

## 新冠疫情下创业企业的自我保护

### ——谈“不可抗力”对业绩承诺的影响及其对策

#### 一、本次疫情的概况

2020年1月以来,新型冠状病毒在中国各地蔓延(以下简称“本次疫情”)。2020年1月20日,国家卫生健康委员会发布1号公告,将新型冠状病毒导致的肺炎纳入《中华人民共和国传染病防治法》规定的乙类传染病,并采取适用于甲类传染病的预防、控制措施。为减少疫情期间的人员聚集、病毒传播及交叉感染,国务院办公厅于1月27日发出通知,将2020年春节假期延长至2020年2月2日。此后,全国各省、自治区、直辖市相继发布公告,启动突发公共卫生事件的响应机制,并延迟区域内各类企业的复工和学校开学的时间,如上海市人民政府办公厅于2020年1月27日发布《上海市人民政府关于延迟本市企业复工和学校开学的通知》,要求“本市区域内各类企业不早于2月9日24时前复工”<sup>1</sup>。2月1日,中国人民银行、财政部、银保监会、证监会、外汇局等五个部委联合下发了《关于进一步强化金融支持防控新型冠状病毒感染肺炎疫情的通知》(以下简称“五部委公告”)<sup>2</sup>;紧接着,2

月3日,证监会又出台了《关于发行监管工作支持防控新型冠状病毒感染肺炎疫情相关安排的通知》<sup>3</sup>。以上通知中均规定证监会将灵活妥善调整企业信息披露期限,并适当放宽资本市场相关业务办理时限。

截至目前,全国已有超过20个省份延迟了企业复工的时间。除延迟复工之外,全国各省份对于本区域内的交通、进出相关区域内的运输车辆亦采取了不同程度的管制措施。从全球范围来看,不少航空公司亦停飞来往中国的航班。据此,本次疫情及其相关管控措施对于中国各企业的生产、销售、经营均有着不同程度的影响。除本所已专题分析过的劳动法问题、租金减免问题(请关注君合微信公众号“君合法律评论”进行了解和查阅),笔者另外撷取已经引入风险投资或私募投资的创业企业的“业绩承诺”这个问题进行简析,以飨读者。

#### 二、本次疫情是否可以被认定为“不可抗力”?

##### (一) 何谓“不可抗力”?

根据《中华人民共和国民法总则》(以下简称“《民法总则》”)第一百八十条的规定,不可抗力是指不能预见、不能避免且不能克服的客观情况。据此,判断某一客观事件是否可以构成“不可抗力”,需要同时满足以下三个要素:(i)“不能预见”是指合同订立之前一般人不可预见的情形;(ii)“不能避免”是指虽然当事人已经尽了合理注意义务,但仍不能阻止不可抗力事件的发

<sup>1</sup>上海市人民政府办公厅于2020年1月27日发布《上海市人民政府关于延迟本市企业复工和学校开学的通知》“本市区域内各类企业不早于2月9日24时前复工。涉及保障城市运行必需(供水、供气、供电、通讯等行业)、疫情防控必需(医疗器械、药品、防护用品生产和销售等行业)、群众生活必需(超市卖场、食品生产和供应等行业)及其它涉及重要国计民生的相关企业除外。”

<sup>2</sup>《关于进一步强化金融支持防控新型冠状病毒感染肺炎疫情的通知》([http://www.gov.cn/zhengce/zhengceku/2020-02/01/content\\_5473639.htm](http://www.gov.cn/zhengce/zhengceku/2020-02/01/content_5473639.htm)),其中第二十条规定:“上市公司、挂牌公司、公司债券发行人受疫情影响,在法定期限内披露2019年年报或2020年第一季度季报有困难的,证监会、证券交易所、全国中小企业股份转让系统要依法妥善安排。上市公司受疫情影响,难以按期披露业绩预告或业绩快报的,可向证券交易所申请延期办理;难以在原预约日期披露2019年年报的,可向证券交易所申请延期至2020年4月30日前披露”,第二十一条规定,“适当延长上市公司并购重组行政许可财务资料有效期和重组预案披露后发布召开股东大会通知的时限。如因受疫情影响确实不能按期更新财务资料或发出股东大会通知的,公司可在充分披露疫情对本次重组的具体影响后,申请财务资料有效期延长或股东大会通知时间延期1个月,最多可申请延期3次。疫情期间,对股票发行人的反馈意见回复时限、告知函回复时限、财务报告到期终止时限,以

及已核发的再融资批文有效期,自本通知发布之日起暂缓计算。”

<sup>3</sup>《关于全力支持防控新型冠状病毒感染肺炎疫情相关监管业务安排的通知》

([http://www.cs.com.cn/xwzx/hg/202002/t20200203\\_6021617.html](http://www.cs.com.cn/xwzx/hg/202002/t20200203_6021617.html)),其中第一条规定“对于发行人的反馈意见回复时限、告知函回复时限、财务报表有效期届满后终止审查时限等与发行审核相关的时限,以及已核发的再融资批文有效期,均暂缓计算”。

生；以及(iii)“不能克服”是指虽然当事人已经尽了最大努力，但仍不能克服不可抗力事件的影响，导致合同下的义务不能履行。

对于构成“不可抗力”的事件，一般可以分为合同约定和法律规定两种情况，具体为：

#### (1) 合同约定的“不可抗力事件”

就准据法为中国法律之合同而言，主张“不可抗力”属于合同当事人法定的权利，并非合同双方能约定予以排除或限制，但合同当事人可以就“不可抗力事件”的具体定义和范围进行明确约定。该等约定可以被解释为双方就非因任何一方的原因所致且可能影响合同履行的特定事件所达成的共识。除非有相反证据，该等约定可以被法院作为认定“不可抗力事件”的初步依据。

因此，若要判断本次疫情是否构成“不可抗力事件”，首先须确定相关合同项下是否对此有明确的约定。若相关合同的不可抗力条款项下明确约定“不可抗力事件”包括“传染病”或类似内容等，则笔者倾向性地认为本次疫情应构成相关合同项下的“不可抗力事件”。

#### (2) 法律规定的“不可抗力事件”

若相关合同中未明确将“传染病”或类似内容纳入“不可抗力事件”的范围，合同当事人仍然可以援引《民法总则》及《中华人民共和国合同法》(以下简称“《合同法》”)的规定，就本次疫情是否可以定性为“不可抗力事件”进行判断。就本次疫情而言：(i)本次疫情的爆发突然且迅速，在本次疫情发生前订立合同或形成其他法律关系的当事人很难预见本次疫情的发生，因此当然符合“不可预见”的要求；(ii)本次疫情的爆发和发展并非合同当事人能够尽合理注意义务可以阻止的，因此符合“不能避免”的要求；(iii)然而，并非在本次疫情爆发期间所有类型的合同义务均属于“不可克服”地无法履行，只有被本次疫情真正影响到其合同目的无法实现从而导致合同不能履行的情况下，方可构成“不可克服”。综上，在合同中未明确将“传染病”或类似内容纳入“不可抗力事件”的范围的情况下，本次疫

情的发生是否可以被认定为“不可抗力事件”尚存一定的不确定性，需要根据不同的合同内容进行甄别。

需要特别注意的是，即使在相关合同中将本次疫情明确约定为“不可抗力事件”，亦不可一概而论主张该合同中的所有义务均可以以“不可抗力”主张免责。笔者认为，当合同义务无法履行或者合同目的无法实现与本次疫情或者防范疫情的行政措施、政府命令(比如企业停产、运输交通中断)存在因果关系的，方可主张“不可抗力”免责。就创业企业日常经营受到的影响而言，“不可抗力”可能包括但不限于以下情况：(i)高级管理人员和核心技术人员被隔离和/或被限制出入境，不能往返国内外进行技术交流和研讨，有可能导致研发计划不能完成；(ii)因产品实验人员被隔离、无法到岗开展实验和/或主要实验用材料应交通中断而不能到货，可能导致特定产品的实验不能完成(如药品的某一期临床实验)；(iii)因目标客户采购中止，或货物无法交付，导致企业的现金流锐减；或(iv)因假期被延长且消费者特地回避人群集中场所，在相当一段时期(尤其是一季度)内销售收入减少，营业网点扩展不得不延期，可能导致企业不能完成全年的利润指标等。前述这些事件和结果都存在因果关系，都有可能作为不可抗力而主张免责。

另一方面，没有因果关系的事件就不能适用“不可抗力”主张免责，例如，纯粹的金钱支付义务一般不存在履行不能的问题。本次疫情或者防范疫情的行政措施或政府命令本身与金钱无法支付的行为之间并无因果关系，因此，类似这类金钱支付义务的合同义务难以基于“不可抗力”而主张免责。同样，如果企业因违反政府部门就本次疫情发布的防控规定而被关停或处罚，该等处罚结果本身与“不可抗力”没有因果关系，而是与企业的违法行为或者内控不善有关，因此也不能适用“不可抗力”而主张免责。故为谨慎起见，即使根据相关合同的约定本次疫情构成“不可抗力事件”，但具体义务的性质和内容与本次疫情不存在直接的因果关系，笔者仍建议双方及

时就本次疫情对其对相关合同的履行的影响、相关合同变更或终止情况进行沟通和确认，并通过书面形式确定双方所达成的共识，以免后续争议。

## （二） 适用“不可抗力”的法律后果

我国现行法律框架下关于适用“不可抗力”的法律后果主要见于《民法总则》和《合同法》等相关规定<sup>4</sup>，主要为：（1）责任全部或部分免除：由于不可抗力原因导致不能履行合同的，根据不可抗力的影响，被影响的合同当事人可以主张部分或者全部免除责任；（2）单方解除权：不可抗力导致合同当事人无法实现合同项下的目的，当事人拥有合同解除权。由于不可抗力原因导致解除合同的，由此造成的损失由双方合理分担。但是，在发生“不可抗力事件”时，合同双方应当采取适当措施防止因“不可抗力事件”造成的损失扩大；没有采取适当措施致使损失扩大的，该方不得就扩大的损失要求对方赔偿。

综上，在本次疫情期间，合同当事人根据不同的影响程度，基于“不可抗力”而可能提出的相关主张包括：（1）全部或部分解除合同；（2）迟延履行合同义务；以及（3）免除未能履约的违约责任等。

## （三） 主张“不可抗力”的程序

根据《合同法》第一百一十八条的规定，“当事人一方因不可抗力不能履行合同的，应当及时通知对方，以减轻可能给对方造成的损失，并应当在合理期限内提供证明”，这是合同当事人主张“不可抗力”以减免责任的必要程序。此外，相关合同中通常也可能对主张“不可抗力”时需要履行的程序作出明确约定。例如，若任何一方因“不可抗力事件”而无法履行其在本协议项下的义务，受阻一方应尽快书面通知其它各方，

<sup>4</sup> 《民法总则》第一百八十条规定：因不可抗力不能履行民事义务的，不承担民事责任。法律另有规定的，依照其规定。不可抗力是指不能预见、不能避免且不能克服的客观情况。

《民法通则》第一百零七条规定：因不可抗力不能履行合同或者造成他人损害的，不承担民事责任，法律另有规定的除外。

《合同法》第九十四条规定：有下列情形之一的，当事人可以解除合同：（一）因不可抗力致使不能实现合同目的。……

《合同法》第一百一十七条规定：因不可抗力不能履行合同的，根据不可抗力的影响，部分或者全部免除责任，但法律另有规定的除外。

说明“不可抗力事件”的发生，及其不能履行或迟延履行协议全部或部分条款的原因；并在“不可抗力事件”发生后的一定期间内，提供有关该等事件的详尽资料以及相关证明文件（包括政府主管部门出具的证明文件）。

需由政府主管机关提供的证明，主要包括政府职能部门、检验检疫机构等出具的官方通知、公告、具有公信力的新闻媒体的报道，以及无利害关系第三方的书面证明等。截至目前，中国国际贸易促进委员会已于2020年1月30日发出公告<sup>5</sup>，规定就企业受本次疫情影响导致无法如期履行或不能履行国际贸易合同的，可向该会申请办理与不可抗力相关的事实性证明。国内多地公证处也可就本次疫情出具不可抗力事件公证。

## 三、本次疫情下对创业企业业绩承诺的影响

很多创业企业在发展过程中都引入风险投资或私募投资，对赌协议/条款是其中常见的协议安排<sup>6</sup>，即企业及/或其实际控制人对投资方作出承诺，若企业未能实现对赌目标，其将以股权回购、股份补偿、现金补偿等方式对未来创业企业的估值进行调整（以下简称“业绩补偿义务”）<sup>7</sup>。对赌目标主要分为以下三类：（1）业绩对赌，即投资方与融资方就创业企业一定期限内的盈利业绩约定目标并进行对赌。该等业绩对赌考核期限比较长，一般以一个财务年度作为一个业绩考核期间，且通常会持续考核2至3个财务年度；（2）阶段性指标完成的对赌，即要求企业承诺在特定

<sup>5</sup> 《万众一心迎挑战、众志成城战疫情》中国贸促会不可抗力事实性证明与您同舟共渡度时艰》

（[http://www.ccpit.org/Contents/Channel\\_4256/2020/0130/1238885/content\\_1238885.htm](http://www.ccpit.org/Contents/Channel_4256/2020/0130/1238885/content_1238885.htm)）。

<sup>6</sup> 最高人民法院于2019年11月8日发布的《全国法院民商事审判工作会议纪要》中规定，即“对赌协议又称估值调整协议，主要是指投资方与融资方在达成股权性融资协议时，为解决交易双方对创业企业未来发展的不确定性、包含了股权回购、金钱补偿等对未来创业企业的估值进行调整的协议”。

<sup>7</sup> 对通常的对赌协议而言，若企业未达到对赌目标，公司估值下调，作为业绩补偿方式，“股权回购”指若企业未达到对赌目标，企业及/或其实际控制人应以一定金额的价格回购投资方所持的全部或部分股权的安排，回购价格一般有两种计算方式：投资金额乘以一定的年回报率，或企业届时资产的市场公允价值乘以一定比例；“股份补偿”指企业及/或其实际控制人按照调整后的公司估值，将其所持有的一定比例的公司股份无偿转让给投资方的安排，该等补偿的公司股份数量一般按照投资方所投资的金额除以调整后估值计算出的应得股权数量，再减去投资方根据先前估值所持有的股权数量而得；“现金补偿”指企业及/或其实际控制人按照调整后的公司估值，对投资方进行现金补偿，以弥补投资方的投资价值减损。

时间段完成特定事项，例如：在特定时间内要完成药品的临床 III 期注册；在境内外某个城市设立研发机构，或设立多少个营业网点或分支机构等；招聘国内外的专家担任核心技术人员并且该等人员需要到岗；完成多少个相关专利申请等；以及

(3) 上市对赌，即投资方与融资方约定，创业企业需在某一时间点前完成 IPO 及在境内或境外证券交易所上市。

本次疫情属于特别重大公共卫生事件，其不同地区、不同行业造成的影响不一而足。自 2 月 3 日开市以来，沪深两市在鼠年首个交易日均出现调整，三大股指大幅低开，集合竞价逾 3000 股跌停，仅有医药股逆市涨停<sup>8</sup>，餐饮业、旅游业等第三产业或恐遭遇重创。而且以本该利好的医药板块为例，也呈现出两极分化的态势，诸多医药板块企业纷纷发出公告，阐明本次疫情对其业绩产生的负面影响，原因包括：原材料短缺造成生产受限<sup>9</sup>，上游供应链企业复工难<sup>10</sup>等。即使本次疫情刺激某些医药企业股价飙升（原因包括有关本次疫情的医药和防护产品需求增加、短期内销售收入增长），该等企业也纷纷发出关于股票交易异常波动情况的公告，声明其所生产的与本次疫情相关的医疗物资（例如口罩、防护服、消毒产品等）在其整体销售占比中不高，或者其目前所接获的订单为政府采购或无偿捐赠，长期来看对销售收入影响不大，提示投资者谨慎看待短期的股价上涨。

综合而言，本次疫情对于创业企业的影响主要集中在：假期被推迟且各地企业被要求延迟复工，导致企业的运营中断；人员流动受阻导致生产、研发中止；交通中断、物流服务中断导致企业原材料供应的紧缺，产品交付不能完成，从而无法实现生产指标；因各地防疫限制而导致企业

<sup>8</sup> 新浪财经：《收评：鼠年首个交易日 A 股大幅调整》  
<http://finance.sina.com.cn/stock/jsy/2020-02-03/doc-iimxxste8504374.shtml>。

<sup>9</sup> 例如洁特生物（688026）于 2020 年 2 月 3 日发表公告称，“疫情期间，广州拜费尔空气净化材料有限公司的口罩业务产能受材料供应的限制影响较大，产量恢复具有不确定性。由于口罩生产数量受限，预计对本年业绩影响有限”。

<sup>10</sup> 例如鱼跃医疗（002223）于 2020 年 2 月 4 日发布公告称，“由于春节假期延期与各地交通管控造成公司上游供应链企业复工与原料供应困难，给公司的生产造成了一定的阻碍”。

在异地设立营业网点或分支机构受阻，影响创业企业的扩张计划；应收账款不能按时到账导致现金流短缺等。这些对于企业实现业绩承诺都会产生不利影响，进而导致创业企业不能按照原定的上市时间表进行 IPO 和上市，投资者不能按预期实现投资退出。

#### 四、创业企业以“不可抗力”主张调整业绩承诺的策略

鉴于“不可抗力”有其有限的适用前提，在当前疫情下，创业企业亟需审慎辨明其已作出的对赌承诺是否能够适用“不可抗力”进而要求对业绩承诺的约定进行调整。围绕这一题旨，笔者建议创业企业采取以下应对措施：

##### （一）及时且主动地履行通知义务

虽然业绩承诺履约期较长，可能现阶段尚无法确定本次疫情与对赌目标的实现是否存在因果关系，但创业企业应保持警惕，密切关注本次疫情的发展和对企业主营业务领域的影响，适时向投资方发出沟通函/说明函，以详细告知本次疫情当前和未来对其产生的影响。

从因果关系论，（1）本次疫情对创业企业的直接影响包括但不限于：本企业未能正常复工导致生产、经营停滞；高级管理人员和核心技术人员被隔离、或未能参加国内外的技术交流和研讨，导致研发计划不能完成；原材料紧缺或采购价格波动，导致生产成本增加或生产目标不能实现，影响销售收入等；（2）本次疫情对创业企业间接的、潜在的影响包括：长期融资计划受影响、市场环境变化、消费习惯的改变，以及所在地的政府部门、银行和任何涉及公共服务的部门发布的公告或采取的措施对企业的主营业务领域产生的影响等。就本次疫情带来的上述不利影响，创业企业均应及时书面告知投资方和所有相关方。随后，企业应就后续变化不断更新通知，以便将来在主张本次疫情造成的不利影响可以构成“不可抗力”时，形成完整、清晰的证据链。

与此同时，企业也要注意其他合同相对方发来的主张受本次疫情“不可抗力”的影响要求免

除或延期履行全部或部分合同义务的通知。若企业收到该等通知的，建议按照本文所述的标准判断该等“不可抗力”主张的合理性，并根据企业的实际经营情况和困难与第三方妥善安排或调整原合同的履行，或及时与其商定替代方案。

## (二) 审查相关融资协议，为证明本次疫情构成“不可抗力”及免责寻找依据

笔者建议，创业企业和实际控制人应仔细检查过往签署的所有投融资文件（包括但不限于增资协议、股权转让协议、公司章程、股东协议，以及就前述协议签署的任何补充协议）中所有关于不可抗力、业绩承诺调整机制等条款的内容。

依据笔者的实务操作经验，股权融资协议中的“不可抗力”条款一般出现在合同的以下三个部分：（1）合同专辟“不可抗力”一章（条），约定哪些事件可以视作为“不可抗力”<sup>11</sup>，并约定若任何一方因不可抗力事件而受阻履行其在合同项下的义务，受阻一方应尽快书面通知其它各方说明其不能履行或延迟履行协议全部或部分条款的原因，并在事件发生后的一定时间内，提供有关该等事件的详尽资料以及证明文件（包括行政主管部门出具的证明文件）；（2）在“违约责任”一章（条），明确一方因“不可抗力事件”不能履行或延迟履行协议全部或部分条款，不构成其对合同的违反；（3）在“合同解除及解除后果”一章（条），将不可抗力事件列为合同一方可以行使单方解除权的情形之一，例如约定在不可抗力事件阻碍任何一方履行其在本协议项下的全部或部分义务的情况下，自该不可抗力事件发生之日持续一定时间（例如三十日或六十日等）之后，协议一方有权向其他协议方发出书面通知终止合同。这也是《民法总则》、《合同法》赋予合同方当事人的法定权利。

<sup>11</sup> 举符合市场标准的合同条款一例：“第X章 不可抗力 如发生诸如地震、台风、洪水、火灾、政府行为、军事行动、出现罢工、暴动、战争、或其他协议一方所不能合理控制的不可预见之不可抗力事件（每一项均称为“不可抗力事件”），阻碍该方履行本协议，该方应毫不延迟地立即通知其他协议方，解释不能或延迟履行其在本协议项下全部或部分义务的原因，并在通知发出后十五（15）日内提供该等事件的详细资料和证明文件。各方应通过协商寻求找到并执行协议各方均能接受的解决方法”。

然而，根据上述对“不可抗力”的构成以及适用前提的分析，笔者提醒企业在复盘审查合同的过程中，需要注意：即使合同约定了单方解除权，在司法实践中法院也可能不会因“不可抗力事件”发生即判决支持合同解除。法院对合同解除的原因审查非常严格，限制条件通常包括：（1）如果履约方迟延履行情况下发生了“不可抗力事件”，则“不可抗力”就不能成为迟延履行一方解除合同或者免除违约责任的理由；（2）必须证明由于“不可抗力”致使合同目的不能实现。如果“不可抗力”只是致使合同暂时不能按期履行，则当事人不能解除合同，在“不可抗力事件”消失后，应当继续履行合同<sup>12</sup>。

近期由徐峥导演并由其持股的香港上市公司欢喜传媒（01003）出品的电影《囧妈》因受影院关闭影响，取消院线上映，因此欢喜传媒终止了其此前与横店影业签署的电影发行保底协议<sup>13</sup>。这类合同得以快速解除，是因为电影票房与上映档期密不可分，影院关闭将直接导致合同目的无法实现，横店影业损失巨大。反观通常情况下的股权性融资协议，由于业绩承诺约定的承诺期限比较长，若以一时的不可抗力事件主张解除整个业绩承诺的约定，可能难度较高。因此，笔者建议创业企业可以按照以下第三点，积极与投资方磋商变更业绩承诺的条款。

## (三) 与投资方进行磋商，就对赌协议/约定变更签署补充协议

笔者认为，根据受本次疫情影响程度，企业及/或实际控制人可以考虑对赌协议进行变更和调整，包括但不限于：（1）延长上市承诺期，将因本次疫情所导致的延迟复工、供应短缺、停产、无法正常经营的期限、中介机构对企业进行审计或评估所需延长的期限等均计入延长时限；（2）根据企业实际受影响的情况（例如销售收入下降/坏账增加），出具谨慎的盈利预测并请独立会计师进行审计和复核（如需要）；（3）调减业绩

<sup>12</sup> 《最高人民法院公报》2005年第3期（总第101期）所刊载的《万顺公司诉永新公司等合作开发协议纠纷案》。

<sup>13</sup> 《有关终止电影发行保底协议的公告》

[http://data.eastmoney.com/notices/detail/01003/AN202001241374564582\\_JUU2JUFDJUEyJUU1JTk2JTIDJUU0JUDJUEwJUU1JUFBJTky.html](http://data.eastmoney.com/notices/detail/01003/AN202001241374564582_JUU2JUFDJUEyJUU1JTk2JTIDJUU0JUDJUEwJUU1JUFBJTky.html)

承诺或调整实际业绩的计算方法（例如将息税前利润定为实际业绩指标，或者计算税后利润时不扣减企业未能获得贷款展期导致罚息或滞纳金）；以及（4）减免企业在未能达到承诺业绩时企业及/或其实际控制人应当承担的补偿义务，以期各方以公平、合理的方式分担本次疫情对企业所造成的影响。

以上第（1）、（2）和（3）点都是围绕调整对赌约定出发，如果能调整对赌约定，可以不触发企业及/或其实际控制人对业绩补偿义务的履约；而第（4）点围绕如何减免企业及/或其实际控制人业绩补偿义务而展开。实践中，根据不同情境，企业及/或其实际控制人可以尝试在以下方面变更业绩补偿义务：（i）在业绩补偿义务为股权回购的情况下，降低计算回购价格的年回报率、延长履行回购义务的期限、对实际控制人所承担的回购义务的情形限制在一定范围以内（例如本次疫情所导致的上市延期，实际控制人不承担义务等）或者一定金额上限以内；以及（ii）在业绩补偿义务为股份补偿和现金补偿的情况下，调整企业估值的计算方式，缩小调整后估值与先前投资估值的差异。即使在没有约定业绩补偿义务且仅泛泛约定违约责任的情况下，企业及/或其实际控制人亦可要求投资方签署补充协议或豁免函，以明确投资方将豁免企业及/或其实际控制人承担未达到对赌目标的违约责任。

实践中，有些企业可能认为本次疫情系人所共知，且本次疫情与业绩对赌的因果关系还比较模糊，加上碍于情面，现时不愿就本次疫情是否构成“不可抗力事件”事件及本次疫情对相关合同的履行与投资方进行澄清并签署有关的补充协议。然而，需要特别提示的是，如企业未能及时与投资方磋商、沟通对赌协议/约定的变更，当未来发生纠纷时，可能会因缺乏相关的证据而将置企业于不利的地位。

#### **（四）关注法律、法规、司法解释、政策等法律文件的更新**

由于疫情是动态的，企业应持续关注法律、法规、司法解释、政策等法律文件的更新，必要

时与法律顾问沟通，以获得专业的法律咨询意见。即使《民法总则》、《合同法》等国家基本法律未将传染病、疫情及公共卫生事件明列为“不可抗力事件”，或者相关合同里未约定“不可抗力”条款，最高人民法院也可能不时下发审判指导，对特定时期、特殊事件出台特别意见。例如在2003年“非典”疫情爆发时，最高人民法院曾下发过《关于在防治传染性非典型肺炎期间依法做好人民法院相关审判、执行工作的通知》（法〔2003〕72号）<sup>14</sup>，虽然该通知目前已废止，但在其时明确了因“非典”疫情不能履行合同的情况可以根据“不可抗力”条款进行主张的原则。因此，企业应密切关注不断更新的疫情动态，法律顾问亦可将最新的法律动态、司法解释、审判实践、指导政策等有价值内容反馈给企业，便于企业及时主动地做好应对策略。

#### **（五）收集尽合理努力减少损失的证明，并及时将该证明提供给投资方**

创业企业应视本次疫情造成的具体影响，根据《合同法》的规定<sup>15</sup>尽力避免或减少本次疫情可能给其造成的损失，并应注意收集和整理其减损努力的证明，将该等证明提供给投资方及所有相关方。该等减损措施可以涵盖到创业企业经营的各个方面，包括但不限于：（1）若该企业为医药研发企业，且因本次疫情导致国家药品监督管理局药品审评中心未能对其正在申请的药品临床实验进行受理或评审，企业应与国家药品监督管理局药品审评中心进行沟通，明确推迟的期限以及推迟的原因；（2）若高管人员/核心技术人员因为患病、被隔离或者出行受限不能主持工作或无法履职，企业应当及时安排其他人员代为履职或者制定紧急政策以解决该等问题；（3）若该等企业的劳务招聘因本次疫情受阻，企业可以从受

<sup>14</sup> 《关于在防治传染性非典型肺炎期间依法做好人民法院相关审判、执行工作的通知》（法〔2003〕72号）：第三条第三款第二项规定，“因政府及有关部门为防治‘非典’疫情而采取行政措施直接导致合同不能履行，或者由于‘非典’疫情的影响致使合同当事人根本不能履行而引起的纠纷，按照《中华人民共和国合同法》第一百一十七条和第一百一十八条的规定妥善处理”。

<sup>15</sup> 《合同法》第一百一十八条规定，“当事人一方因不可抗力不能履行合同的，应当及时通知对方，以减轻可能给对方造成的损失，并应当在合理期限内提供证明”。

疫情影响不严重的地区招聘人员；(4) 若该等企业为物业的承租方，该企业可以与业主方积极协商租金的减免或延迟支付，并留存各种沟通往来的函件；(5) 若创业企业收到的生产订单减少，则其应相应减少原材料的采购或者与上游供应商议价，并据此合理安排相关协议的解除、修改等；以及(6) 针对于创业企业重要的供应商/采购方，企业需要提前主动要求该等供应商/采购方对长期采购/销售协议的履约能力是否受到本次疫情的影响提供书面说明/解释或证明，并与该等供应商/采购方制定相应的应对方案，或取得对方的履

约承诺。以上罗列并未穷尽所有情形，仅供参考。诚然，企业在采取措施减小损失的同时，必须遵守各级政府发布的防疫措施。

以上初步分析不构成专项的法律意见，仅供有关企业参考。若读者在阅读本文后有任何问题需要讨论或需要我们的帮助，请随时联系我们。我们相信在全国人民的共同努力下，疫情能很快得到控制并被歼灭，而受疫情影响的企业一定能在股东的支持和员工的努力下，迎来新的爆发式的增长。

邵春阳	合伙人	电话：86 21 2208 6316
黄维佳	律 师	电话：86 21 2208 6263
郑子威	律 师	电话：86 21 2208 6174
王佳琪	律 师	电话：86 21 2208 6332
邵鹤云	律 师	电话：86 21 2208 6148
殷会鹏	律 师	电话：86 21 2208 6045

邮箱地址：wul@junhe.com
邮箱地址：huangwj@junhe.com
邮箱地址：zhengzw@junhe.com
邮箱地址：wangjq@junhe.com
邮箱地址：shaohy@junhe.com
邮箱地址：yinhp@junhe.com

本文仅为分享信息之目的提供。本文的任何内容均不构成君合律师事务所的任何法律意见或建议。如您想获得更多讯息，敬请关注君合官方网站“[www.junhe.com](http://www.junhe.com)”或君合微信公众号“君合法律评论”/微信号“JUNHE\_LegalUpdates”。

