



走出中国 CHINA OUTBOUND

美国翰宇国际律师事务所
Squire, Sanders & Dempsey L.L.P.
2009年3月

美国

企业可因经销商行贿而受证交会处罚	2
公司高管责任：与董事所负的忠诚义务相同，但承担个人责任的风险更大	2
美新一届国会推出新贸易实施法案	3
美国国土安全部公布有关扩大“访美计划”适用范围的最终规定	5

欧盟

欧盟开最高罚单，汽车玻璃厂商被罚 14 亿欧元	5
德国修订《有限责任公司法》	6

日本

日本公平贸易委员会对镀锌钢板垄断企业提起刑事诉讼	7
--------------------------------	---

美国

企业可因经销商行贿而受证交会处罚

企业必须意识到，如果其经销商有行贿行为，则其可能在美国面临处罚。美国证券交易委员会（“证交会”）于2008年12月22日发布的报告指出，因在联合国石油换食品计划中行贿，菲亚特公司及其子公司已受到处罚。我们认为，这可能仅仅是公司因其经销商行贿而受罚的第二个案例（InVision案似乎是第一个）。依据一般的代理原则，一些公司认为，委托人显然须对其销售代理人的行贿行为承担《反海外贿赂行为法》规定的责任。但是，如果对外交易是与经销商进行的，则在生产商/销售商没有直接过错的情况下，则销售商是否免于承担经销商在缔约过程中行贿的责任，仍不得而知。

证交会声称，菲亚特的子公司依维柯公司利用其驻埃及办公室，在石油换食品计划实施期间与多个伊拉克政府部门签订合同，销售商用汽车和零部件。依维柯驻埃及代理商开具了佣金虚高的发票，并且尽管佣金过高，依维柯仍支付了发票金额。依维柯支付了大约180万美元的回扣或售后服务费。

依维柯在2000年改变了经营方式，将其驻埃及代理商变为该公司驻伊拉克经销商。该经销商从依维柯购买设备，然后销售给联合国，同样采用虚高报价的合同。通过此方式，依维柯希望使自己不与可能支付的回扣有什么瓜葛。

按照证交会的说法，菲亚特并未维持一个识别和预防售后服务费的系统，并且依维柯知道或应当从向伊拉克的直接销售中看出代理商的销售中包括售后服务费。菲亚特没有承认或否认证交会的指控，而是交出了530万美元的利润，将近190万美元的判决前利息，以及360万美元的民事罚款。此外，

菲亚特还依照与美国司法部反欺诈部签订的推迟起诉协议，支付了700万美元的罚金。

《反海外贿赂行为法》适用于所有的美国个人和公司、其证券在美国证券交易所登记的非美国公司以及在美国行事的任何个人或公司。尽管《反海外贿赂行为法》并不直接适用于美国法人的非美国子公司，但是对于其外国子公司的行为，美国企业可能会承担责任，比如在该企业批准或授权上述行为的情况下。其证券在美国交易所登记的美国及其他公司须对其持股50%以上的外国子公司实行充分的财务控制，并且确保其账簿和记录准确反映支出情况，包括任何不正当海外付款。由于企业在贿赂和腐败现象盛行的一些地区的扩张或经营，有关菲亚特的决定表明有必要制定强有力的合规计划，以避免受到与上述处罚类似的处罚。

公司高管责任：与董事所负的忠诚义务相同，但因未尽注意义务而承担个人责任的风险更大

综述

特拉华州最高法院近期明确认定，特拉华州公司的高管和董事应对公司及其股东负有本质上相同的审慎和忠实义务。但是，尽管特拉华州法律允许公司通过所谓的“免责”条款而免除董事绝大多数情况下因违反注意义务而应承担的个人责任，特拉华州法律并没有将类似保障规定适用于高管人员。

除了发生具体的渎职或挪用公款行为外，因违反忠诚义务而对高管提起的主张尚未普遍成为诉讼的标的。但是，鉴于特拉华州最高法院近期作出的裁决，因对业务决策有异议而对高管提起的诉讼可能会日益司空见惯。

特拉华州公司的高管们应注意到，允许公司豁免其董事违反注意义务责任的法律并不适用于他们。因

此，如下所述，我们建议，相关的高管人员应争取签署赔偿协议以及相应的保险安排，以在他们被提起此类诉讼时可获得保障。

法院裁决

在 Gantler 诉 Stephens 一案中，某特拉华州公司的股东对该公司的某些高管和董事提起诉讼，声称他们因回绝了一次出售公司的机会而违反了他们的忠诚义务。股东们诉称，这些高管和董事决定将公司的股份进行重新分类，以使自己从中受益，并且发出了一份具有严重误导性的代理声明，以取得股东对该股份重新分类的批准。

特拉华州衡平法院驳回了起诉，认为股东是在全面披露之后批准股份重新分类的，因此足以支持依据商业判断规则作出的股权重新分类决定。但是，在上诉中，特拉华州最高法院推翻了下级法院的裁决，认为诉状中提出的事实足以推翻商业判断的推定，也足以证明有理由提出有关忠诚义务的诉讼。

在作出该裁决时，特拉华州最高法院明确认定，“特拉华州公司的高管人员应与董事一样，负有注意和忠诚义务，并且高管们的忠诚义务与董事相同。”尽管在过去已经默示过上述主张，但是在本案中，这还是特拉华州最高法院首次明确作出这样的裁决。

法院还明确指出，董事或高管违反忠诚义务所引起的后果不一定完全相同。具体而言，特拉华州公司法第 102(b)(7) 条规定，公司可在其注册证书中载入旨在豁免董事因违反注意义务而应承担的个人责任的条款。当前，还没有类似的条款可限制高管的责任，而在目前的政治环境中，法律将来是否会规定向高管也提供同样的保护仍是个未知数。

赔偿协议和高管保险的重要作用

Gantler 案的判决明确认定，特拉华州公司的高管与董事一样负有忠诚义务，但是他们不能参照特拉华州法律的豁免条款，要求公司通过章程条款来限制其责任。

有鉴于此，至少在出台新法律对现行特拉华州法律进行修订之前，有关的高管人员应注意争取签订赔偿协议以及为自己投保，以便在面临有关其违反忠诚义务的诉讼时，能够免除个人责任。

如果因公共政策或其他原因而导致不能获得赔偿，则上述协议中的受益条款也可提供额外保障。该条款规定的受益是基于被提出异议的交易给公司及其高管带来的相对经济利益。如高管未取得任何经济利益或者受益甚微，则受益条款可显著减少高管承担责任的风险。

此外，如适用的州法律允许执行预先作出的承诺，则高管们可能还会希望考虑要求上述协议载有不因违反注意义务而提起责任之诉的承诺（受董事豁免条款中所述的相同例外情况约束）。

美新一届国会推出新贸易实施法案

美国众议院筹款委员会主席 Charles Rangel 以及贸易小组委员会主席 Sander Levin 于 2009 年 1 月 14 日提出一份旨在对美国国际贸易政策进行改革的法案。该《2009 年贸易实施法案》主要有四个目的：（1）强化贸易救济法律；（2）通过消除外国贸易壁垒为美国出口打开市场；（3）预防违反美国健康和安安全全法律法规的货物进入美国境内；及（4）在美国边境开展知识产权执法。在 110 届国会，参众两院推出了几乎相同的法案。翰宇律师事务所的法律顾问 David M. Spooner (时任美国商务部进口管理局副局长)在众议院贸易小组委员会的听证会上就与上述法案有关的事项进行作证。尽管先前版本的法

案未能提交至参众两院，但是在奥巴马政府以及第111届国会上任后，通过《贸易执行法》的希望就更大了。如需更多有关此法案的信息，敬请联系 Spooner 先生或者您委托的翰宇律师。

对贸易救济法进行改革

该法案旨在修订美国反倾销和反补贴税法律，以

- 使得反补贴税对非市场经济国家（比如中国）的适用成文化；
- 允许商务部适用替代方法，在针对中国的反补贴税程序中认定并计算可采取反补贴措施的补贴；
- 赋予国会决定何时应当取消某国非市场经济地位的权利；
- 要求商务部撤销其有关实施世贸组织上诉机构要求美国放弃调查中使用“归零法”的决定之决定；以及
- 允许国际贸易委员会对因倾销进口而产生的实质性损害进行评估，而不考虑它们是否会被从其他国家的进口所替代，也不考虑是否会给国内产业带来任何好处（推翻 Bratsk Aluminum Smelter 诉美国案）。

法案还限制了总统在拒绝授予中国保障条款项下的救济权方面的自由裁量权。该自由裁量权允许在从中国进口的产品给美国生产者造成市场干扰或者可能造成市场干扰的情况下允许授予临时救济权。

降低美国出口所遭遇的外国壁垒

该法案将加大美国贸易代表每年应在现行法律项下认定“重点外国做法”的义务，这些做法如果被消

除，美国出口额将极有可能增长。如磋商不成，美国贸易代表须启动旨在认定该做法是否可依据 301 条款提起调查。301 条款允许对违反美国在贸易协议项下权利的外国做法采取报复性措施，特殊情况除外。

该法具体规定，美国贸易代表有义务每年认定那些对贸易设立不正当技术壁垒以及对美国农产品出口采取不正当卫生与植物卫生措施的国家。在美国贸易代表对上述壁垒审查后还可进行磋商和调查。依据该法案，将成立国会贸易执行员办公室，该办公室有权对依据《乌拉圭回合协定》或该国与美国均为当事方的任何双方或地区自由贸易协定违反外国义务的行为进行调查。国会贸易执行员还将有权建议美国贸易代表对有上述违反行为的国家提起争端解决程序。

确保进口符合美国健康和安法律

按照《贸易实施法案》，将建立一个全国范围内的统一的数据系统，对进口到美国的所有货物进行单独确认，以确保进口到美国的货物符合美国健康和安法律法规。该法的颁布还将产生一个自动进口安全计划，使得合格的企业有资格在边境检查程序中快速通关。

此外，该法案规定，对多次违反美国健康和安法律的企业，将予以处罚。

美国边境知识产权执法

按照建议的法案，将在财政部内设立知识产权执法主任一职以及咨询委员会，就知识产权执法问题提供意见。

此外，法案还规定，海关及边境保护局将有责任针对可能进出口盗版或假冒商品的各方而编制“观察名单”，并且要求在边境对上述各方进行额外审查。法案还将限制海关及边境保护局降低罚款的权力，扩大禁止进出口盗版或假冒商品的范围，包括在上述商品被用于销售或公开发行的情况下将罚款增加三倍。

该法案已提交至众议院筹款委员会、法规委员会和国土安全委员会。

美国国土安全部公布有关扩大“访美计划”适用范围的最最终规定

美国国土安全部于2008年12月18日公布了一项最终规定，旨在扩大在通过“访美计划”入境美国后须提供指纹、照片或其他生物指标的非美国公民的范围。本所2008年5月份的《移民快报》对“访美计划”进行了详细阐述。该最终规定于2009年1月18日生效。

依据该最终规定，以下类型的个人被加入在入境美国时须提供生物指标的非美国公民的范围：

- 永久性合法居民；
- 申领移民签证的人员；
- 难民和避难者；
- 在检查时收到 I-94 表格或者要求入境豁免证明的某些加拿大公民；
- 被假释到美国的人员；及
- 申请依据“关岛免签证计划”入境的人员。

最终规定的例外情况包括申请持 B 签证短期入境公干或娱乐以及持 A、G 签证旅游的加拿大个人。

最近，美国海关与边境保护局负责入境许可和旅客控制的执行主任 Paul Morris 表示，通过陆上口岸入境的永久性合法居民只有当接受二次检查时须提供指纹。截至2009年1月，并非所有的陆上口岸都具备十指指纹扫描能力，但是预计在下月将完成所有口岸的安装工作。

该最终规定目前已成众矢之的，特别是在收集永久性合法居民的生物指标方面，因为很多人已在美国生活了多年。对该规定的实施提起的诉讼可能会纷至沓来。

欧盟

欧盟开最高罚单，汽车玻璃厂商被罚 14 亿欧元

欧盟委员会于2008年11月12日向4家汽车玻璃制造商开出迄今最高的垄断罚单，旨在惩罚过去大约五年内（1998年初至2003年初）上述企业在欧洲经济区内非法分占市场以及交换商业敏感信息的行为。这4家汽车玻璃制造商是法国圣戈班公司、英国皮尔金顿公司、日本旭玻璃公司和比利时索利弗公司，他们控制了20亿欧元汽车玻璃市场的大约90%，其所生产的玻璃用于新车以及品牌替换玻璃原片。

按照欧盟委员会的说法，这四家汽车玻璃生产商从事了与目标价格、生产水平、市场分占、客户分配以及现行合同重新谈判等方面的磋商。这些公司通过某种方式分配其产品，以便他们能够各自维持其在欧洲市场稳定的份额。欧盟委员会在收到“未署名知情者提供的可靠信息”后开始进行调查。在一系列突击检查之后，日本旭玻璃公司提出了要求从宽的申请。

鉴于其在调查中给予的通力配合，欧盟委员会将对旭玻璃的罚款减少百分之五十，罚金总额为 1.125 亿欧元。皮尔金顿和索利弗公司被分别处以 3.70 亿欧元和 430 万欧元的罚款，而圣戈班则被欧盟委员会处以 8.96 亿欧元的最大一笔罚款。之所以对圣戈班开出创记录的的一笔罚单，是因为圣戈班先前曾在意大利平板玻璃市场（1984 年）及比荷卢平板玻璃市场（1988 年）有垄断行为而被加罚 60% 的罚金。

德国修订《有限责任公司法》

新法于 2008 年 11 月 1 日生效，旨在实现《有限责任公司法》（“有限公司法”）的现代化以及遏制滥用现象。新法将在以下几个重要方面实现原有限公司法的现代化：

- 对有限责任公司的设立程序进行修改，从而(a) 简化股份分立、合并及转让的流程，及(b) 使得出资更为便捷。此外，登记制度的现代化将加快在工商注册处的登记流程。
- 与旧法明显不同的是，新法允许有限公司将其总部设在德国境外。新法规定须增强持股情况的透明度，从而有助于并购流程的开展，并且还使得与集团融资有关的规定成文化。新法颁布之后，有限公司能充分参与其他国家普遍实施的现金池。
- 新法将通过一系列的举措解决虚假和欺诈的商业行为。其简化了提起诉讼的程序、消除了破产程序被人为、无谓地延迟的可能性，并且提高了成为公司执行董事的人员的资格标准。

政府此举的目的是为了通过以下方式简化有限公司的设立和管理程序，从而加强有限公司这种公司形式在欧洲的发展。

设立

按照新法的规定，允许设立一种全新的法定有限公司，对名义股本的要求降低到了象征性的 1 欧元。这种新的德国有限公司形式称为“企业家公司”，公司名称须使用上述字样（或者使用简称“UG”），直至达到 25,000 欧元的最低名义股本。此外，经营者每年必须将其四分之一的利润注入资本公积金中。直至名义股本达到 25,000 欧元。上述注入的公积金仅可用于增加名义股本，或者用来弥补“企业家公司”的亏损或结转亏损。与传统类型的有限公司不同的是，“企业家公司”在设立时或者在今后增资时不得以实物出资。

现金池

与出资和资本保全有关的德国法（主要渊源为德国联邦法院的判例法）目前有碍于有限公司参与国际认可和授权的集团融资的现金池。股东对有限公司的出资，如直接付入现金池结构中的集团帐户，则依据德国判例法应认定为无效，因为该法认为此类出资不受有限公司直接控制。但是，新法对上述德国联邦法院判例法进行了修改并使之成文化，规定如能保证有能力充分偿付债务，则上述出资缴款即为有效。新法允许通过现金池结构提供上游贷款，甚至对处于负资产的公司也可提供此类贷款。但仍存在一个问题，即决定是否具备充分还款能力的责任是由执行董事承担的，而执行董事可能因此对公司或其债权人遭受的损失承担个人责任。偿还能力是否达到充分的法定标准尚有待明确界定。

股权转让

新法与旧法不同的一点是（特别是在股权转让和收购方面），新法更为重视已向工商注册处备案的现有股东名册。从在工商注册处列为股东的个人或公司实体收购任何股份，即使在卖方无权处分该股权的情况下，仍应认定为有效。因此，就股东名册而言，新法允许对有限公司股份的善意收购，而旧法则不允许。但是对上述所有权的依法推定受若干条件的约束。在下列情况下，不适用此推定：(a) 股份不存在，(b) 买方知晓所有权存在瑕疵，或(c) 卖方被列入股东名册不满三年。依据新法，将不必像以前那样注重开展尽职调查和核实工作，无需一定要取得卖方对股权所有权的保证。

授权股本

有限公司在融资方面的灵活性增大。依据新法，有限公司可拥有授权股本，与德国股份公司享有的股本类似。这样做的好处是，在最多五年的期限内，股东可授权执行董事在出资之外增加规定的股本。

资本保全规定

与旧法不同的是，新法对资本保全的规定是全面而具有可操作性的。如前所述，只要满足某些条件（如清偿主张应完全可追偿以及资产负债表中资产方只有会计交流），就可以推翻对于股东贷款禁止偿付规定股本的假设，这将推进现金池的商业实践。此外，资本保全法律目前构成破产法的一部分，并且在所有情形下，对股东的贷款应位于其他债权人的债权之下。

增强管理责任

同时，新法还对与管理责任有关的规定进行了大规模修订和加强。责任的重点已从股东转移到了有限公司的执行董事。新法规定，如果向股东支付股息导致有限公司资不抵债，则执行董事须对向股东支付股息承担个人责任（即使执行董事按照股东指示行事，也应承担该责任）。对于因股东名册中载明的信息有误而发生的任何损失，执行董事也应承担个人责任，因为他们应对名册的准确性负责。上述个人责任的范围还涉及与资本保全有关的事项。此外，如果就现金池安排而言，执行董事未能商定充分的终止合同权，从而导致负债水平过高或者资不抵债，则执行董事也应承担个人责任。就此而言，为了确定公司对于现金池贷款的还贷请求是否仍保持在足额价值，执行董事有责任做出必要的推定，并且有鉴于此，他们应对因上述推定引起的任何损失承担个人责任。

在有限公司法修订之后，这种新公司形式的准入门槛显著降低，而这种新的公司形式是否会在欧洲遍地开花，仍需拭目以待。

日本

日本公平贸易委员会对镀锌钢板垄断企业提起刑事诉讼

日本公平贸易委员会于2008年11月11日向总检察厅对三大钢板公司（日新制钢、淀川钢铁公司和Nippon Steel & Smikin Coated Sheet）提起刑事诉讼，理由是它们涉嫌违反《反垄断法》第3条的规定（“不合理地限制贸易”）。这是日本公平贸易委员会17年来第一次，也是二战以来第三次因价格垄断行为而提起刑事指控。

按照公平贸易委员会的说法，在 2006 年 4 月至 2006 年 6 月期间，被告公司的员工同意将在 2006 年 7 月 1 日之后交货的热镀 55% 铝锌合金钢板及钢带的销售价格每公斤提高 10 元。

第四家钢铁生产商 JFE Galvanizing & Coating Co. 也参加了该垄断集团。但是鉴于该公司已申请从宽处理（即减少或豁免罚款）并在公平贸易委员会启动强制性调查之前将垄断集团的情况告知公平贸易委员会，因此该公司未列入刑事指控被告名单之中。在此情况下，从宽制度有助于揭露垄断集团的存在。首先将垄断集团情况通知公平贸易委员会的公司可避免受到检察厅的指控（依据事实），也可避免受到公平贸易委员会的相关罚款（依据法律）。公平贸易委员会希望这种待遇将有助于从宽制度有效实施。尽管日本法律并未具体规定上述情况可免受检察厅的刑事指控，但是检察官们也主张支持公平贸易委员的从宽制度。



走出中国 CHINA OUTBOUND

联系方式：

北京办公室

[Sungbo Shim](#) (沈成辅)

[James M. Zimmerman](#) (吉莫曼)

美国翰宇律师事务所

北京市朝阳区光华路 1 号嘉里中心北楼

2501 室

北京 100020, 中国

+86.10.8529.6998

上海办公室

[Daniel F. Roules](#) (陆大安)

[Amy L. Sommers](#) (李雅美)

[Rainer Burkardt](#) (博凯德)

[Charles R. McElwee II](#) (李康熙)

美国翰宇律师事务所

上海市南京西路 1515 号嘉里中心 1207 室

上海 200040, 中国

+86.21.6103.6300

北美

辛辛那提

克里夫兰

哥伦布

休斯顿

洛杉矶

迈阿密

纽约

帕罗奥多

凤凰城

旧金山

塔拉赫西

坦帕

泰森科纳

华盛顿特区

西棕榈滩

香港办公室

[James Tsang](#) (曾世昌)

[Nicholas Chan](#) (陈晓峰)

[Francis Li](#) (李泽恩)

美国翰宇律师事务所

香港中環

皇后大道中28号

中汇大厦 24 层

+852.2509.9977

东京办公室

[Ken Kurosu](#) (黑须贤)

美国翰宇律师事务所

Gaikokuho Kyodo Jigyo Horitsu Jimusho

Ebisu Prime Square Tower, 16/F

1-1-39 Hiroo Shibuya-ku,

Tokyo 150-0012 Japan

+81.3.5774.1800

拉丁美洲

波哥大*

布宜诺斯艾利斯*

加拉加斯

拉巴斯*

利马*

巴拿马*

里约日内卢

圣地亚哥*

圣多明戈

圣保罗

欧洲

伯拉第斯拉

布鲁塞尔

布加勒斯特*

布达佩斯

都柏林*

法兰克福

基辅

伦敦

莫斯科

布拉格

华沙

亚洲

北京

香港

上海

东京

© Squire, Sanders & Dempsey L.L.P.

All rights reserved

March 2009

本通讯仅提供有关美国及国际法律环境的免费信息，不构成法律意见。