庆提交了书面申请，而庭审后又提交王大庆自认上海博悦曾就红禾投资滥用股东权利损害公司利益的行为向其提出了诉讼申请的书面说明，前后行为并不吻合，故书面说明所载内容真实性存疑。其次，该书面说明系案外人王大庆出具，因王大庆本人未到庭，说明书中“王大庆”签字是否为王大庆本人所签无法确认。退而言之，即便王大庆签字属实，因其同时兼任上海博悦的法定代表人，与本案具有明显的利害关系，该书面说明的客观性和中立性不足。再次，关于股东代表诉讼前置程序的履行方式，公司法第一百五十一条规定，股东应当以书面请求的方式向公司高管人员提出。本案中，若上海博悦确曾书面请求江苏博悦高管人员提起诉讼，则其应当能提供相关书面请求存根、邮寄送达申请回执等材料，但上海博悦并未能提供上述材料，且从王大庆出具的说明的内容上看，其亦未认可上海博悦系曾以书面形式向其提出诉讼申请。另外，上海博悦起诉时并未将江苏博悦列为第三人，亦无证据证明本案符合“情况紧急、不立即提起诉讼将会使公司利益受到难以弥补的损害的”的情形，其所提供微信聊天记录和银行汇款凭证不能证明红禾投资通知客户将案涉江苏博悦货款转账至启睿公司（即便该事实成立，在江苏博悦处于经营困境的情况下，利用启睿公司走账虽然违规，但并不必然损害江苏博悦的利益），故上海博悦无权在本案中提出股东代表诉讼，亦无权直接要求红禾投资承担损害公司利益的责任。同理，关于上海博悦以红禾投资与启睿公司存在关联交易为由，要求追加启睿公司为本案被告及要求开具相关调查令的申请，均依法不予准许。综上所述，上海博悦的起诉，不符合法律规定的条件。裁定：驳回上海博悦的起诉。

本院认为，《中华人民共和国公司法》第一百五十一条规定，“董事、高级管理人员有本法第一百四十九条规定的情形的，有限责任公司的股东、股份有限公司连续一百八十日以上单独或者合计持有公司百分之一以上股份的股东，可以书面请求监事会或者不设监事会的有限责任公司的监事向人民法院提起诉讼；监事有本法第一百四十九条规定的情形的，前述股东可以书面请求董事会或者不设董事会的有限责任公司的执行董事向人民法院提起诉讼。监事会、不设监事会的有限责任公司的监事，或者董事会、执行董事收到前款规定的股东书面请求后拒绝提起诉讼，或者自收到请求之日起三十日内未提起诉讼，或者情况紧急、不立即提起诉讼将会使公司利益受到难以弥补的损害的，前款规定的股东有权为了公司的利益以自己的名义直接向人民法院提起诉讼。他人侵犯公司合法权益，给公司造成损失的，本条第一款规定的股东可以依照前两款的规定向人民法院提起诉讼”。本案为损害公司利益责任纠纷，属于股东代表诉讼案件，应依照《中华人民共和国公司法》第一百五十一条的规定审查本案是否符合起诉条件。具体分析如下：

第一，《中华人民共和国公司法》第一百五十一条第一款规定为股东代表诉讼设置了前置程序，设定该前置程序主要是考虑到公司纠纷中，司法应持有限介入原则，即是对公司自治机制的补充和救济，其目的在于充分发挥公司的内部监督机制，竭尽公司内部救济手段，强化公司内部管理机构职能，只有公司明确拒绝或怠于提起诉讼时股东才可以代位诉讼。本案中，根据上海博悦提供的企业信用信息公示报告显示，江苏博悦的董事为白建兵、范蕊，监事为张华，董事长兼总经理为王大庆。只有在江苏博悦的上述相关人员收到上海博悦书面请求后拒绝提起诉讼，或者自收到请求之日起三十日内未提起诉讼，上海博悦才能以自己的名义提起派生诉讼。上海博悦虽提供王大庆签名的说明以证明其已履行前置程序，但该说明属于证人证言，而王大庆未到庭作证，故一审法院未确认该说明的真实性并无不当。退一步而言，即使该说明真实，仅根据现有证据，也不足以证明上海博悦曾就本案所主张的请求事项书面请求过江苏博悦的监事或执行董事向人民法院提起诉讼。因上海博悦并未提供证据证明其已经履行了该前置程序，故其以自己名义提起本案诉讼没有法律依据。

第二，《中华人民共和国公司法》第一百五十一条第一款规定的前置程序是针对股东代表诉讼的一般情况；而第二款规定的“情况紧急、不立即提起诉讼将会使公司利益受到难以弥补的损害”，是针对股东代表诉讼的特殊情况。股东代表诉讼适用此种情形，应属于损害公司利益的行为已经发生，但损害公司利益后果尚未发生或尚未完全发生，及时制止损害行为，可以最大限度地避免损害后果，股东主张存在“情况紧急”情形，应承担举证责任。本案中，上海博悦并未提供证据证实存在该情形，且上海博悦诉请的是收入归入权，即对已发生事实的权利主张，亦非属于情况紧急通过本案诉讼能够及时制止，避免损害结果发生的情形。故对上海博悦该上诉主张，本院亦不予支持。

第三，因上海博悦以股东身份直接起诉不符合法律规定的起诉条件，一审裁定驳回其起诉并无不当。鉴于本案系驳回上海博悦的起诉，故对上海博悦主张的诉讼请求变更、证据认定等问题，在本案中均不予理涉。

综上所述，上海博悦的上诉请求不能成立，应予驳回；一审裁定认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。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、第一百七十一条的规定，裁定如下：

驳回上诉，维持原裁定。

本裁定为终审裁定。

审判长　陈　卓

审判员　戴志霞

审判员　张志刚

二〇一九年七月二十二日

书记员　陆　佳