

# 公司与高管“对赌”的效力

□北京策略律师事务所 马丽

对赌协议在私募股权投资中已经是非常成熟的机制，其效力也有最高院的相关案例作为指引。近年来，实践中又出现了公司与高管之间的业绩对赌，这类对赌协议效力如何，适用何种法律予以调整，相关法律尚无明确规定。

高管作为特殊的劳动者，其与公司之间首先是一种劳动关系，但同时又受到公司法的调整，而对赌协议本身是两个平等主体之间的约定，受合同法调整。如果公司高管同时兼有股东身份，就会让情况更加复杂。此时，高管与公司之间的“对赌”究竟受哪一部法律调整便成为司法审判中的首要难题。

笔者结合实务案例，探讨高管与企业“对赌”的法律性质及其效力，并就如何建立合法有效的“对赌”提出建议。

## 一起典型案例

实践中高管与公司“对赌”模式不一，比较常见的是公司向高管收取保证金，当业绩达标时，公司多倍返还保证金，未达标时扣除或部分扣除保证金。

如曾被媒体报道过的重庆某置业顾问公司就采用了这种“对赌”模式：公司董事长与高管约定业绩指标，若高管完成了，除了工资额外奖励4万元；若没有完成，还是能领到工资，但得倒给董事长2万元。

在这种模式下，由于对赌额度较小，且即使业绩不达标也不影响高管的工资收入，由此产生的争议很少。

而笔者在实践中遇到的一起案件，则是高管与公司之间完全“对赌”，非常具有代表性。案件的基本情况如下：

A股份有限公司（下称“A公司”）有甲乙两位股东，甲为大股东，持股比例为51%；乙为小股东，持股比例为49%。

为争取总经理职位，乙出具了《A公司总经理任职承诺书》（下称“《承诺书》”），承诺自任职之日起一年内带领公司实现公司业务收入3000万元并实现税前毛利率不低于300万元。如上述利润未能实现，由乙本人以现金补足；如上述承诺利润实现，则由公司向乙支付该利润数额的5%作为奖励，超出承诺数额的利润奖励比例为20%。

A公司董事会审议通过该承诺书，并聘请乙担任公司总经理一职。

一年后，受各种因素影响，乙并未实现其承诺且经审计给公司造成营业亏损123万元。

随后，甲作为A公司诉讼代表人以公司名义对乙提起损害公司利益责任之诉，请求乙向公司补偿300万元承诺利润以及123万元亏损。

法院依据《合同法》判决支持了原告的全部诉讼请求，理由为乙作为A公司股东自愿签订《承诺书》，系双方真实意思表示，不违反法律、行政法规的禁止性规定，不损害国家、集体、第三人利益和社会公共利益，应合法有效。此外，A公司在提起本诉前，先行向当地劳动仲裁委员提起了劳动仲裁，但未被受理。

本案作为高管与公司“对赌”案例的典型性在于，不仅对赌约定清晰，对赌性质明显，而且争议解决过程集中体现了法律适用的难题。

最初，A公司认为本案应为劳

动合同纠纷，遂申请劳动仲裁；劳动仲裁不予受理后，A公司又以《公司法》上的损害公司利益责任纠纷为由提起民事诉讼；而一审法院在判决中又适用了《合同法》作为判决依据。

笔者认为，本案一审法院以《合同法》为依据认定A公司与高管之间的“对赌”有效有待商榷。乙同时拥有股东身份，让其看起来与公司处于平等地位，但乙是以总经理身份与公司“对赌”，在这个关系中，乙与公司并非平等关系。股东身份与“对赌”争议无关，却增加了案件的迷惑性。

## 法律适用探析

在解决法律适用问题之前，首先要界定高管与公司“对赌”的法律关系的性质，是属于劳动关系，还是合同关系，抑或是《公司法》上的法律关系？

高管首先是企业的员工，与企业之间是劳动法律关系。

我国《劳动法》以及《劳动合同法》等劳动法律规范并未对普通员工与高管进行区分，即使是高管也要与公司签订劳动合同，接受公司的统一管理，其与公司之间并不是平等的民事关系。

因此，关于高管与公司“对赌”争议，不能适用《合同法》进行调整。根据《合同法》第2条的规定，“合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议”。高管与企业的“对赌”，虽然从形式上看与私募股权领域的“对赌协议”有相似之处，但由于高管与企业身份的不平等，使得二者有本质上的不同。

其次，高管是一种特殊的员工，这种特殊性主要体现在《公司法》的规定中。

根据《公司法》的相关规定，高管被赋予了管理公司的职能，包括主持公司的经营管理工作、拟定公司的基本管理制度、制定具体规章制度等。

由于管理权限的存在，《公司法》为高管人员设定了忠诚和勤勉义务，对该义务的违反将要根据《公司法》第147、148、149条规定的损害公司利益责任条款承担赔偿责任。

《公司法》上高管损害公司利益情形是法定的，如违反法律法规、公司章程给公司造成损失，再如挪用公司资金、侵占公司财产等，该等行为都是高管的故意行为，而高管与公司“对赌”失败是一种经营失败，而非忠实和勤勉方面出了问题。

因此，高管与公司“对赌”争

议也能不适用《公司法》中的损害公司利益责任条款来调整。

基于上述分析，笔者认为高管与公司“对赌”的法律关系属于劳动关系，其产生的纠纷应适用劳动法律规范予以调整。

近期北京市第二中级人民法院二审判决了一起公司与员工“对赌”案例，支持了这一观点。该案中，某知名医药公司与其店长约定每年净利润目标，并向其收取20万元保证金，超过目标的净利润归丙所有，不足目标部分的差额从保证金中扣除。双方产生争议后，该店长向当地劳动仲裁机构申请仲裁，劳动仲裁机构作出不予受理裁决。

店长不服仲裁裁决，向北京市大兴区法院提起诉讼，大兴区法院确认本案案由为劳动争议，并适用劳动法进行审理。此案后上诉至北京市二中院，二审法院生效判决对一审法院认定的法律关系及适用法律予以认可。

## “对赌”的效力

既然高管与公司“对赌”争议应受劳动法律规范调整，那么根据当前的《劳动法》、《劳动合同法》，高管与公司“对赌”的效力如何认定？

很遗憾，没有哪一个法律条款可以给出明确的答案。但我们可以从劳动法律规范的立法宗旨、基本原则以及禁止性条款综合分析。

《劳动合同法》第1条规定，立法的目的是保护劳动者的合法权益，构建和发展和谐稳定的劳动关系；第3条规定，订立劳动合同，应当遵循合法、公平、平等自愿、协商一致、诚实信用的原则；第26条规定，用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者权利的无效。

回到前述A公司与乙的对赌案例中，乙向A公司承诺如未能实现业绩承诺，将由乙本人以现金补充，这实际是将企业经营风险转嫁到劳动者身上，违反了《劳动合同法》订立合同应当遵循的公平、



资料图片

诚实信用的原则，以及“保护劳动者的合法权益，构建和发展和谐稳定的劳动关系的立法宗旨”。对员工一方来说，一旦“对赌”失败，不但一无所得，还要倒补公司业绩差额，此种情形符合用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者权利的无效情形。

北京市二中院对某知名医药公司与店长“对赌”案的判决支持了笔者上述观点。

法官在判决中指出，对赌协议是期权的一种形式，在投融资领域的对赌协议中，投资方与融资方的地位平等。

而在该案中，店长是公司员工，双方存在劳动关系。公司与员工签订类似于“对赌协议”的“承诺书”，要求员工上交20万元目标利润保证金的做法，是将企业经营的风险转由劳动者承担，违反了公司应当诚信经营，维护员工合法权益的义务和责任，也违反了用人单位不得要求劳动者提供担保的法律规定。

最终北京二中院认定某知名医药公司与其店长的“对赌协议”无效，公司向店长返还20万元保证金。

## 如何让“对赌”有效

并非所有公司与高管的“对赌”均无效。高管与公司“对赌”属于劳动关系中的激励、奖惩制度，本质上属于薪酬。在制度设计上，只要不违反劳动法律规范的基本原则和禁止性规定，公司与高管之间可以建立有效的“对赌”式激励，以提高员工的积极性。

根据劳动法的有关规定，公司与高管之间“对赌”应避开以下禁区：

首先，不能违反劳动法的公平、诚实信用的基本原则，将企业经营风险转嫁给劳动者承担。

本文前述A公司与乙的“对赌”即为典型的将企业经营风险转嫁给劳动者的情形。在该案中，乙未实现其业绩承诺，A公司不仅起诉其补偿未实现的300万元利润，还让其赔偿其任总经理期间的经营

损失。

其次，不存在《劳动合同法》第26条规定的合同无效或部分无效情形，包括（一）以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同的；（二）用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者权利的；（三）违反法律、行政法规强制性规定的。

第一种情形即“自愿原则”很好理解，第二种情形，即用人单位的法定责任包括依法建立和完善劳动规章制度，保障劳动者享有劳动权利、履行劳动义务，而劳动者的权利中最基本的就是获取劳动报酬。如果通过“对赌”形式实际剥夺了劳动者获取劳动报酬的权利，则无疑构成了排除劳动者权利的情形。

第三种情形不能违反法律、行政法规强制性规定，主要涉及《劳动合同法》第9条、第25条，以及《最低工资规定》。

《劳动合同法》第9条规定，用人单位“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”；第25条规定，除《劳动合同法》第22条、第23条规定的约定了服务期和竞业限制两种情形外，用人单位不得与劳动者约定由劳动者承担违约金，实践中以违约金形式作为劳动者“对赌”代价的情形并不少见，此类“对赌”案例也会被法院判决无效；《最低工资规定》规定，劳动者的工资不得低于各省、自治区、直辖市制定的最低工资标准，如果“对赌”协议的履行让劳动者最终的收入低于当地最低工资标准，则该“对赌”约定应属无效。

此外，由于《企业职工奖惩条例》已经废除，企业可以对员工进行经济处罚的权利失去法律依据。企业也不能以未完成业绩为由，对员工进行罚款。

综上所述，企业要在不碰触禁区的情形下与劳动者建立“对赌”激励，应借助于调整工资或奖金这一形式，在与劳动者签订合同时，先约定较低的工资标准，再为劳动者设定一定的业绩目标，目标达成可以提高工资标准，或以奖金形式给予奖励。如此才能在合法合规的前提下发挥“对赌”的激励作用。

## 减资公告

上海译派财务咨询有限公司，统一社会信用代码：91310230088548854B，经股东会决议注册资本由原人民币300万元现减至3万元，特此公告。

**遗失声明**  
上海翰杰市政工程有限公司遗失财务章、法人章，声明作废。  
上海学进工贸有限公司遗失公章，声明作废。  
上海森多化妆品有限公司统一社会信用代码：91310120MA1HNPQT0Q，遗失电子营业执照，声明作废。  
上海哪哪珠宝有限公司遗失营业执照副本2800000201697281094，作废。  
上海杨芝园林工程有限公司一分公司遗失税务登记证正本，税号：310229739040721，声明作废。  
上海加品实业有限公司遗失营业执照副本280000020170316047，作废。  
上海升堂餐馆遗失银行开户许可证，核准号：J290104629602，声明作废。  
上海惠能餐饮管理有限公司西安分公司91610104MA6U0A942J遗失公章，号：44-66170626547，声明作废。  
上海尚居纺织品有限公司遗失开户许可证，核准号：J2900158016101；机构信用代码证，代码：G10310109158016100，声明作废。  
上海哪哪投资管理有限公司遗失税务登记证正本，税号：310115599736988，声明作废。  
上海宽凌投资咨询有限公司遗失营业执照正本、副本，证照编号：2900000200909170097(098)，声明作废。  
甘建投(上海)房地产有限公司遗失营业执照副本，证照编号：2900000201707210070，声明作废。  
上海冠顺投资管理事务所遗失营业执照正本、副本，证照编号：2900000201107210055(056)，声明作废。  
浙江中越建设集团上海分公司遗失营业执照副本，证照编号：2900000201606010135，声明作废。  
上海景绿绿化工程有限公司遗失所遗失税务登记证正本，税号：310229832645768，声明作废。  
法国财产保险有限公司上海分公司因客户保管不当，不慎遗失以下商业险保单，保单号：6170789000518024213、24214、24317、24316、24318、24444、24442、24471、24474、24549、24548、24443、6180788000518001369，以上保单声明遗失作废。

**破产公告**  
上海北瑞制冷设备有限公司经股东会决议注册资本由原人民币1000万元减至人民币50万元，特此公告。  
上海景安实业有限公司913101165726574386股东会决议注册资本由人民币10万元减至3万元，特此公告。

陆宽 遗失注销减资登报 传媒 021-59741361 13764267378(微信同号)

## 环保公益广告

重复使用，多次利用  
双面使用纸张  
=减少白色污染

优先购买绿色食品

健康  
安全  
无污染