江苏省无锡市锡山区人民法院

民 事 判 决 书

（2018）苏0205民初1853号

原告：江苏腾云创智信息技术有限公司，住所地江苏省无锡市锡山经济开发区新竹路2号。

法定代表人：孟祥丰，该公司董事长。

委托诉讼代理人：陈尔曼，上海市海华永泰律师事务所律师（诉讼中，江苏腾云创智信息技术有限公司撤回对陈尔曼的委托）。

委托诉讼代理人：张健，上海市海华永泰律师事务所律师。

委托诉讼代理人：聂彦萍，上海市海华永泰律师事务所律师。

被告:潘峰，男，1973年11月10日生，汉族，户籍地天津市南开区，现住江苏省无锡市锡山区。

委托诉讼代理人：刘德胜，江苏行德律师事务所律师（诉讼中，潘峰撤回对刘德胜的委托）。

委托诉讼代理人：张海宏，北京德恒（无锡）律师事务所律师。

被告：刘德胜，男，1975年1月15日生，汉族，住江苏省无锡市梁溪区。

被告：江苏中智科创投资有限公司，住所地江苏省无锡市新吴区旺庄路180-1416。

法定代表人：潘峰，该公司执行董事。

委托诉讼代理人：刘德胜，江苏行德律师事务所律师（诉讼中，江苏中智科创投资有限公司撤回对刘德胜的委托）。

委托诉讼代理人：徐莹，江苏海辉律师事务所律师。

被告：江苏恒云太信息科技有限公司，住所地江苏省无锡开发区79-A地块。

法定代表人：王燕清，该公司董事长。

委托诉讼代理人：胡娜，江苏行德律师事务所律师（诉讼中，江苏恒云太信息科技有限公司撤回对胡娜的委托）。

委托诉讼代理人：李亮，江苏行德律师事务所实习律师（诉讼中，江苏恒云太信息科技有限公司撤回对李亮的委托）。

委托诉讼代理人：张腾霄，江苏智和律师事务所律师。

被告：江苏同云盛信息技术有限公司，住所地江苏省无锡中关村软件园1号楼203-52室。

法定代表人：王燕清，该公司董事长。

委托诉讼代理人：胡娜，江苏行德律师事务所律师（诉讼中，江苏同云盛信息技术有限公司撤回对胡娜的委托）。

委托诉讼代理人：李亮，江苏行德律师事务所实习律师（诉讼中，江苏同云盛信息技术有限公司撤回对李亮的委托）。

委托诉讼代理人：张腾霄，江苏智和律师事务所律师。

被告：拉萨欣导创业投资有限公司，住所地西藏自治区尼木县幸福中路19号3-302。

法定代表人：王燕清，该公司执行董事。

委托诉讼代理人：胡娜，江苏行德律师事务所律师（诉讼中，拉萨欣导创业投资有限公司撤回对胡娜的委托）。

委托诉讼代理人：李亮，江苏行德律师事务所实习律师（诉讼中，拉萨欣导创业投资有限公司撤回对李亮的委托）。

委托诉讼代理人：张腾霄，江苏智和律师事务所律师。

原告江苏腾云创智信息技术有限公司（以下简称腾云公司）与被告潘峰、刘德胜、江苏中智科创投资有限公司（以下简称中智公司）、江苏恒云太信息科技有限公司（以下简称恒云太公司）、江苏同云盛信息技术有限公司（以下简称同云盛公司）、拉萨欣导创业投资有限公司（以下简称欣导公司）损害公司利益责任纠纷一案，本院于2018年4月17日立案后，依法适用普通程序，于2018年6月6日组织证据交换，于2018年11月7日、2019年1月16日二次公开开庭进行了审理。原告腾云公司的委托诉讼代理人陈尔曼（参加证据交换）、张健（参加证据交换、第一、二次开庭）、聂彦萍（参加第一、二次开庭），被告潘峰的委托诉讼代理人刘德胜（参加证据交换）、张海宏（参加第一、二次开庭），被告刘德胜（参加证据交换、第一、二次开庭），被告中智公司的委托诉讼代理人刘德胜（参加证据交换）、徐莹（参加第一、二次开庭），被告恒云太公司的委托诉讼代理人胡娜（参加证据交换、第一次开庭）、李亮（参加证据交换、第一次开庭）、张腾霄（参加第二次开庭），被告同云盛公司的委托诉讼代理人胡娜（参加证据交换、第一次开庭）、李亮（参加证据交换、第一次开庭）、张腾霄（参加第二次开庭），被告欣导公司的委托诉讼代理人胡娜（参加证据交换、第一次开庭）、李亮（参加证据交换、第一次开庭）、张腾霄（参加第二次开庭）到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告腾云公司向本院提出诉讼请求：1、请求判令潘峰持有中智公司比例为43.83%的股权（股权比例以工商登记为准）及其股东权益归腾云公司所有；2、请求判令潘峰、刘德胜、中智公司、恒云太公司、同云盛公司、欣导公司连带赔偿腾云公司预期收益损失，以涉案项目（无锡电信项目）竣工后的项目收益为基数，按潘峰间接持有恒云太公司股权比例计算，暂计算至涉案项目可产生收益的第一年，为1358.79万元。诉讼中，原告腾云公司变更上述第1项诉讼请求为：请求判令潘峰下列收入归腾云公司所有：（1）潘峰转让股权（潘峰转让中智公司40.17%股权对价，及潘峰转让间接持有恒云太公司36.36%股权对价）所得的收入，共计2878.98万元（以腾云公司目前可查资料/金额计算，最终以潘峰实际应得收入计算）；（2）潘峰自中智公司、恒云太公司、同云盛公司所得的工资收入127.51万元（以第三方于2018年发布的《网络安全人才市场状况研究报告》中“安全企业提供给网络安全相关岗位的平均新酬”11806.2元/月为基数，期限自公司设立时起暂计算三年，最终以潘峰实际所得的工资数额计算）；（3）潘峰以现持有中智公司43.83%股权所得的分红收入（以中智公司可分配利润为基数，按潘峰持有中智公司股权比例计算；以恒云太公司可分配利润为基数，按潘峰间接持有恒云太公司股权比例计算；自公司设立时起算，具体以实际分红数额计算）。

事实和理由：2014年12月4日，腾云公司与中国电信股份有限公司无锡分公司（以下简称电信无锡分公司）签订《无锡国际数据中心三期项目合作协议》（以下简称《合作协议》），共同建设经营无锡国际数据中心三期项目（以下简称无锡电信项目），潘峰作为腾云公司董事及高级管理人员，全权代表腾云公司负责该项目策划、洽谈、签约、建设及投融资等事项。《合作协议》签订后，腾云公司积极投入协议履行工作。但是，潘峰在《合作协议》履行期间，私自与刘德胜设立中智公司，恶意阻止腾云公司与电信无锡分公司有效履行《合作协议》，并利用其担任腾云公司职务的便利，擅自将腾云公司的商业机会转移至其实际控制的恒云太公司和同云盛公司，刘德胜、中智公司、恒云太公司、同云盛公司、欣导公司与潘峰构成共同侵权，应对腾云公司损失承担连带赔偿责任。主要事实和理由为：1、无锡电信项目属于腾云公司的商业机会，腾云公司高度重视且已实际投入运营工作：孟祥丰、孙传国和潘峰于2012年12月21日共同出资设立腾云公司，潘峰担任腾云公司董事及高级管理人员，主要负责技术研发、运营商渠道建设、数据中心销售工作等。腾云公司主要从事第二类增值电信业务中的因特网信息服务业务及呼叫中心业务等，无锡电信项目为腾云公司自2013年起即开始重点运营之合作项目。无锡电信项目《合作协议》签订后，腾云公司积极履约，已开展涉案项目的电力系统项目、环评项目、勘察项目实施等，腾云公司为该项目顺利开展筹备资金保障及资源支持。腾云公司全权授权潘峰与电信无锡分公司共同运营无锡电信项目，整体项目合作期间，潘峰均直接代表腾云公司与电信无锡分公司对接、签署及安排协议履行进度、代为沟通项目信息等。潘峰在该项目履行期间，刻意向腾云公司隐瞒已获取的资金来源及合作方信息，未及时向双方转达项目信息及进展等，导致该项目《合作协议》未得到有效履行；2、未经腾云公司股东会同意，潘峰违反忠实义务及利用其关联公司实施侵权：潘峰利用其任职腾云公司董事、高级管理人员职位的便利，私自转移腾云公司商业项目合作利益，在腾云公司无锡电信项目履行期间内，私自与刘德胜成立中智公司，并带走腾云公司技术团队，后利用关联公司恒云太公司、同云盛公司对接无锡电信项目，以其关联公司名义继续合作运营，已构成对腾云公司利益的共同侵权。潘峰、刘德胜于2015年9月17日出资设立中智公司，潘峰持有中智公司43.83%的股权（股权比例以工商登记为准）；欣导公司于2015年10月30日自行投资及通过其全资子公司开益禧（无锡）有限公司（以下简称开益禧公司），分别投资设立恒云太公司及同云盛公司。恒云太公司和同云盛公司主营业务包括因特网信息服务业务和呼叫中心业务等（与腾云公司主营业务类似且与上述属于腾云公司商业机会所涉的项目相关），其董事长均为王燕清（时任欣导公司法定代表人），董事均由刘德胜担任，潘峰均为其事实上的总经理及实际控制人。上述中智公司（2015年9月17日成立）、恒云太公司（2015年10月30日成立）、同云盛公司（2015年10月30日成立）均在腾云公司与电信无锡分公司《合作协议》履行期内成立。经媒体报道及“中国建设工程招标网”信息披露，恒云太公司、同云盛公司在腾云公司不知情的情况下，即已由潘峰实际操控私自与电信无锡分公司签约成功，现正式合作运营该无锡电信项目。综上所述，腾云公司认为：中智公司、恒云太公司、同云盛公司均属违规、违法设立，且均为潘峰以前述主体私自对接腾云公司无锡电信项目所设立；潘峰在腾云公司任职董事、高级管理人员期间，未经腾云公司股东会同意，利用在腾云公司负责技术研发、运营商渠道建设及数据中心销售工作等重要职务便利，私自设立项目公司并利用与腾云公司经营业务类似的关联公司谋取属于腾云公司的无锡电信项目商业机会，并招徕腾云公司核心技术人员入职同云盛公司，与各被告共同经营与腾云公司同类业务，从中获取股权（权益）、股权分红、项目利润及工资等收入，严重违反法律及腾云公司章程的规定，已构成对腾云公司利益的侵害。根据公司法等相关规定，潘峰违反规定所得的收入包括转让股权、自中智公司、恒云太公司、同云盛公司所得的工资收入以及以现持有中智公司的43.83%股权所得的分红收入，应当归腾云公司所有。同时，刘德胜、中智公司、恒云太公司、同云盛公司、欣导公司明知潘峰为腾云公司董事、高级管理人员及其违背忠实、勤勉义务的事实，仍利用其谋取且共同经营腾云公司商业机会的行为，已构成对腾云公司利益的共同侵权，严重侵犯腾云公司合法利益。综上，腾云公司提出前述诉讼请求。

被告潘峰辩称：1、其从未担任腾云公司的高管，且自2013年12月起不再担任董事职务。腾云公司章程并未规定高管的范围，根据公司法规定，高管范围限于经理、副经理、财务负责人，其不属于上述范围，故不属于高管。2013年12月1日，其从腾云公司离职，辞去了包括董事在内的全部职务，双方之间的劳动关系解除。之后，其未再履行董事职务，也未获得报酬。在辞职后仍代表腾云公司对外签署与电信无锡分公司合作的相关协议，其仅基于腾云公司股东身份所为；2、其在中智公司的出资由其本人实际投入，股权转让也是原价转让，没有任何收益。且中智公司的经营范围与腾云公司完全不同，不构成同业经营，故腾云公司要求将转让股权收益及分红收入归入腾云公司没有依据。另外，其并非恒云太公司的股东，中智公司才是恒云太公司股东，该公司转让恒云太公司36.36%的股权所得应归中智公司所有；3、其并未谋取属于腾云公司的商业机会。腾云公司曾与电信无锡分公司签订《合作协议》，但因腾云公司未能按合同要求履行资金保障义务，导致电信无锡分公司与之解约，故其系因自己的违约行为丧失了该商业机会。另外，腾云公司员工离职后入职恒云太公司系合法的人才流动，主要技术人员曹晓华从腾云公司离职后即入职淘宝中国软件公司，该些人员流动与腾云公司未能履行资金保障义务没有关联。电信无锡分公司与腾云公司解除合同后有权按照自已的意愿另行选择合作对象，同云盛公司也有权取得该商业机会；4、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列于被禁止的竞争营业之类。中智公司的经营范围与腾云公司明显不同，恒云太公司工商登记的经营范围为“在上海、江苏二省（直辖市）范围内从事第一类增值电信业务中的互联网接入服务业务，在上海一直辖市以及无锡一城市范围内从事第一类增值电信业务中的互联网数据中心业务（不含互联网资源协作服务）”，与腾云公司完全不同，且恒云太公司成立后只在上海一直辖市以及无锡一城市范围内从事第一类增值电信业务中的互联网数据中心业务，未开展其他经营活动。另外，同云盛公司、欣导公司与其没有关系，其未从同云盛公司取得过任何收入。虽然，恒云太公司的部分错误宣传中提到潘峰系同云盛公司总经理，但该宣传表述与事实不符，也未经同云盛公司认可，故不能仅凭恒云太公司单方面的错误宣传认定其是同云盛公司的高级管理人员。综上，请求法院驳回腾云公司对其的诉讼请求。

被告刘德胜辩称：同意潘峰的答辩意见；根据工业和信息化部官网发布的关于进一步规范因特网数据中心业务和因特网接入服务业务市场准入工作的通告及电信业务分类目录，案涉数据中心业务需要获得许可，但是腾云公司并未取得数据中心或者云计算的经营许可，不具备实际经营数据中心和云计算的资质；腾云公司未提供其个人应承担连带责任的事实和法律依据。综上，请求法院驳回腾云公司对其的诉讼请求。

被告中智公司辩称，潘峰是中智公司的股东，中智公司对潘峰与腾云公司之间的纠纷不知情，中智公司的经营范围是利用自有资金对外投资、提供企业管理咨询服务等,与腾云公司工商登记的经营范围不同。综上，请求法院驳回腾云公司对其的诉讼请求。

被告恒云太公司、同云盛公司共同辩称：恒云太公司、同云盛公司都是依法设立的，不能因为腾云公司有相关的项目在运作就不允许设立类似行业的公司；恒云太公司从未参与任何电信项目，同云盛公司与电信无锡分公司的合作是基于王燕清董事长在无锡市商业合作基础和资源而获取的商业机会，腾云公司在已经失去或者放弃商业机会后，同云盛公司当然有权通过自身能力获得合作机会。综上，请求法院驳回腾云公司对其的诉讼请求。

被告欣导公司辩称，其与案涉纠纷无关。

经审理查明：

一、腾云公司的基本情况。腾云公司于2012年2月21日设立，公司注册资本3000万元，法定代表人为孟祥丰，经营范围无许可经营项目，一般经营项目为从事计算机网络技术、计算机信息技术、通信技术领域的技术开发、技术服务、技术转让；计算机软硬件、网络设备、通信设备的开发与销售、互联网网络综合平台的技术开发、咨询及技术服务；自营和代理各类商品及技术的进出口业务。2012年2月20日的公司股东会决议选举孙传国、孟祥丰、潘峰为公司董事，徐海航为公司监事。当日的董事会决议选举孟祥丰为董事长、孙传国为副董事长，聘任孟祥丰为公司经理。2013年1月11日，腾云公司经营范围经工商变更登记增加许可经营项目为在江苏省范围内从事第二类增值电信业务中的因特网信息服务业务和第二类增值电信业务中的呼叫中心业务。2013年4月26日腾云公司董事会决议：董事会成员分工为董事长分管公司财务部，总经理代分管综合管理部、人力资源部、市场部销售人员管理、代理商渠道建设工作，首席运营官分管研发中心、运营商渠道建设、数据中心销售工作；潘总继续跟进与电信陆总合作销售数据中心事项。2014年7月21日的腾云公司章程规定，公司注册资本3000万元，股东孟祥丰、孙传国、潘峰分别以现金出资1000万元；公司设董事会，成员为三人，由股东会选举产生，董事任期三年，任期届满，可连选连任。

二、腾云公司与电信无锡分公司签订《合作协议》及履约、解约情况。2014年1月20日，电信无锡分公司与腾云公司签订《IDC业务代理协议》，约定电信无锡分公司授权给腾云公司为电信无锡分公司IDC业务代理商资格；腾云公司代理销售电信无锡分公司在无锡境内的所有IDC业务（包含IDC基础资源机位、机柜、带宽出租，IDC增值业务服务等），腾云公司代理销售的电信无锡分公司最终客户。该协议落款处，腾云公司授权代表潘峰亦签字。2014年2月18日，电信无锡分公司与腾云公司签订《“基于云平台的呼叫坐席”服务的协议》，约定：双方为电信无锡分公司的用户提供基于云平台的呼叫坐席服务，腾云公司提供基于云平台的呼叫坐席服务所需的经双方协商确定的软硬件系统平台资源，并有义务确保系统所有涉及的软硬件版权的合法性。2014年12月4日，电信无锡分公司与腾云公司签订《合作协议》，约定：电信无锡分公司负责提供土地，负责变配电、UPS电源、BMS、数据、机房装修、空调末端、设计费、建设方案咨询费等投资，并负责提供机房运行所需的带宽、传输设备以及所有与数据传输相关的设备和线路；腾云公司负责投资建设机房楼（含公共部分装修）、室外工程、变电站（含设备）、外市电引入（110KV）、中央空调主机、油机等；电信无锡分公司总投资估算3.55亿元，腾云公司总投资估算5.36亿元；项目合作期限为50年；机架收入分成根据双方投资比例，按照税前利润分成；带宽（包含互联网带宽、电路，扣除代理费）分成比例为电信无锡分公司90%、腾云公司10%。该协议落款处，腾云公司授权代表潘峰亦签字。2015年3月27日，电信无锡分公司与腾云公司就国际数据中心三期财务管理和会计核算办法签订协议。2015年3月30日，电信无锡分公司、腾云公司作为发包人与江苏春越低碳研究有限公司签订《咨询合同》，委托其就合作项目编制节能评估报告书。2015年4月1日，电信无锡分公司、腾云公司作为发包人与承包人南京博环环保有限公司研究所签订《环境影响评价合同书》，要求承包人提供环评技术服务，编制环评报告表，并协助发包人准备报告表的审批。2015年4月8日，电信无锡分公司、腾云公司作为发包人与江苏苏州地质工程勘察院签订《建设工程勘察合同》，委托勘察人承担无锡国际数据中心三期工程勘察任务。2015年8月3日，腾云公司委托河南安靠电力工程设计有限公司针对中国（无锡）国际数据中心三期项目配套变电站的接入方案进行咨询和设计工作。2015年11月23日，电信无锡分公司与腾云公司签订协议，载明：双方于2014年签订了《合作协议》，合同签订后电信无锡分公司完全按照合同约定履行了义务，而腾云公司一直未能按合同的要求履行资金保障义务，经多次催告仍未整改后电信无锡分公司于2015年11月6日发函解除《合作协议》，双方确认《合作协议》解除。

三、潘峰的任职情况。无锡市社会保险缴费信息载明：潘峰与腾云公司协商一致于2013年12月1日解除劳动合同。无锡市社会保险基金管理中心信息载明：腾云公司自2012年3月至2013年11月为潘峰缴纳社会保险；恒云太公司自2016年12月始为潘峰缴纳社会保险。

四、相关公司的情况。2015年9月17日，刘德胜、潘峰分别出资960万元、5040万元设立中智公司，公司法定代表人为潘峰，公司注册资本6000万元，出资认缴时间为2045年12月31日；公司经营范围为利用自有资金对外投资、企业管理咨询服务。2016年9月20日，潘峰将其持有的中智公司5%股权以300万元的价格转让给孙世东；4%的股权以240万元的价格转让给梁燕；3.33%股权以200万元的价格转让给周笑天；5%股权以300万元的价格转让给周云海；3%股权以180万元的价格转让给陈金刚。2017年8月，潘峰先后将其持有的中智公司5.714%股权转让给周晓东、0.635%股权转让给王昀、0.318%股权转让给顾燕敏、10.5%股权转让给孙群、2%股权转让给张延涛、0.667%股权转让给周笑天。恒云太公司由中智公司和开益禧公司于2015年10月30日投资设立；公司法定代表人王燕清；公司经营范围为物联网技术的研发、在江苏省范围内从事第二类增值电信业务中的因特网信息服务业务和第二类增值电信业务中的呼叫中心业务和第二类增值电信业务中的信息服务业务，在上海、江苏二省（直辖市）范围内从事第一类增值电信业务中的互联网接入服务业务，在上海一直辖市以及无锡一城市范围内从事第一类增值电信业务中的互联网数据中心业务等等。2017年7月19日，工业和信息化部向恒云太公司颁发增值电信业务经营许可证，准许恒云太公司经营增值电信业务。2017年5月2日，中智公司将其持有的恒云太公司5%的股权转让给开益禧公司。2017年12月20日，中智公司将其持有的恒云太公司20%股权转让给开益禧公司；将恒云太公司11.36%股权转让给无锡君鑫科创投资有限公司（以下简称君鑫公司）。同云盛公司于2015年10月30日成立，公司法定代表人王燕清；公司经营范围为物联网技术的研发、在江苏省范围内从事第二类增值电信业务中的因特网信息服务业务和第二类增值电信业务中的呼叫中心业务、从事计算机网络技术、计算机信息技术、通信技术领域的技术开发、技术服务、技术转让等等。2017年5月9日，工业和信息化部向同云盛公司颁发增值电信业务经营许可证，准许同云盛公司经营增值电信业务。无锡先导投资发展有限公司（以下简称先导公司）于2007年7月26日成立，其企业名称于2018年5月18日经工商部门核准变更登记为欣导公司。

2016年4月28日，电信无锡分公司、同云盛公司以及同云盛公司担保人先导公司签订《无锡国际数据中心三期项目战略合作框架协议》，约定：电信无锡分公司负责提供建设用地，负责变配电、UPS电源、BMS、数据、机房装修、空调末端、设计费（不含机房楼土建部分的设计费）、建设方案咨询费等投资，并负责提供机房运行所需的带宽、传输设备以及所有与数据传输相关的设备和线路等；同云盛公司负责投资建设机房楼（含公共部分装修）、项目全部室外工程、变电站（含设备）、外市电引入（110KV）、中央空调主机、油机、机房楼土建部分的设计费等；2016年投资估算为6086万元，2017年投资估算为33530万元。之后，电信无锡分公司与同云盛公司、先导公司签订补充协议，就前述协议的相关内容进行补充约定。

诉讼中，腾云公司陈述潘峰、刘德胜、中智公司等攫取其商业机会获得收益，因中智公司于2017年5月2日将其持有的恒云太公司5%的股权转让给开益禧公司，于2017年12月20日将恒云太公司20%的股权转让给开益禧公司、11.36%的股权转让给君鑫公司，故向本院申请对中智公司的财务、收入等情况进行司法审计；另申请对案涉无锡国际数据中心三期项目的项目收益进行司法评估。

上述事实，有腾云公司提供的腾云公司工商档案资料、腾云公司股东会决议、董事会决议、《IDC业务代理协议》、《“基于云平台的呼叫坐席”服务的协议》、《合作协议》、《咨询合同》、《环境影响评价合同书》、《建设工程勘察合同》、中智公司工商档案资料、恒云太公司工商档案资料、同云盛公司工商档案资料、欣导公司工商档案资料，潘峰提供的社保缴费记录、解除劳动关系信息、2015年11月23日协议书，刘德胜提供的经营许可证书，本院调取的《无锡国际数据中心三期项目战略合作框架协议》、补充协议及当事人陈述在案佐证。

本院认为，公司法规定，董事、监事、高级管理人员应当遵守法律、行政法规和公司章程，对公司负有忠实义务和勤勉义务；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他人谋取属于公司的商业机会，不得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所得的收入应当归公司所有。本案的争议焦点主要为：第一，潘峰是否为腾云公司的董事、高级管理人员？第二，潘峰是否存在侵害腾云公司利益的侵权行为？第三，如潘峰存在侵害腾云公司利益的侵权行为，则潘峰因该侵权行为所得的收入如何确定?刘德胜、中智公司、恒云太公司、同云盛公司、欣导公司是否与之共同实施侵权行为并造成腾云公司的损失?

关于争议焦点一，潘峰的身份。首先，公司法所指的高级管理人员，是指公司的经理、副经理、财务负责人、上市公司董事长秘书和公司章程规定的其他人员。本案中，腾云公司章程并未对高级管理人员进行规定，潘峰亦非腾云公司的经理、副经理或财务负责人，故潘峰并非腾云公司的高级管理人员。其次，腾云公司设立之初，2012年2月20日的股东会决议选举潘峰与孙传国、孟祥丰同为公司董事，且腾云公司章程规定董事任期三年，任期届满，可连选连任。本院认为，腾云公司的董事系股东会选举产生，公司和董事之间属于委任关系，在法律和公司章程没有相反规定的情况下，卸任公司董事职务应以公司解除委任或董事办理辞去董事职务手续方可认定。本案中，潘峰并未举证其在当选腾云公司董事后已向公司提出辞去董事职务的申请，本案中亦无证据证明腾云公司已解除其董事职务，故即使潘峰所任腾云公司董事三年任期已届满，在腾云公司股东会选举新的董事之前，潘峰仍具有腾云公司董事的身份。本院亦认为，公司与董事之间的委任关系，不同于用人单位与劳动者之间的劳动关系，潘峰是否与腾云公司解除劳动关系并不影响其仍具有腾云公司董事的身份。

关于争议焦点二，潘峰是否存在侵害腾云公司利益的侵权行为？本院认为，潘峰并未为自己或者他人谋取原属于腾云公司的商业机会。根据腾云公司与电信无锡分公司之间的协议所载，双方解除《合作协议》的原因在于腾云公司未能按照《合作协议》的约定履行资金保障的义务。本院认为，虽然潘峰代表腾云公司与电信无锡分公司对接合作项目，但是腾云公司的资金保障义务在双方的《合作协议》中已有明确约定，考虑到双方合作项目投资估算达到8.91亿元，资金保障义务无疑是项目合作的核心内容，对于资金保障义务的具体时间、阶段和数额，腾云公司及公司高管均知道或应当知道。资金保障义务是公司义务而非潘峰个人的义务，2013年4月15日的腾云公司董事会决议亦载明董事长孟祥丰分管公司财务工作，腾云公司的相关举证并不能证明系潘峰恶意阻止腾云公司按约履行相应的资金保障义务才致《合作协议》解除。另外，案涉与电信无锡分公司的合作项目内容应属特许经营项目，恒云太公司、同云盛公司均已取得相关特许授权，但腾云公司并未授权取得该方面的资质。换言之，腾云公司丧失与电信无锡分公司的合作机会，系其自身违约行为所致而非为他人所谋取。

关于争议焦点三，腾云公司要求行使归入权的范围及共同侵权的认定。基于前述争议焦点二潘峰不存在侵权行为的认定，本院对此无需再作认定，且对腾云公司司法审计及司法评估的申请亦不予准许。

综上，依照《中华人民共和国公司法》第二百一十七条、《最高人民法院关于适用的解释》第九十条之规定，判决如下：

驳回江苏腾云创智信息技术有限公司的诉讼请求。

案件受理费260064元，财产保全费5000元，二项合计265064元，由腾云公司负担。

如不服本判决，可以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，上诉于江苏省无锡市中级人民法院，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　　蔡永芳

人民陪审员　　孙　滇

人民陪审员　　周　演

二〇一九年四月十五日

书　记　员　　高　婷

本案援引法律条款

《中华人民共和国公司法》

第二百一十七条本法下列用语的含义：

（一）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。

（二）控股股东，是指其出资额占有限责任公司资本总额百分之五十以上或者其持有的股份占股份有限公司股本总额百分之五十以上的股东；出资额或者持有股份的比例虽然不足百分之五十，但依其出资额或者持有的股份所享有的表决权已足以对股东会、股东大会的决议产生重大影响的股东。

（三）实际控制人，是指虽不是公司的股东，但通过投资关系、协议或者其他安排，能够实际支配公司行为的人。

（四）关联关系，是指公司控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员与其直接或者间接控制的企业之间的关系，以及可能导致公司利益转移的其他关系。但是，国家控股的企业之间不仅因为同受国家控股而具有关联关系。

《最高人民法院关于适用的解释》

第九十条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，但法律另有规定的除外。

在作出判决前，当事人未能提供证据或者证据不足以证明其事实主张的，由负有举证证明责任的当事人承担不利的后果。