

从司法实践看大湾区初创企业与员工的“业绩对赌”

作者：黄巍 | 唐玉春 | 冯雯

业绩对赌起源于私募股权投资中投资人与被投资企业之间的约定。近年来，这一机制被多个行业的初创企业广泛运用于企业内部对员工的激励方案中，例如，与员工约定，如员工业绩考核达标，则可获得奖励；如未能完成预定业绩指标，则可能会被扣工资、罚款或扣除业绩承诺保证金等。该机制意在将员工与企业业务进行绩效绑定，增强员工对于具体工作的主人翁意识和责任感，促进企业业务发展。

大湾区是中国经济互动最活跃的城市群之一，拥有众多的初创企业。对于这些致力于业务快速发展的初创企业而言，推行这一机制的初衷多是为了促进企业与员工共赢，但落实到具体的对赌措施，却可能因措施不当而导致企业与员工之间的矛盾激化、争议频发，企业亦可能需要耗费大量时间与精力处理该等纠纷，其经营管理在一定程度上亦会受到影响。

赌或不赌，关乎一个初创企业管理的稳定和业务的成长，特别在目前的疫情之下，初创企业对现金流的管理和人力的规划显得尤为重要。大湾区的初创企业如需与员工业绩对赌，应注意哪些问题？**本文通过整理北京、上海及湾区相关案例，从员工业绩对赌的模式、法律关系和效力认定、法律风险等几个方面进行分析，希望能够为大湾区初创企业制定员工业绩对赌制度提供一些思路。**

一、初创企业与员工进行业绩对赌的模式

初创企业与员工之间的业绩对赌模式较为多样。主要可分为以下几种模式：

（一）企业项目跟投

通常的表现形式为：针对企业的特定项目（如某款产品、某项具体业务），企业与员工约定，员工向企业支付投资本金投资于企业的该特定项目。员工与企业共享利润、共担风险，员工仅享受项目利润分成，不持有企业任何股权。企业根据员工在该特定项目的业绩完成情况给予员工分红（如有）或要求员工承担亏损（一般为按一定比例扣除员工投资本金）。员工如中途离职，需提前退出该等投资项目的，亦根据退出时的项目盈亏情况，按比例获得利润分成或承担亏损。

（二）事前收取保证金

企业与员工约定绩效完成指标（例如，由员工负责的特定项目研发成功或取得阶段性进展、员工开拓了一定数量的新客户、员工实现了一定金额的销售额、员工负责的部门或门店净利润达到一定金额等，绩效考核频率可以是按月度、季度或年度进行），企业向员工收取一定的保证金，并将员工的业绩考核情况与该等保证金绑定。与企业项目跟投模式相比，保证金模式下，员工向企业支付的金额往往相对较少。如员工完成绩效考核，则企业向员工归还保证金，并视情况给予员工一定奖励；如员工未完成业绩考核，则企业相应扣除保证金。

（三）事后扣除工资

企业与员工约定绩效完成指标，如员工完成约定的绩效指标，则企业按一定比例给予员工奖金；否则，企业按一定比例直接从员工工资中扣除相应金额。

（四）员工持股

员工通过自己的优秀表现获得企业对其的股权激励，员工本人的表现会直接影响其获得的激励股权的多少及行权的时间表等。员工通过认购企业的股权成为企业股东，或企业设立持股平台，员工以自有资金认购持股平台的份额，从而成为公司的间接股东，与企业盈亏共担，承担投资风险。

二、初创企业与员工进行业绩对赌的法律关系及法律效力认定

鉴于初创企业与员工的业绩对赌的模式多样，该等业绩对赌在法律上通常可被认定为三类法律关系：**劳动合同关系、民事合同关系、股权投资关系**。以下我们将基于不同的法律关系认定，分析其法律效力。

（一）劳动合同关系

司法实践中，企业与员工之间基于业绩对赌形成的关系主要被认定为劳动合同关系。原因在于，正常情况下，员工应接受企业的管理，受企业各项规章制度的约束，企业处于更为强势的地位，与员工并非完全平等的民事主体，为雇佣与被雇佣的关系，因此受劳动相关法律法规的约束。在劳动合同关系之下，法院往往基于以下几点判断企业与员工的业绩对赌安排是否有效：

1. 企业是否将经营风险转嫁给员工；
2. 企业是否要求员工提供担保或以其他名义向劳动者收取财物；
3. 企业是否和员工约定了法定情形之外的由员工承担违约金的情况；
4. 企业是否免除自身按时足额给付工资的法定责任，排除员工获取劳动报酬权。

通过典型案例可看出，湾区（中山）法院与北京、上海等地的法院就上述判断要点的态度并无二致，现将我们从公开渠道查询到的判决时间在 2015 年至 2019 年之间的部分案例要点总结如下，供参考：

序号	模式	案号	基本事实	裁判要点
1.	企业项目跟投	北京市第三中级人民法院（2018）京 03 民终 5188 号	<p>(1) 企业（原审被告、二审上诉人）与员工（原审原告、二审被上诉人）签署《目标责任及合作协议书》，约定作为总经理的该员工需带领公司于 2014 年完成 4,000 万元的全年销售任务，该员工在《目标责任及合作协议书》签订日汇入企业账户 30 万元，作为风险投资资金；</p> <p>(2) 当该员工在 2014 年 5 月 31 日前完成 1,000 万元的销售业绩，企业返还 30 万元，并付给投资回报款 12 万元；若未在约定期限前完成 1,000 万元的销售业绩，则该员工应放弃 30 万元的风险投资，该风险投资作为企业项目经营失败补偿，企业不再退还。</p>	<p>(1) 员工虽担任企业总经理，但与企业签有劳动合同，是在劳动合同关系存续期间交纳的风险投资金。该员工亦受企业管理，属于劳动法律法规所保护的劳动者范畴；</p> <p>(2) 双方虽签有《目标责任及合作协议书》，但该协议系由企业提供，基于其作为用人单位的身份，处于优势缔约地位；</p> <p>(3) 根据《劳动合同法》第九条，用人单位招用劳动者，不得要求劳动者提供担保或者以其他名义向劳动者收取财物。</p>
2.	事前收取保证金	广东省中山市中级人民法院（2015）中中法民二终字第 736 号	<p>(1) 企业（原审被告、二审上诉人）与员工（原审原告、二审被上诉人）签署《PK 对赌协议》，约定员工以现金方式或从工资中一次性扣减的支付方式，向企业交纳一定数目的金额，参与对赌；</p> <p>(2) 若企业利润目标达标，且员工部门或个人完成考核利润或达到业绩指标，则员工最高可获得交纳对赌金 12 倍的奖励；若员工部门或个人未完成考核利润或利润目标不达标，且企业利润目标不达标，则企业没收员工交纳的对赌金。</p>	<p>(1) 企业相对而言处于强势地位，双方并非完全平等的民事主体；</p> <p>(2) 作为用人单位可以就奖励事项设立激励方案，但不得以任何形式（包括以违约金的方式）没收员工交纳的财物。</p>
3.		北京市第二中级人民法院（2016）京 02 民终	企业（原审被告、二审上诉人）与员工（原审原告、二审被上诉人）签署协议进行净利润考核，员工须向企业缴纳保证金。	<p>(1) 员工与企业签订有劳动合同，于工作期间遵守企业的各项规章制度，员工工资、奖金等福利由企业正常发放。</p>

序号	模式	案号	基本事实	裁判要点
		4877号	超出净利润指标的利润归员工所有，低于净利润指标的差额则从员工缴纳的保证金中扣除相应数额。	<p>双方之间属于管理与被管理的关系，双方签订的业绩对赌性质的净利润考核相关协议与一般性的平等主体之间签署的承包协议存在本质区别；</p> <p>(2) 企业以低于净利润指标的差额应从员工缴纳的保证金中予以相应数额扣除的情况，属于将企业经营风险转由劳动者承担，有违公平原则。</p>
4.		上海市第二中级人民法院（2019）沪02民终7551号	企业（原审原告、二审上诉人）与员工（原审被告、二审被上诉人）签署《店经理业绩PK承诺书》，要求员工缴纳业绩PK承诺资金3万元。该承诺金为企业强制要求交纳，否则员工不能当店长。	<p>(1) 用人单位招用劳动者，不得要求劳动者提供担保或者以其他名义向劳动者收取财物；</p> <p>(2) 将企业的部分经营风险变相转嫁至劳动者，违反法律强制性规定，当属无效。</p>
5.	事后扣除工资	北京市第二中级人民法院（2019）京02民终314号	企业（原审原告、二审被上诉人）要求员工（原审被告、二审上诉人）签署承诺书。承诺书中订立一定期限内的销售任务目标，员工如完成则获得奖励，未完成则需向企业“裸捐”2,000元，即扣除员工相应金额的工资。	<p>(1) 劳动者不应承担用人单位的生产经营风险；</p> <p>(2) 用人单位免除自身按时足额给付工资的法定责任、排除劳动者劳动报酬权，属于无效。</p>

但是在下述情形下，亦存在司法判例倾向于认为企业与员工签订业绩相关的薪资安排是合法有效的：

1. 员工为销售人员，或其工资结构本身即是基本工资+提成/年终奖（如有）。例如：

序号	案号	基本事实	裁判要点
1.	北京市昌平区人民法院（2018）京0114民初8023号	<p>(1) 企业（被告）与员工（原告）签署了《劳动合同》，该员工岗位为业务部大客户经理，负责销售工作。双方另外签署《约定书》，约定员工向企业承诺2016年度人民币1,000万元的销售目标，并同意企业每月从其工资中暂扣20%基本工资；</p> <p>(2) 如在规定的销售截止时间点未能完成销售目标，则企业不会返还前</p>	<p>(1) 企业根据自身生产经营需要调整员工的薪酬标准是企业用人自主权的重要内容，对企业的正常生产经营不可或缺，作为司法机关应当对该经营自主权予以充分尊重；</p> <p>(2) 作为以营利为目的的企业法人，和销售员签订与业绩相关的薪资安排在行业内具有广泛性，只要该约定不违反法律、行政法规的强制性规定，应为合法有效。</p>

序号	案号	基本事实	裁判要点
		述暂扣款；如销售目标超额完成了，则企业将向员工返还暂扣款并对其另行奖励。	
2.	上海市第二中级人民法院（2019）沪02民终11914号	员工（ <i>原审被告</i> 、 <i>二审上诉人</i> ）为企业（ <i>原审原告</i> 、 <i>二审被上诉人</i> ）的销售人员，向法院主张由企业向其支付年终奖和提成。但企业并未与其明确约定过年终奖和提成工资，由企业根据自己的经营情况进行自主发放。	<p>(1) 年终奖为用人单位支付给劳动者的奖励性报酬，企业有权根据自身的经济状况以及职工的表现自主决定奖金的发放与否以及发放数额、发放条件；</p> <p>(2) 提成工资是企业对员工工作成绩的奖励，也是劳动报酬的组成部分，劳动者是否能获得提成款以及该款项如何分配、支付，有赖于双方当事人的约定及用人单位规章制度的设定。</p>

2. 企业在与员工商谈、签署《劳动合同》过程中即明确约定，将劳动者日后完成任务的情况作为发放工资的前提条件。例如：

序号	案号	基本事实	裁判要点
1.	北京市第二中级人民法院（2015）二中民终字第04353号	在员工（ <i>原审互为原、被告</i> ， <i>二审为上诉人</i> ）入职之初，企业（ <i>原审互为原、被告</i> ， <i>二审为被上诉人</i> ）即与员工签署《劳动合同》，约定企业先向员工支付基本工资的50%，若该员工完成一定的营业额，则企业补齐工资，并根据营业额给予员工提成。	<p>(1) 用人单位与劳动者在商谈、签署《劳动合同》过程中具有平等主体地位，双方还并未形成因劳动管理而产生的管理与被管理的不平等关系；</p> <p>(2) 该案与用人单位强行收取劳动者风险抵押金、押金、担保金等行为存在本质区别，后者系劳动者将本属于自身的财物被迫交给用人单位保管，所涉财物的所有权在上述行为时已明确归属于劳动者；</p> <p>(3) 企业与员工关于基本工资标准约定内容系双方协商确定的结果，具有促使劳动者发挥劳动创造力的激励作用。在这一薪酬机制中，员工只有在满足其与企业所约定的业绩条款后才有权要求企业足额补发以往的基本工资，即剩余的基本工资并不必然属于该员工的应得劳动报酬，员工是否有权获得剩余的基本工资本身即具有不确定性。</p>

（二）民事合同关系

若员工以商业合作伙伴的身份，在自愿、平等的前提下，与企业签署协议，进行业绩对赌，亦可能

会被认定为民事合同关系。对于普通民事合同关系，法院主要根据《中华人民共和国合同法》（“《合同法》”）与《中华人民共和国民法总则》（“《民法总则》”）的规定判断相关约定是否有效，包括但不限于：双方是否具有完全民事行为能力和民事权利，约定内容是否违反法律、行政法规的强制性规定，协议是否系公司方提供的免除其责任或排除员工权利的格式合同，以及协议是否在自愿、意思表示真实且一致的情况下订立。

（三）公司法下的股权投资关系

公司法下股权投资关系的认定主要适用于员工持股的业绩对赌模式。在该模式下，员工直接或通过持股平台间接持有企业股权，从而根据企业的盈亏享有分红或承担亏损。对于这一法律关系，法院主要根据《合同法》及《中华人民共和国公司法》的规定判断相关约定是否有效。

三、初创企业与员工进行业绩对赌的法律风险

（一）初创企业要求员工承担亏损（即扣除投资本金、保证金或工资）的安排存在引发劳动争议，并可能被认定为无效的风险

对于与企业有明确劳动合同关系的员工，企业的业绩对赌安排往往被认为需受到《劳动合同法》的约束。根据《劳动合同法》，用人单位招用劳动者，不得要求劳动者提供担保或者以其他名义向劳动者收取财物。用人单位应当按照劳动合同约定和相关法律规定，向劳动者及时足额支付劳动报酬。若企业在业绩对赌相关协议项下，存在扣除员工劳动报酬的约定或行为，员工可能主张该等约定因违反法律、行政法规的强制性规定，或是将企业的经营风险转嫁给员工而无效。一旦相关对赌约定被认定为无效，企业扣除的项目跟投款或保证金将相应地会被认定为员工在正常提供劳动情况下所应得的合法劳动报酬，企业应予全额支付。除此之外，按照《劳动合同法》的规定，员工同时还可以企业未足额支付劳动报酬为由单方解除劳动合同，并同时要求企业支付相应的经济补偿金。

（二）如初创企业存在强制员工进行业绩对赌或签署相关协议的行为，存在被撤销的风险

部分企业会强制要求员工进行业绩对赌，特别是针对企业的高级管理人员或项目负责人等。即使该等员工是以商业合作伙伴的身份对企业或其项目进行投资，不排除该等员工未来（特别是项目出现亏损的情况下）主张其系经企业胁迫而订立了业绩对赌相关协议或参与了相关对赌安排。根据《民法总则》的规定，一方或者第三方以胁迫手段，使对方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为，受胁迫方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销；由此，一定程度上存在员工要求撤销其与企业签署的业绩对赌相关协议的风险，企业可能需全额向员工退还投资本金或保证金，甚至给予员工一定的经济赔偿。

四、大湾区初创企业开展业绩对赌安排的法律建议

基于上述分析，对于大湾区的初创企业而言，进行员工业绩对赌并非不可为，但应充分考虑企业利益与员工利益之间的平衡。针对不同的对赌对象，需谨慎斟酌其相应的对赌方式。与员工的对赌应有别于企业的股东、合伙人或普通商业合作伙伴。根据近几年的司法判例，法院一般从对赌对象是否持股、是否与企业签署劳动合同几个方面对其身份进行区分。

（一）企业员工

如对赌对象并无企业的合伙人或股东身份，且企业与其明确签署了劳动合同，则法院通常倾向于该对赌对象为企业员工，并基于《劳动合同法》处理双方之间对赌安排。大湾区初创企业与此类对象进

行业绩对赌时，建议考虑以下几点：

1. 与员工明确沟通具体的对赌机制和内容，签署双方均认可的、约定明确的书面协议。上述书面协议在形式上应对需要员工重点关注的内容（比如业绩考核的指标、业绩考核是否完成的标准、业绩考核的结果）采用加黑、斜体、下划线等方式进行充分提示，以此避免员工在发生争议后主张存在欺诈、胁迫、重大误解等情形；
2. 业绩考核指标应合理且可执行，避免制定员工根本无法完成的业绩目标。对于业绩考核指标的确定，可以考虑设定机制，如由员工自己提出初稿，然后由该员工的直接领导/部门领导进行审阅，最后该员工的直接领导/部门领导与员工充分沟通后确定业绩考核指标。企业应当尽量通过书面形式与员工沟通业绩目标的设定，并留存相关沟通记录，借此提升企业在争议发生后的举证能力，有效完成业绩目标合理性的举证责任；
3. 在业绩对赌相关协议中避免约定保证金、投资款以及其他性质的违约金，企业应当尽可能通过正向激励的方式提升员工的积极性；
4. 若企业与员工签署的劳动合同中已约定该员工的工资组成包括基本工资，以及视情况而定的绩效工资、提成等，那么企业在一定程度上将绩效工资或提成与员工的业绩完成情况挂钩是具有合理性的。但无论怎样安排员工的工资结构，企业支付给员工的工资不应低于当地的最低工资标准。

（二）企业股东或合伙人

如对赌对象具有公司法意义上的企业的股东或合伙人身份，法院一般倾向于认可该对赌对象基于合伙人或股东身份享有分红或承担亏损的合理性。大湾区初创企业与此类对象就业绩对赌订立合同时，应确保双方的权利义务公平合理，避免在合同内容上存在免除企业责任或排除对赌对象主要权利的情形。同样，对于需要股东或合伙人重点关注的合同内容，企业在签订合同时应当予以充分提示与解释。

（三）企业的普通商业合作伙伴

如初创企业已与员工商定，该员工仅以普通商业合作伙伴的身份参与企业项目跟投，考虑到司法实践中司法机关对劳动者弱势地位的保护，在签署跟投协议时，仍应非常慎重。建议企业至少考虑：

1. 在协议中明示对赌对象是以商业合作伙伴身份，而非企业员工，进行项目跟投，且该对赌对象系自愿参与；
2. 员工应在对赌协议中明确，其劳动报酬应根据与企业签订的劳动合同确定，其在对赌协议项下向公司支付的跟投款不属于劳动报酬，是其参与企业特定项目经营的投资款，并自愿承担与项目相关的投资风险；
3. 制定经过双方认可的合理的业绩目标与公平透明的业绩考评机制，尽量降低对赌对象的风险，以避免被认定为企业将经营风险转嫁给员工。

特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤法律评述》的目的仅为帮助客户及时了解中国或其他相关司法管辖区法律及实务的最新动态和发展，仅供参考，不应被视为任何意义上的法律意见或法律依据。

如您对本期《汉坤法律评述》内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所以下人员联系：

黄巍

电话： +86 21 6080 0967

Email: will.huang@hankunlaw.com