



走出中国 CHINA OUTBOUND

美国翰宇国际律师事务所
Squire, Sanders & Dempsey L.L.P.
2010年10月

美国：

外国制造商法律责任法案草案简介 2

《多德-弗兰克华尔街改革和个人消费者保护法案》下对私募基金顾问的监管 3

欧洲：

英国-执行担保的现实考量 4

俄罗斯-最新的投资保护措施将追究伪造文件和资料的刑事责任 5

德国-新的危险德国信贷机构的重组和资产转让程序 6

美国

外国制造商法律责任法案草案简介

要点：拟推行的法案将要求外国制造商指定传票送达代理人并服从美国法院的管辖。

美国国会目前正在考虑推行一项法案将要求某些类型产品的外国制造商指定传票送达代理人并服从美国法院管辖，否则其产品将被禁止进口。

《外国制造商法律责任法案》（即《FMLAA》）将要求生产“最低价值或数量”的“列明的产品”（如消费商品、药品、仪器、化妆品、化学品、生物制品以及杀虫剂）的外国制造商在与进口产品的进口、分销或销售有“实质关联”的州指定传票送达代理人。外国制造商另须同意其指定的传票送达代理人所在州的州法院及联邦法院对其具有属人管辖权。

对任何列明的产品或产品部件（如果该等产品或该产品的任何部分是由美国本土以外的制造商制造或生产的，并且该等制造商未指定传票送达代理人或未服从管辖）《FMLAA》将禁止该等产品进口到美国。

由于《FMLAA》将仅对生产“最低价值或数量”的制造商适用，而该数量仍未确定，因此很难准确预测哪些外国制造商将会受到《FMLAA》的影响。事实上，目前对《FMLAA》的准确定位以及所欲规制的行业范围存在广泛的争论。若《FMLAA》最终成为法律颁布，将会由部分联邦政府机构决定触发履行《FMLAA》义务的价值或数量。

《FMLAA》将会对在美国销售产品的公司在物流环节设置一个明显的障碍，尤其是向大量海外供应商采购部件的公司。尽管对不同类型的产品的“最

小价值或数量”的判断标准仍未定，外国公司若不能证明其产品所有部件的制造商已经在美国指定传票送达代理人，其产品则不得进入美国境内。不容乐观的是，很难预测《FMLAA》将如何施行，因为执行《FMLAA》是由监管美国海关的国土安全部负责。

事实上，要求外国制造商服从美国法院的属人管辖与美国的原告胜诉没有太大关系。举例来说，如果一家公司在美国没有资产，原告依然需要寻求外国法律执行任何原告获得的判决。

很难预测《FMLAA》最终能否成为法律。一方面，由于普遍的观点认为很难让外国公司在美国承担法律责任，因此《FMLAA》得到了国会的力挺。事实上，该立法提案似乎起因于美国原告向中国被告（被诉在美国销售有缺陷的石膏板产品）发出传票过程中所遇到的困难。

一些贸易专家认为，目前起草的《FMLAA》将违反美国加入WTO的承诺，即禁止除GATT第XI条规定的关税之外的进口限制措施。因此，他们认为《FMLAA》将很难通过在众参两院将要面临的障碍。

目前似乎正在对《FMLAA》进行部分修订，包括一项“妥协”的提议，即要求国内进口商向海关声明与他们存在业务往来的外国公司在美国有已登记的代理人并且进口商接受因不实陈述而导致的惩罚。而对《FMLAA》是否会有进一步的修订有待观望。

《多德-弗兰克华尔街改革和个人消费者保护法案》

下对私募基金顾问的监管

2010年7月21日，美国政府公布了一项新的财政改革法案，其正式名称为《多德-弗兰克华尔街改革和个人消费者保护法案》（下称“《法案》”）。

《法案》对包括私募股权基金和对冲基金在内的“私募基金顾问”的监管作出了一系列规定，并将显著改变私募基金顾问的监管体制。下文是针对《法案》中关于私募基金顾问监管的关键条文的概述。值得注意的是，虽然外国私募基金顾问通常可以不受《法案》的约束，但前提是它们能保证满足下文所述的获得豁免的条件。

注册

《法案》通常要求所管理资产不低于一亿美元的私募基金顾问在美国证券交易委员会（下称“SEC”）注册为投资顾问，并且废除了《1940年投资顾问法》（下称“《顾问法案》”）规定的对于客户少于15人的顾问的“私人顾问豁免”。注册顾问需要遵守报告和维持记录的要求，并且定期接受SEC工作人员的检查。注册顾问所提供的信息可以由SEC和金融稳定监督委员会（下称“FSOC”）共享，以评估系统性风险。所管理资产低于一亿美元的顾问通常需要在州注册。

中等规模私募基金顾问豁免

《法案》允许SEC颁布规定，要求对“中型私募基金”的投资顾问进行注册和审查。仅为私募基金提供咨询，并且所管理的资产低于一亿五千万美元的投资顾问，可以豁免《法案》规定的注册义务。但是，SEC可以（1）要求投资顾问保存SEC认为

对于公共利益或保护投资者而言必要或适当的记录和报告，以及（2）综合考虑投资顾问的规模、管理、投资策略以及它们形成的系统性风险，执行注册和检查程序。

风险投资基金豁免

《法案》为仅为“风险投资基金”提供咨询的投资顾问提供豁免。在任何情况下，被豁免的顾问仍然要遵守SEC规定的记录维持和报告要求。《法案》规定，SEC应当在《法案》颁布一年内对“风险投资基金”做出定义。

其他豁免：家族办公室的投资顾问、外国私募顾问和小型商业投资公司顾问

通常，家族办公室顾问、外国私募顾问和小型商业投资公司顾问同样可以享受注册义务的豁免。但是，SEC仍未对“家族办公室”做出定义，《法案》也没有规定做出定义的最后期限。“外国私募顾问”豁免规定，符合下列条件的投资顾问可以免于注册：（1）在美国境内没有营业场所；（2）在美国的私募基金的客户和投资者少于15人，并且管理的资产总计少于两千五百万美元；以及（3）不对外表明其是美国的投资顾问，尚未根据《法案》注册，也不是《法案》规定的商业开发公司。

州监管

对于所管理的资产价值，《法案》将联邦监管的门槛从两千五百万美元提高到一亿美元。通常来说，所管理的资产价值介于两千五百万美元与一亿美元之间（否则需要向SEC注册）的投资顾问，必须在其所在州注册并接受检查。但是，这些顾问必须保存相关记录，并且向SEC提供年度报告或者SEC认定为适当的报告。如果该投资顾问的所在州没有执行检查，该顾问需要在SEC注册。

商品交易顾问注册豁免

如果在《法案》颁布后，该投资顾问的业务不以证券咨询为主，则《法案》豁免任何已经在商品期货交易委员会注册（即“CFTC”）为商品交易顾问（即“CTA”）的投资顾问的注册义务。

欧洲

英国：执行担保的现实考量

在向借款方提供借款的同时，贷款方常常要求在借款方的资产上（通常还会要求在其集团公司其他成员的资产上）取得担保权，以作为借款方偿还债务及履行对贷款方其他义务的担保。就在英格兰成立的公司而言，该担保通常是在公司的所有资产上设立固定及浮动抵押。上述针对有关公司的抵押应当经公司注册署登记，并且在某些情况下还需登记于其他权属登记机关，例如土地登记署（土地）以及英国知识产权办公室（某些类型的知识产权）。

通过贷款文件中声明与保证条款这一早期预警机制，贷款方可以了解借款方是否有履行方面的困难。保证条款可以是信息提供类的（例如，提供借款方每年的年报），可以是财务性的（例如，借款方或其集团有形净值的衡量），或者是整体性的（例如，禁止向第三方提供担保）。贷款方通过审阅借款方定期提交的财务信息可以鉴别借款方是否履行了上述义务。违反声明与保证条款通常将构成违约事件，从而使贷款方有权行使特定权利，包括要求支付或偿还未清偿的债务以及就借款方的义务和债务执行保证或担保。

对于在违约事件出现后考虑执行担保的贷款方而言，第一步是确认其具有的权利及适用情形。这并

不像听起来那么显而易见。在英国判例法中，有许多贷款方自信满满地以为自己完全有权采取行权措施却最终发现事实并非如此的案例。

英国法院的判决提醒我们：即使某项违约事件表面上看起来清楚无疑，贷款方在主张违约时仍可能犯错。

贷款方对于违约事件或终止事件的无效宣告不具有法律效力，也不造成贷款方的法律责任。宣告既然没有效力，便也不会构成违约。这一点常常令那些认为无效的要求必然导致贷款方承担责任的人感到惊讶（即使仅从诽谤角度考虑，类推旧判例法中错误地拒付支票的判例，尽管事实上这种类推并不适当）。理由在于：借款方有权忽略该宣告及此后的要求，因此没有遭受损害。但是，对借款方的损害范围应予以考虑，尤其当贷款方的宣告将引发借款方或客户在其作为合同一方的其他融资合同中的交叉违约，或者将导致借款方的供应商拒绝按信用条款继续供应。

然而，贷款方将为其错误宣告后的自身行为而产生的后果承担责任。鉴于对违约事件或终止事件的宣告没有效力，贷款方在信贷协议项下的义务并未终止。因此，如果贷款方采取以下行动，则将构成违约：

- 试图行使抵押物上的权利；及/或
- 认为其有权取消贷款承诺而拒绝继续向借款方提供资金。

文件审阅-常称为“担保审阅”（尽管实际上其内容比其字面意义更丰富）经常是值得推荐的。通过文件审阅，贷款方能确信其担保是有效且可执行的，并且贷款方在特定的情形下有权执行。贷款方的法律顾问一般也会就贷款方可选的行权措施的范围提出意见，以便贷款方开始考虑行权的可行性。此外，

该审阅也能确保贷款方的顾问能够及时掌握借款方的最新情况。

从更实际的层面来看，贷款方会要求对抵押物进行估价，例如对有形资产（例如存货及机器）的实时、现场审计以及对属于抵押物的所有无形资产（例如应收账款）的账面审计。贷款方对于评估及审计方式的选择各有不同。但是，在有形资产价值很高或者存在特殊问题（例如零售存货）的情况下，他们常常聘请外部专家进行评估，并且就资产变现的最佳策略提供意见。在绝大多数案件中，需要在变现的速度及资产清算的价格之间加以权衡。

同时进行法律审查以及评估，贷款方能够清晰地认识到其可以行使的权利以及可能的行权方式。对于就借款方的所有业务及资产具有固定及浮动抵押的贷款方而言，他们可能倾向于任命一名管理者作为最为周全的方案。在理想情况下，如果时间允许，贷款方应当考量各种报告后再作出上述决定，因为这些报告可能会提出可供替代而贷款方尚未想到的其他执行方案。

作为一个独立步骤，以资产为基础的贷款方在意识到违约事件后应当立即向借款方发出一封“权利保留书”。如果贷款方未采取该措施并且继续履行信贷合同（而不是立即采取措施以加速、终止及/或执行），那么这一行为可能被视为对该特定违约事件的弃权。即使信贷合同中有旨在防止上述问题发生的“不弃权”条款，这一风险仍然存在。在 2009 年“*Tele2 International Card Company SA and others v Post Office Ltd*”一案中，英国上诉法院判决认为：“不弃权”条款不足以否定无过错方在另一方违约的情况下继续履行该协议的行为。

俄罗斯最新的投资保护措施将追究伪造文件和资料的刑事责任

外国投资者在俄罗斯投资时往往显得小心谨慎。2010年5月25日与俄罗斯总统德米特里-梅德韦杰夫会见的著名美国风险投资基金经理称，这样的态度部分源于时常发生的盗窃行为。这里的盗窃可能通过掠夺的形式出现，比如在俄罗斯不时会发生的违法扣押商业的执法行为。这些掠夺行为通过诸如非法变更联合股份公司股东的注册或者联邦对法律主体的统一注册等方法进行（这些注册信息中包括有限责任公司（LLC）成员以及其他法律主体的资料），有时也通过伪造转让有限责任公司参股权益的协议来进行。还有其他方法，比如举行非法的股东大会并伪造会议记录。

2010年7月1日，俄罗斯总统签署了147号联邦法律（下称“联邦法律”），旨在对掠夺者进行反击。147号联邦法律于2010年7月5号生效。前一个反掠夺法律是2009年10月21日生效的205号联邦法律，该法的内容包括修改了有限责任公司转让成员权益的程序，并规定了转让交易的公证。

联邦法律规定以下行为需要承担刑事责任：（1）篡改法律主体的联邦统一注册或有价证券持有人的注册；（2）篡改股东（成员）大会决议；（3）通过恐吓或暴力，扣押转让资产的行为。以上行为将被处以10万卢布以上50万卢布以下的罚款（约3000美元以上17,000美元以下），或被处以监禁（如果造成重大后果，监禁期最高为10年）。

联邦法律规定，政府官员如将明显的错误数据记入联邦统一注册，以及任何故意毁坏

新的危险德国信贷机构的重组和资产转让程序

2010年7月13日德国联邦司法和财政部发布了《重组和有序清算信贷机构、为信贷机构设立重组基金和公司法管理责任时效延长法案》的讨论稿（下称“重组法案”(Restructuring Act)）。

重组法案的讨论稿特别规定了新的预先破产措施，其目的是通过对德国联邦内阁在2010年3月31日公布的《金融市场条例重要规定》中所考虑的德国面临风险的银行进行重组或改组来预防银行资不抵债。另外一个重要方面是，如果银行存在是危险的，并且关闭银行的风险会给金融系统带来潜在的系统风险的话，重组法案规定在德国联邦金融监管机构（下称“BaFin”）的指令下，银行应将其全部或部分资产转移到另外一家银行。

将来，BaFin 将会被授权来管理危险银行的重组或改组，有权发布转让指令，有权和德国金融市场稳定联邦机构合作（下称“FMSA”）（第四条）。

银行改组法案

重组法案中包括银行改组法案，其中包括了三种关于重组的措施：

- 重组程序需要任命一个重组顾问来与 BaFin 紧密合作实施重组计划（第一条，第2到6款）；
- 如果重组措施不能够被成功实施，关于影响银行股东和债权人权利的改组程序将被启动（第一条，第7到23款）；
- 最终，如果 BaFin 确定银行的存在是危险的，将会给金融系统带来系统性风险，BaFin 有权发布要求指令，要求银行将其全部或部分业务转让给某个国营或私有银

行（德国银行业法案草稿第2条第48a到48s款）。

设立重组基金（第三条）

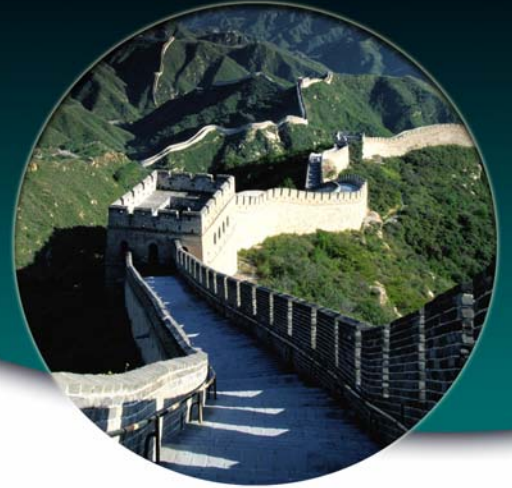
另外，根据《为信贷机构设立重组基金法案》，重组法案介绍了一种重组基金，该基金是通过 FMSA 管理的。重组基金将会通过收取银行税的形式来获得融资，通过对银行破产系统风险的计算得出每年的应缴份额。缴付义务只适用于按照德国银行业法案第一部分第一条的规定下所指银行，而不适用于德国银行业法案第一部分第一条 a 款规定的金融机构，每年的缴付额将会根据银行最新的财务报表的数字计算，特别是认缴相关负债和银行资产负债表外衍生交易的账面价值。按照重组法案的规定，即使银行没有产生任何利润，也必须缴付少部分作为常规贡献。银行税因此被相关各方广泛讨论。

公司法管理责任时效的延长（第五条）

最后，重组法案规定了将德国银行的管理和董事成员的责任时效从五年延长至最长不超过十年（第五条）。

后续步骤

讨论稿列出了重组法案的实施日期为2010年12月31日。然而，是否这个日期能够实



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)

[Song Zhu](#) (朱松)

美国翰宇国际律师事务所

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

香港办公室

[James Tsang](#) (曾世昌)

[Nicholas Chan](#) (陈晓峰)

[Francis Li](#) (李泽恩)

美国翰宇国际律师事务所

香港中環

皇后大道中28号

中汇大厦 24 层

+852.2509.9977

上海办公室

[Daniel F. Roules](#) (陆大安)

[Amy L. Sommers](#) (李雅美)

[Rainer Burkardt](#) (博凯德)

[Zhaoyang Li](#) (李兆阳)

[James L. Hsu](#) (徐立人)

美国翰宇国际律师事务所

上海市南京西路 1515 号嘉里中心 1207 室

上海 200040, 中国

+86.21.6103.6300

东京办公室

[Ken Kurosu](#) (黑须贤)

美国翰宇三木·吉田国际律师事务所

Gaikokuho Kyodo Jigyo Horitsu Tokkyo
Jimusho

Ebisu Prime Square Tower, 16/F

1-1-39 Hiroo Shibuya-ku,

Tokyo 150-0012 Japan

+81.3.5774.1800

北京
布拉迪斯拉发
布鲁塞尔
布达佩斯
加拉加斯
辛辛那提
克利夫兰
哥伦布
法兰克福
香港
休斯顿
基辅
伦敦
洛杉矶
迈阿密
莫斯科
纽约
帕罗奥多
凤凰城
布拉格
里约热内卢
旧金山
圣多明戈
圣保罗
上海
塔拉哈西
坦帕
东京
泰森斯科纳
华沙
华盛顿特区
西棕榈滩

业务合作律师事务所：

贝鲁特
波哥大
布拉格斯特
布宜诺斯艾利斯
拉巴斯
利马
巴拿马
利雅得
圣地亚戈

本通讯仅提供有关美国及国际法律环境的免费信息，并非法律意见。

© Squire, Sanders & Dempsey L.L.P.
All rights reserved
2010