

西游记

SheppardMullin

美国盛智律师事务所



2012年第二季度

究竟谁是“外国官员”？

作者: Alison Kleaver
Joseph Barton

美国《海外反腐败法》(Foreign Corrupt Practices Act, 下称“FCPA”)的立法宗旨之一,是防止美国企业与公民为换取商业利益的目的而向外国官员行贿的行为。为此,该法禁止任何美国公民或企业为获取或继续从事业务而与“外国官员”进行钱权交易[15 U.S.C. § 78dd-2(a)(1)]。然而,究竟哪些人属于“外国官员”,却有着极大的不确定性。尤其对于在拉美地区开展业务的美国企业而言,因该地区各国政府往往在众多商业领域——从教育到公用设施到医疗保健——都有着一定的参与度,因此该地区国有企业员工是否属于FCPA意义上的“外国官员”,便成为了一个受到极大关注且存在许多潜在责任的问题。

FCPA对“外国官员”的定义是:“任何外国政府/政府部门/行政机构或政府职能部门的官员或雇员”[15 U.S.C. § 78dd-2(h)(2)(A)]。因此,判断国有企业员工是否属于外国官员的关键,在一定程度上便取决于国有企业是否属于“政府职能部门”。

日前,两法院针对这一问题进行了审定,认为该问题答案不可一概而论,而应根据具体事实调查结果得出结论。在美利坚合众国诉卡森案[United States v. Carson, 2011美国联邦地区法院 LEXIS 88853号案(C.D. Cal. 2011年5月18日)]中,美国联邦地区法院指出了以下几个决定结论的关键要素:(1)该企业及其员工的政府性质;(2)该外国政府对该企业的控制程度;

(3)该企业活动的宗旨;(4)该企业的法定义务及法律特权,如该企业对其自身运作是否具有独立或控制的管理权;(5)企业的历史沿革;以及(6)企业的国有程度,及政府对其提供诸如补贴、税收优惠及贷款等财政支持的程度[第*11-12]。

该法院强调,单单以其国有性质一点,不足以认定该企业系属FCPA意义下的“政府职能部门”[第*12]。而在美利坚合众国诉阿吉拉尔案[United States v. Aguilar, 783 F. Supp. 2d 1108号案(C.D. Cal. 2011)]中,法院在判断国有企业是否属“政府职能部门”时,则将政府机构及部门的众多特点纳入了考虑范围[第*1115]。除上述卡森案审理法院指出的诸多因素外,审理本案的法院还审查了该企业是否向其司法管辖区内居民提供服务、其核心职员与董事是否为政府官员或由政府官员指定,以及其是否被公认为履行政府职能这三个问题。

然而在实践中,对于涉嫌违反FCPA的企业而言,法院阐明的上述标准却不一定可靠。最近由美国司法部(下称“司法部”)和美国证券交易委员会(下称“证交会”)公布的和解案例显示,这两个负责FCPA调查的机构则有着更为明确的标准——企业是否具有国有性质即是解决本问题之决定性因素。司法部和证交会于2012年3月公布的巴奥米特公司(Biomet)案就是一个典型例子——该公司为了保证其业绩,向阿根廷、巴西和中国国有医院的医生行贿

[接首页](#)

，而被上述两机构调查。相似的，司法部和证交会于2011年4月与康维科技公司（Comverse Limited）就该公司向希腊电信组织公司（Hellenic Telecommunications Organisation S.A.）之雇员付款事项达成和解——希腊政府持有该电信公司三分之一的股份，亦即该公司最大的股东。

鉴于司法部和证交所调查的涉嫌违反FCPA案件中，许多被调查企业都选择以和解而非出庭应诉的方式结案，因此对于FCPA项下“政府职能部门”进而“外国官员”的定义，究竟应以司法部及证交所的广义标准为准，抑或法院具体事实调查的狭义标准为准，则为海外开展业务的企业带来了相当大的不确定性。在法院明确解决这一问题之前，企业应宁可失之谨慎，将外国政府国有或国有控股企业的员工全部假定为FCPA意义下的“外国官员”，以尽量减少潜在的FCPA责任。◆



中国是否会任由其海外企业进行反竞争行为？

作者：Becky Koblitz
Ling Zhang

中国企业应谨慎行事，不应将近期中国政府发布的鼓励中国企业在海外投资过程中加强协调合作的政策文件理解为政府会任由其进行反竞争行为。该政策文件同时强调，外国企业有必要警惕其中方合作者（和竞争者）可能出现的反竞争行为。

2012年6月29日，包含《反垄断法》执法部门商务部、国家发展和改革委员会（以下简称“发改委”）与国家工商行政管理总局（以下简称“工商总局”）在内的国务院下属十三个部委联合发布《关于鼓励和引导民营企业积极开展境外投资的实施意见》（以下简称“《意见》”），以进一步落实《国务院关于鼓励和引导民间投资健康发展的若干意见》（国发[2010]13号，以下简称“《民间投资意见》”）。《意见》广泛的涵盖了针对境外投资的政策意见。正如前文所述，《意见》是2010年5月国务院发布的《民间投资意见》众多后续实施政策中的一部份。该2010年《民间投资意见》被视为2005年《国务院关于鼓励支持和引导个体私营等非公有制经济发展的若干意见》（国发[2005]3号）后针对民间投资发展、管理及管制等问题具有里程碑意

义的文件。虽然，严格意义上国务院及其部委发布的此类意见并不是法律，但是省级政府及中国企业从此类意见中可以察觉中央政府的政策动向，因此他们会格外看重此类政策性文件，不会掉以轻心。

《意见》第一部分为“大力加强对民营企业境外投资的宏观指导”，其中第四项规定：“……引导企业加强境外投资的协调合作，避免无序竞争和恶性竞争。”

一方面，这样的政策或许反映了政府的良好初衷，即引导中国企业避免互相蚕食与不必要的竞争，这能够最大限度地激发研发型合资企业、生产型合资企业及一体化合资企业等类似企业提升经营效率。上述合资活动能够收获具有竞争性的收益，如更高的资产利用率，更低的生产成本，形成规模经济并促进新的投资。另一方面，竞争者之间的协调与合作却有被认定为反竞争行为并经受反垄断调查的潜在风险。例如，研发型合资企业可能有被认定为在创新方面限制竞争的风险；生产型合资企业可能有被认定存在信息流方面的垄断行为、存在价格及产

[转至第3页](#)



接第2页

量协议；至于一体化合资企业，由于整合了业务运营的所有方面，涉及企业兼并时有可能被认定其实质或潜在地对竞争产生了不利影响，从而引发反垄断方面的问题。

中国政府引导民营企业加强彼此之间的协调合作，但同时会导致交换竞争性敏感信息的风险，从而可能涉嫌卡特尔行为。不同竞争者业务领域重合越大，其信息交换就越有争议。此类中国企业就有可能遭受潜在外国合作者、外国反垄断执法机构（对于美国而言还包括被私人起诉）严格审查的风险。

特别是，中国企业应该知晓美国反垄断法的境外效力——根据《美国对外贸易反垄断改进法》（Foreign Trade Antitrust Improvements Act，以下简称“《反垄断改进法》”）的“通则性规定”，美国反垄断法原则上不适用于涉外商业活动（通常指涉及非美国买方/卖方的交易）。但是，《反垄断改进法》还规定了两条意义重大的例外情况——第一，“涉及”美国进口贸易的涉外贸易行为受美国反垄断法管辖；第二，在《反垄断改进法》“国内损害”例外中，只要涉外贸易行为（1）对美国贸易产生“直接、实质和可以合理预见的影响”且（2）原告就这种影响提起了诉讼。

中国企业可通过美国法院的裁判与美国司法部、联邦贸易委员会公开发布的公告了解美国《反垄断法》境外适用的标准。

关于是否“涉及进口贸易”，美国第三巡回法庭的意见是反竞争行为是否“直接针对美国进口市场”是此项认定之关键。司法部和联邦贸易委员会的判定标准更为宽泛——“即使合谋者就销往全球的商品实行价格垄断，只要此处商品销往美国（不论其销量和销售对价），即可认定为‘涉及’进口贸易。”

关于《反垄断改进法》的另一个例外条款中的“直接、实质和可以合理预见的影响”，美国第七和第九巡回法庭的意见是此种影响必须是被申诉外国反竞争行为具有“立即的影响”。司法部和联邦贸易委员会的判定标准更为宽泛——“在定义‘直接’时，在合理的范围内可以根据本例外条款的功能同时定义其他两项：‘直接’用来判定影响的来源，‘实质’用来判定影响的程度，‘可以合理预见’用来判定影响的客观可预见性”。

虽然司法部/联邦贸易委员会与法院的立场并不完全一致，境外被告应知晓法院有可能在实践中对《反垄断改进法》的上述要件予以广义的解读。从美国境内的私人原告的角度来说，这将增长中国被告在法院审讯的时间。

那么，中国企业怎样保护自身利益呢？亦或，从美国公司的角度出发，怎样才能准确发现反竞争行为呢？中国企业向美国买方出售商品（或通过其他方式使得商品进入美国市场）时，应考虑同时制定有

转至第4页

接第3页

效的反垄断合规计划和展开培训项目——尤其要注意避免出现共谋行为以致美国司法部介入。同时，谨慎的做法是展开内部的尽职调查，从反垄断合规的角度审查现有经营活动并发现公司可能遭受的风险。理想的状态是此类尽职调查能够同时涵盖书面文件及对雇员的采访调查。

对于竞争者之间交流信息的审查可以涵盖如下方面：内部电子邮件，涉及涨价的文件，定价公告，内幕市场更新信息以及会议记录。公司亦应促使其雇员避免与竞争者讨论业务事宜，特别是需要注意不能按照竞争者的建议同意或以任何方式使产品价格变动。另一个需要特别关注的事项是有关配置、分割、客户和市场分享的信息交流。

中国政府正采取措施提升民营企业的经济活力，使之同国有企业相提并论，这着实令人振奋——但同时也应该注意到《意见》可能致使中国民营企业在美国的经营受到来自美国政府和美国私人机构的反垄断调查。因此，那些在国外有业务经营的中国企业应保持警惕，保证其经营行为与相应的国外反垄断规范相一致。◆



欧洲两用物项出口法规变化

作者：Reid Whitten

6月15日，欧盟有关两用物项出口管制法规的271处变更正式生效。其中一些修订是依据最近几年签订的国际协议，这些变化更新了欧盟的整个出口体系。

背景

与美国出口管理条例类似，欧盟所施行的两用物项出口管制也是规范同时具有商业和军事用途的产品出口。根据欧盟的法规，受管制物项在未获得出口许可前不允许离开欧盟境内。欧盟的法规同时对此类两用物项的报关管理也有相应管制。除了某些受严格管制的物项外，其他的两用物项均可在欧盟范围内自由贸易。



变化

欧盟两用物项出口管制法规的主要结构并没有显著变化。这些修订大部分是技术性变更

——如解除或减少某些物项的管制，修订某些物项的定义和描述。这些修订将使得欧盟两用物项管制法规的标准与一系列国际协议相一致——包括瓦圣纳协定，核供应国集团，导弹技术控制制度与澳洲集团。

欧盟两用物项管制法规的大部分修订是根据瓦圣纳协定的变更做出的。瓦圣纳协定是专注于规范国家出口控制体系的透明度的多边出口控制制度。自2009年以来，瓦圣纳协定不时进行更新，而欧盟出口管制法规的此次修订正是反映了瓦圣纳协定的变更内容。

因为瓦圣纳协定适用于几乎所有欧盟国家（仅有一个欧盟成员国不是瓦圣纳协定的缔约国），欧盟法规需要按其变更做出相应修订。同时，因为美国和日本同时是瓦圣纳协定41个缔约国中的成员，欧盟法规的此类修订将进一步使该法规与其他国家的相关规定协调一致。

接下来会发生什么

修订后的欧盟法规将使美国与欧洲的贸易进出口更加便利。但是欧洲出口商及与其进行贸易往来的美国企业应重新审阅这些管制其出口两用物项、技术或软件的法规——这些更新可能会带来不同的许可要求或许可豁免。只有谨慎行事，出口商或许才能够从这些法规变更中获益。

男人，化妆品，与药物

男性修饰及美容产品——也就是男人的化妆品，正在持续保持销量年度增长。某研究公司的预测数据显示，男性洗浴用品的年销量将于2016年达到32亿美元。而男性护肤产品（诸如洁面、保湿和去角质产品）的年销量已从1997年的4090万美元，增长到了2009年的2亿1700万美元——涨幅翻了五番。越来越多的男人开始尝试使用粉底、润肤露、面膜、精华液，以及其它曾经被视为女性专用的各种化妆品。而其中销售最成功的，莫过于那些为肌肉型男们定制，包装却难以定性的产品。因此，随着男性化妆品与美容产品市场营销的日渐引人注目，以及对于市场新进者而言其持续被看好的前景，将新产品推向市场时所产生的复杂法律挑战及关注度亦随之而来。

美国的化妆品行业受食品及药品管理局（Food & Drug Administration, 下称“FDA”）监管。根据美国《联邦食品、药品与化妆品法案》（Federal Food, Drug, and Cosmetic Act, 下称“FD&C法案”），“化妆品”系指“以揉搓、涂擦、喷洒或者其他方法，散布于人体表面……以达到清洁、美化、增加吸引力及修饰容貌目的的产品”。这一定义涵盖了润肤露、香水、唇膏、指甲油、眼部及面部底妆、洗发水、烫发剂、染发剂、香体露，以及任何拟作为化妆品产品构成成分的物质（不包括肥皂，肥皂为其它法规所规制）。

另外，FD&C法案同样也适用于药品的制造和销售。如果某化妆品系“用于诊断、治疗、缓解或预防疾病”或“用于影响人类或其他动物的身体结构或功能的产品（除食品外）”，那么该化妆品则还需符合药品之法定要求。在前述定义下，若某种化妆品能够缓解某种病症——例如皮肤干燥症，或提供某种保护——例如SPF防晒，则该化妆品将被认定为药品。诸如去屑洗发水、含氟牙膏，以及内含止汗剂的香体露等，性质均同时属于化妆品与药品，故亦必须同时受FDA准则对两者的约束。

FD&C法案对产品系属化妆品或药品的定性依据系产品的用途，因此掌握确定用途的原则自然便十分重要。产品营销材料中的宣传用语可能会对产品属于“化妆品”或“药品”的分类产生影响。比如说，一名为“去痕临时皱纹抚平霜”的产品，因其于广告中称“去痕非面部拉皮亦非药物治疗型产品，而系蛋白化妆品，且绝不含任何有害化学物质及激素”而违反了FDA规定。事实上，“去痕”为牛清蛋白配方，其溶液会于皮肤表面形成一层薄膜。随着薄膜在皮肤表面的逐

渐干燥，其以一种物理副作用的方式收紧皮肤。尽管其纯物理作用对于人类皮肤不会产生持久影响，但法院任然认为该产品就蛋白的宣传“强烈地表现出了其作为治疗性产品的特点，并显示其含有的蛋白质对皮肤具备滋补或其他有益的生理功效。”广告商在对产品进行大肆吹捧时，其令产品听起来具备传统治疗功能的宣传，却会导致一些原本完全属于化妆品的产品之性质转变为FDA眼中的药品。

若一个化妆品没有表现出类似药品的用途或性能，那么该产品则无需于进入市场前接受FDA审批（含某些色素的产品除外）。相比而言，药品则必须接受上市前批准程序，通过新药申请（NDA）或符合FDA柜台交易药物审查建立的特定药物类别“专著”。通过FDA药物审批本身是一个十分复杂的过程，且并不限于上述材料范围。

若一种化妆品产品以任何方式掺杂或伪造，那么其不得被引入州际贸易。“州际贸易”适用于产品的生产、包装以及分销等所有步骤。“掺杂”的认定包括：含有有毒物质；含有全部或部分污秽、腐烂或分解的物质；或以使产品可能受污秽物质污染的方式对产品进行包装或备制。而“伪造”行为则包括：信息或包装虚假或存在误导性；不符合标签法规规定；或必需信息的可读性差。化妆品产品必须遵守《联邦法规法典》第21章第70-740部分所列之标签规定。标签中任何虚假或误导性的信息或对标签规定的违反，将会使供应商面临虚假广告责任以及FDA执法程序。该部门可能会请求联邦地区法院针对产品生产商或分销商发出禁止令，扣留涉案货物，或针对违法者提起刑事指控。

除上述外，在化妆品产品标签或广告中暗示该产品已通过FDA审批，亦属于违法行为。标签须展示产品的属性与用途，及其所含成分之含量。如产品成分尚未通过安全检测，产品上则必须标有其未检测状态的警示标志。综上所述，供应商对其产品及产品中使用成分的安全性应承担最终责任。另外，FDA制定的准则明确严禁将某些成分用于化妆品。

针对男性群体的化妆品销售将会持续具有挑战性并稳定增长。尝试进入这一市场的企业必须以谨慎的态度对待其产品的营销、配方与标签，以免其纯粹的化妆品产品落入了FDA药物监管之手。除此之外，希望在男性美容业复兴中获利的企业，为保证其操作无可挑剔，应当谨慎避免在营销中做出夸大的宣传。◆

采访一名著名的娱乐业律师 - Bob Darwell

1. 中国企业投资已开放美国娱乐产业的机会分析:



a. 大额交易（包括外商直接投资）的主要困难:

i. 监管事项：除需从中国监管方获批以外，中国投资方仍需克服美国监管方面的种种障碍以成功投资。例如，如果中国投资方希望在投资交易中控股，即需要通过美国外国投资委员会（CFIUS）的审查。美国外国投资委员会将对该次交易进行评估并认定该次交易是否有危害美国国家安全的风险。如果委员会认定风险存在，则该委员会可能附加某些限制性条件批准交易以减轻此类风险。此外，该交易还需经联邦贸易委员会（FTC）评估，以确保没有违反美国反垄断法。

ii. 广播通讯产业中的外国股权限制：《美国通讯法案》第310(b)(3)条规定，外方投资广播和公共载波企业持股不得超过20%。此外，该法第310(b)(94)条规定，除非获联邦通信委员会（FCC）批准，外方不得对直接或间接持有广播和公共载波企业超过25%股权的企业控股。联邦通讯委员会评估是否批准此类交易时，将考虑此等外国持股是否符合美国公共利益。

b. 电影产业：据《好莱坞记者报（The Hollywood Reporter）》报道，中国是“世界发展最迅速的电影市场之一”。因此，许多美国企业都想通过与中国企业开展合伙业务的方式，获得融资并进入迅速发展中的中国电影市场。

i. 许多美国娱乐工作室正与中国企业在电影制作方面开展合作其中包括:

1. 梦工厂动画公司与三家中国企业开展战略合作，设立上海东方梦工厂影视技术有限公司，涵盖主题公园和动画工作室等业务领域。

2. James Cameron. 詹姆斯·卡梅隆的卡梅隆-佩斯集团与相关中方合作设立合资公司，以推动3D电影发展。

詹姆斯·卡梅隆的卡梅隆-佩斯集团与相关中方合作设立合资公司，以推动3D电影发展。

3. 迪士尼-Marvel与中国企业DMG娱乐传媒集团展开合作，共同在中国制作电影《钢铁侠3》。迪士尼-Marvel渴望基于“帐篷架”模式累积资本，并通过与中国国营制作公司合作的方式，规避中国电影进口配额限制在中国发行电影。

4. 与中国企业合作制作独立电影，以吸引那些寻求资金和渠道进入外国电影市场的独立制作人。

与中国企业合作制作独立电影，以吸引那些寻求资金和渠道进入外国电影市场的独立制作人。

ii. 院线模式：就在今年夏天，中国企业大连万达集团股份有限公司完成了对AMC娱乐控股公司的收购，被媒体报道为“中国企业在美国娱乐业最大的一笔投资...”

接第6页

2. 中国企业在美国电影、广播和电视产业中投资获利的最佳方法或建议：

- a. 美国娱乐及传媒业是一个竞争激烈的市场，因此在交易进行当中效率和谨慎非常关键。成功达成交易需要耗费大量时间，并经常需要双方进行多次有意义的谈判。美国企业希望与能够对交易进行持久跟进的企业合作。
- b. 投资娱乐业另外一个不可分割的部分就是显示出企业作为买方的信誉。娱乐业的企业希望与拥有完成交易所必要资源的企业合作。
- c. 此外，中美企业必须协同合作并有效平衡双方利益，尤其在双方共同进行电影制作或运营合资企业时。

1. <http://www.hollywoodreporter.com/news/james-cameron-china-3d-film-venture-307928>
2. <http://www.hollywoodreporter.com/news/tribeca-2012-producers-speak-global-co-productions-315090>
3. <http://articles.latimes.com/2012/jul/25/entertainment/la-et-ct-wanda-amc-deal20120725> (“The deal marks the largest investment to date by a Chinese company in the U.S. entertainment industry and gives Wanda a foothold in this country's movie theater business. 这一收购是迄今为止中国企业在美国娱乐业的最大投资，并且使万达在美国电影院线产业占据一席之地。”)

3. 中国企业（或其他外国企业）在投资美国娱乐业时面临的三大商业或法律挑战？外国投资方应注意的几个问题：

- a. 监管挑战——即来源于投资方母国和美国方面的监管要求，尤其是在广播媒体产业方面的监管。
- b. 找到能够使中美企业同时获益的正确商业模式。
- c. 找到能够同时吸引美国和中国观众的电影剧本。

4. 中国电影人才在美国工作时需要注意的几个问题：

- a. 签证：当企业雇佣外国人在美国工作时，雇佣方必须确保该外国雇员的一切所需签证和劳工许可事项已经办妥。这经常需要美国 and 该雇员母国的相关机构准备相关文书。
- b. 护照：如果美国公司在外国进行电影制作，在拍摄前办妥一切护照和相关旅行文书非常重要。
- c. 外汇汇兑和税务事项：如果外国电影人才需要在其他国家进行外景拍摄，工作室应咨询当地税务顾问，合理分配税额以使该人才获得最优收益。◆

Sheppard Mullin Beijing office
(美国盛智律师事务所北京代表处):

中国北京市朝阳区
建外大街1号
中国国际国贸中心写字楼1座15层
邮政编码: 100004
Telephone (电话): +86 10 5706 7500
Fax (传真): +86 10 5706 7555

Sheppard Mullin Shanghai office
(美国盛智律师事务所上海代表处):

中国上海市静安区
南京西路1717号
会德丰国际广场26楼
邮政编码: 200040
Telephone (电话): +86 21 2321 6000
Fax (传真): +86 21 2321 6001

Partners (合伙人):

Simon Kai-Tse Cheong (章开志) - scheong@sheppardmullin.com
Don Williams (魏廉) - dwilliams@sheppardmullin.com
James Zimmerman (吉莫曼) - jzimmerman@sheppardmullin.com

China Outbound Newsletter Coordinator (西游记协调者):

Cheng Xu (徐琤) - cxu@sheppardmullin.com
Sharon Xu (徐谦蓉) - sxu@sheppardmullin.com

西游记

SheppardMullin