

伟凯律师事务所

# FCPA执法新动态——聘用国资背景 机构的风险与合规建议

---

郭冰娜

合伙人

北京/上海

朱宪武

律师

北京

2020年12月15日

## L-Council简介

**L-Council**为理购（上海）企业服务有限公司旗下服务品牌。秉承“专业分享、价值创造”的企业使命，致力于成为国内优质的汇聚知名跨国企业及本土大型企业法务人员的会员制服务机构。**L-Council**以专业人群为依托，结合特定行业，精准聚焦法务经理人，旨在提供最佳实战经验分享及法律信息服务。在中国已有超过1000家会员企业，30,000多位企业法务同行使用和体验**L-Council**的超值分享服务。



**CHINA LEGAL**  
Executive Council

L-Council 电话：021-62705678-1086  
邮箱：[cs1@lcouncil.com](mailto:cs1@lcouncil.com)



# 目录

---

- 2020 FCPA 执法概况和趋势
- 如何确定实体是FCPA下的国有或国家控制实体
- 涉及国资背景机构的FCPA执法案例
- 了解中国国资背景机构的合规现状
- 聘用国资背景机构的风险和合规实践

# 2020 FCPA 執法概況和趨勢

---



## 执法趋势

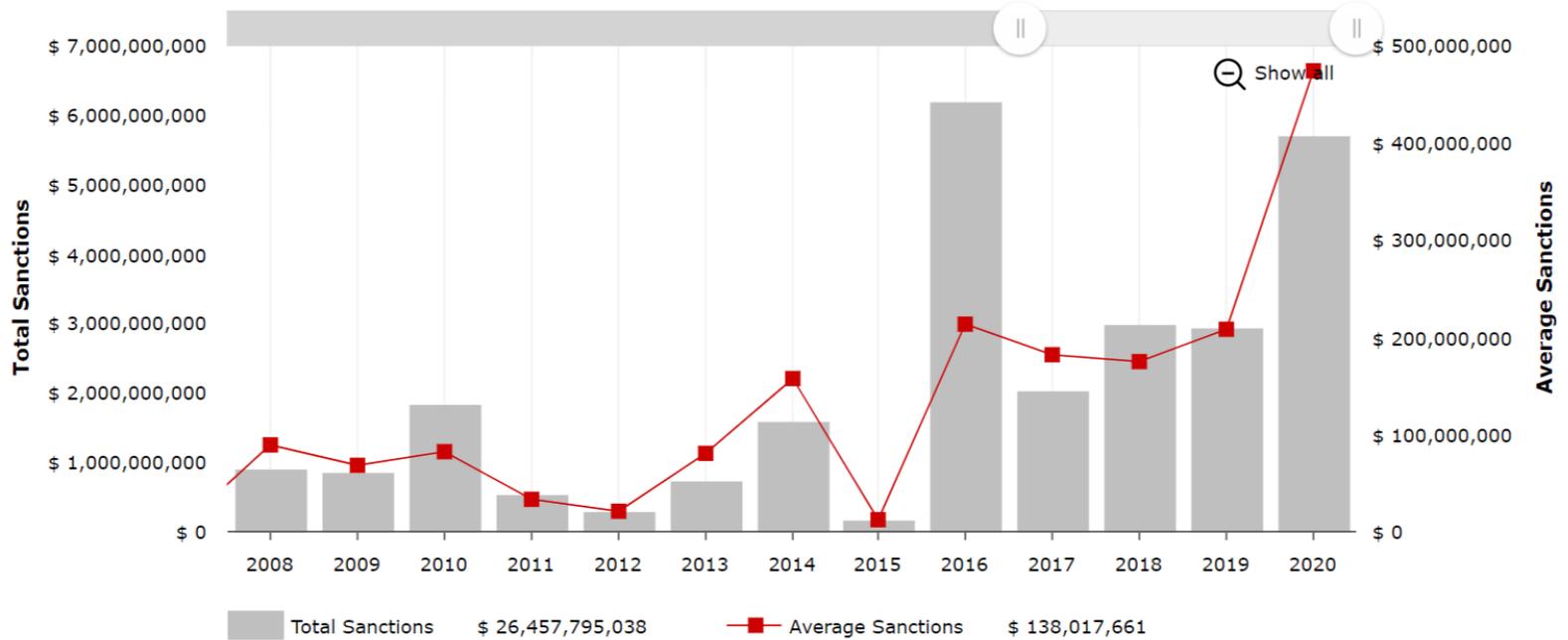
## 2020 FCPA 执法概况一览

- 2020年的企业被罚款总额已达到近57亿美元，而2019年为29亿美元。
- 2020年的平均罚款金额约为4.74亿美元，几乎是2019年2.08亿美元的两倍。
- 到2020年，美国司法部外国贿赂部门对个人的起诉数量排名历史第三（29人）。
- 各国执法机构的国际合作日益增强。

# 企业罚款按年度总览

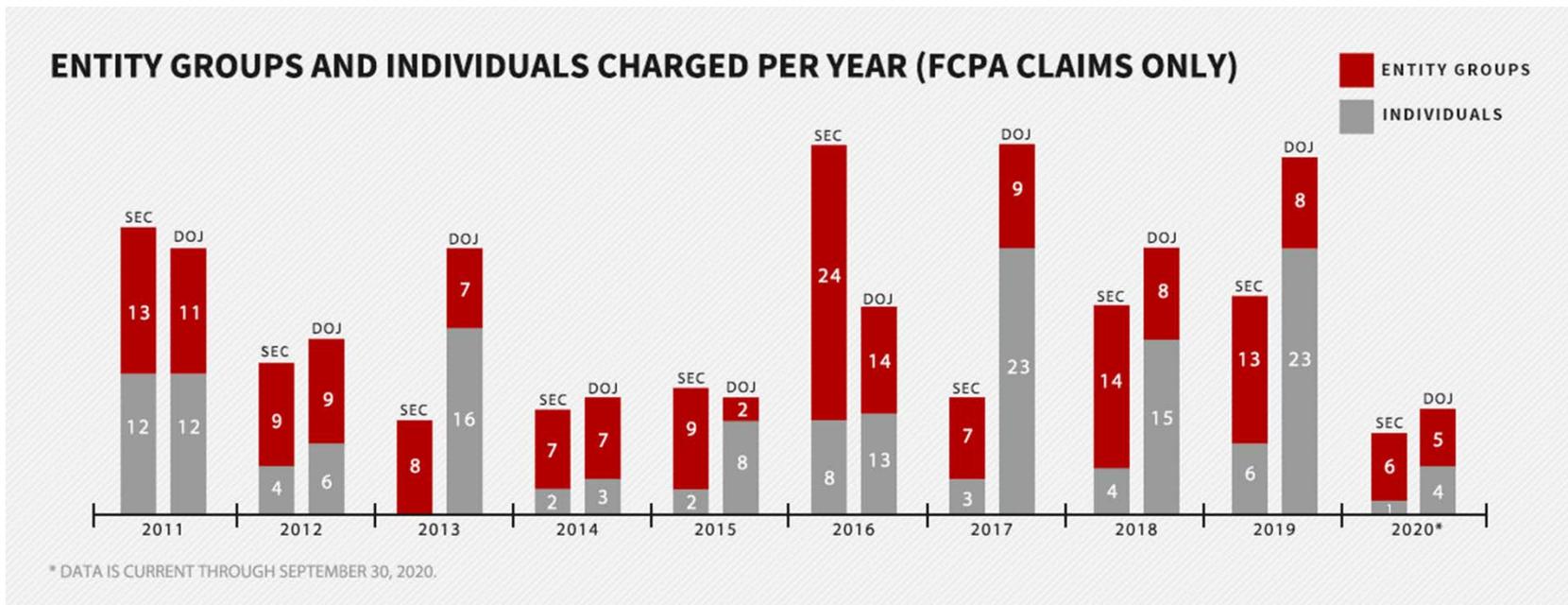
Total and Average Sanctions Imposed on Entity Groups per Year

Total and Average Sanctions (Entity Groups) ▾



See <http://fcpa.stanford.edu/>

# 实体及个人指控数量按年度总览



See <http://fcpa.stanford.edu/>

# 不当付款多发地区总览



See <http://fcpa.stanford.edu/>

## 近期执法动态

# 空客：同意支付超过39亿美元的全球罚款以解决其贿赂指控

- 2020年1月31日：空中客车公司（Airbus SE）因利用第三方商业合作伙伴贿赂政府官员以及非政府航空公司高管，与美国、法国和英国当局就外国贿赂指控达成和解，被处以逾39亿美元的罚款。这是迄今为止全球规模最大的海外贿赂案。
- 空中客车公司实施了一项多年的大规模计划，通过在中国和其他国家行贿并隐瞒这些贿赂，以腐败的方式提升其商业利益。
  - 2013年至2015年间，空中客车公司在中国雇佣了一名业务合作伙伴，并合谋向该业务伙伴支付了旨在用作贿赂中国政府官员的款项。
  - 这些款项是与批准在中国向国有和国有控股航空公司购买和出售空客飞机有关的某些协议有关。
  - 为了隐瞒付款和隐瞒其在中国的业务伙伴的参与，空客没有直接支付业务伙伴，而向另一商业伙伴控制的公司的香港银行账户支付款项。

# 高盛：同意支付33亿美元的罚款以解决其贿赂指控

- 2020年10月22日：高盛集团（Goldman Sachs Group Inc.）就其向马来西亚和阿布扎比官员行贿10多亿美元以谋取利润丰厚的业务一案（包括其为马来西亚发展有限公司（1MDB）承销约65亿美元的三笔债券交易所赚取了数亿美元的手续费所扮演的角色）同意支付33亿美元以解决美国司法部以及美国证交会对其的贿赂指控。
- 高盛实施了一项多年的大规模计划，旨在通过贿赂外国政府官员以提高其在该地区的业务和声誉：
  - 2009年至2014年间，高盛员工及其他人与Low Taek Jho（又名Jho Low）合谋，向马来西亚、1MDB、IPIC和Aabar官员承诺并支付超过16亿美元的贿赂。据称，Low以及其他的共谋者挪用了来自高盛承销的发行债券的27亿美元用来向以上官员行贿。
  - 作为这些贿赂的交换，高盛获得了利润丰厚的业务和其他机会，包括获得能源收购顾问的角色，三笔总价值65亿美元、利润丰厚的债券交易的承销商，以及在一个备受期待，甚至更有利可图的1MDB能源资产首次公开募股（IPO）中扮演的一个潜在角色。

## FCPA 中国案件

### □ 康宝莱营养有限公司 (Herbalife Nutrition Ltd.) – 2020

- 康宝莱公司同意向美国证交会支付6700多万美元和向美国司法部支付5500多万美元的刑事罚款，以解决违反FCPA账簿记录以及内部会计控制规定的行为。
- 康宝莱的中国子公司向中国官员支付费用，并提供餐食、礼品和其他福利，以获得销售许可证，减少政府调查，并消除国有媒体对康宝莱中国的负面报道。康宝莱中国区经理还要求员工伪造费用单据，以掩盖不当付款。
- 康宝莱高管接到报告称，在中国旅游和娱乐支出过高，违反了康宝莱内部的反腐政策，但未能防止不当支付或伪造费用报告。

## FCPA 中国案件

### □ 诺华公司（ Novartis AG ） - 2020

- 诺华同意向美国证交会支付超过1.12亿美元，以解决其违反FCPA账簿记录以及内部会计控制规定的相关指控。同一天，诺华的两家子公司同意向美国司法部支付2.33亿美元的无关于其在中国相关行为的刑事处罚。
- 美国证交会发现，在2013年至2015年间，诺华的前子公司爱尔康在中国利用伪造的合同作为当地融资安排的一部分，造成了巨大损失，导致诺华和爱尔康减记了超过5000万美元的坏账。美国证交会还发现，诺华或爱尔康参与了向韩国、越南和希腊的公立和私立医疗机构提供不正当报酬或福利以换取其使用诺华或爱康产品的计划。

## FCPA 中国案件

### □ 康德乐健康集团（ Cardinal Health, Inc. ） - 2020

- 康德乐同意向美国证交会支付800多万美元，以解决其违反FCPA账簿记录和内部控制规定的相关指控。
- 2010年至2016年间，康德乐中国为一家欧洲皮肤美容公司招收了数千名员工，并同时为其管理着两个大型营销账户，该公司的产品由康德乐中国分销。根据美国证交会的说法，一些主要的康德乐中国市场营销人员向政府聘用的医疗保健专业人士和国有零售公司的员工支付了款项，这些员工对购买决策有影响。

## FCPA 中国案件

### □ 沃尔玛集团 (Walmart Inc. ) - 2019

- 美国证交会指控沃尔玛违反了FCPA，在过去十多年快速的国际增长中，沃尔玛一直未能实施足够的反腐败合规计划。
- 沃尔玛同意支付超过1.44亿美元来解决美国证交会的指控，并同意支付约1.38亿美元来解决美国司法部提出的并行刑事指控。
- 沃尔玛在巴西、中国、印度和墨西哥的子公司被发现“在没有足够的反腐败相关内部会计控制系统的情况下运营”，特别是这些公司在没有合理保证某些交易符合其预期目的或符合禁止向政府官员支付不当款项的情况下，向第三方中介机构进行了不当付款。



政策更新

# 更新后的 FCPA 资源指南

- 2020年7月3日，美国司法部和美国证交会发布了FCPA资源指南的第二版（“**第二版**”），这是自2012年首次发布以来对该资源指南的首次实质性更新。
- 第二版没有涉及全面的变化，但提供了一系列主题的最新指南，包括以下内容：
  - 根据在美国第十一巡回上诉法院在*美国诉Esquenazi*案(2014)中的判决，将“政府工具” (instrumentality)测试纳入“外国政府官员”的定义。
  - 纳入美国司法部2018年7月就并购背景下的公司继任者合规责任的进一步指导；以及
  - 就美国第二巡回上诉法院在*美国诉霍斯金斯案*(2018年8月)中就FCPA的域外效力所作的裁决发表的意见；
  - 纳入美国司法部6月2020年修订的“企业合规计划评估”指南。

# 美国诉霍斯金斯案：域外效力的限制

- 在美国诉霍斯金斯案中，受雇于阿尔斯通英国子公司的非美国公民劳伦斯·霍斯金斯（Lawrence Hoskins）因雇佣顾问而被判犯有FCPA和洗钱罪，这些顾问贿赂印尼官员，以赢得该法国公司在美国子公司的能源合同。
- 美国司法部长长期以来一直采取的立场是，外国公司或个人可能因协助、教唆或合谋违反FCPA而被追究责任，即使他们在美国境内没有采取任何会促进腐败付款的行为。
- 霍斯金斯辩称，美国不对此案拥有管辖权，因为他是非美国公民，也从未踏足过美国。
- 第二巡回法院裁定，如果霍斯金斯不符合该法规定的被告类别，美国司法部就不能指控他合谋违反FCPA。

# 美国诉霍斯金斯案：域外效力的限制

- 在第二巡回法院的裁决之后，美国司法部以霍斯金斯为阿尔斯通美国子公司的代理人的理论对他进行了定罪。
- 然而，在2020年2月26日，法院部分批准了霍斯金斯无罪的动议，声明政府没有充分证明霍斯金是阿尔斯通美国子公司的代理人。政府已就地区法院对霍斯金斯违反FCPA指控无罪的判决提出上诉通知。
- **要点：**至少在第二巡回法庭上，政府将被要求证明被告属于FCPA规定的被告类别之一，以便因合谋违反FCPA反贿赂规定或协助和教唆违反FCPA反贿赂规定而被刑事起诉。值得注意的是，伊利诺伊州的一个地方法院已经按照第七巡回法院的判例拒绝效仿霍斯金斯。

## 第二版：继承人责任指南

- 第二版更新中认识到，虽然鼓励进行收购前尽职调查，但“强有力的收购前尽职调查也许不可能。”
- 第二版指导：合规整合工作的及时性和彻底性、适当的尽职调查以及收购后对先前未发现的不当行为的自愿披露将是美国司法部和美国证交会在考虑是否对前任公司发现的违规行为采取行动时的首要考虑因素。

## 第二版：继承人责任指南

- 第二版指出，如果继任公司及时发现并补救问题，则任何执法行动都更有可能针对前任公司，尤其是在政府的调查早于收购之前。
- 案例——通用电气2015年收购阿尔斯通案
  - 在收购之前，阿尔斯通同意就其贿赂政府官员以获取电力和运输相关项目合同的指控进行和解。
  - 阿尔斯通同意承认合谋违反FCPA的反贿赂条款，并支付巨额刑事处罚，其两家美国子公司与美国司法部签订了延期起诉协议。
  - 在支付刑事处罚之前，通用电气收购了涉及违反FCPA行为的几个业务部门。然而，只有阿尔斯通（而非通用电气）被要求支付全部罚金。

## 2020年6月美国司法部对公司合规计划评估的更新

- 美国司法部将公司的合规计划视为其决定立案、罚款和任何公司刑事决议中应包含的合规义务的一个因素。
- 2020年6月的更新以2019年4月的更新为基础，该更新通过提出三个首要问题来组织关键的合规计划评估架构：
  - 该合规计划是否设计得好？
  - 该合规计划是否得到有效实施？
  - 该合规计划有实际操作中有效吗？

# 2020年6月美国司法部对公司合规计划评估的更新

## □ 2020年6月更新的主要特点包括：

- 承认合规计划并非一刀切。例如，在以前的指南中，合规计划是否“得到有效实施”的问题在新版本中变成了合规计划是否“有足够的资源和授权有效运作”。这一变化表明，美国司法部越来越注重质量而不是单纯的数量。
- 明确指出，长期的合规培训并不总是更好。并引用那些使用“更短、更有针对性”课程的公司为例。
- 确定合规计划“个性化确定”的因素。这些因素包括“公司的规模、行业、地理位置、监管环境”和“公司运营内外的其他因素”。这些因素实际上已经被各级检察官纳入过考虑，但现在该指导意见书面确定了这些因素。

# 2020年6月美国司法部对公司合规计划评估的更新

- 2020年6月更新版中的一些修订评估了公司是否评估和跟踪其合规计划。例如，2020年6月的更新表明，美国司法部将考虑一家公司是否：
  - “根据跨职能部门对运营数据和信息的持续访问”对其风险评估进行“定期审查”，以及定期审查是否导致了政策、程序和控制措施的相应更新；
  - 采用“跟踪和整合流程”从本公司和“在同一行业和/或地理区域运营的其他公司”中吸取的经验教训
  - 评估培训对员工行为的影响；
  - 测试合规计划，包括热线，从员工应用该计划的知识掌握程度和便捷度以及“从开始到结束跟踪报告”的角度进行测试；以及
  - 监督“调查和处理办法，以确保一致性。”

# 美国司法部意见咨询程序

- 美国司法部意见咨询程序（Opinion Procedure）使发行人和美国国内实体能够获得美国检察总长（Attorney General）的意见，了解某些特定的，预期的（非假设性的）行为是否符合美国司法部目前关于FCPA的执法政策。
- 2020年8月14日，美国司法部六年来首次发布FCPA意见信。寻求此意见信的申请人是总部在美国的一家跨国投资顾问公司。该顾问公司向外国投资银行的外国子公司（“子公司 A”）购买了资产组合（“交易”）。外国投资银行的大部分股份由外国政府间接拥有。该顾问公司就交易向同一投资银行的另一家外国子公司（“子公司 B”）寻求并获得了援助。
- 该顾问公司向美国司法部征询了意见：如果该顾问公司就子公司B在交易中提供的帮助向子公司B支付咨询费，美国司法部是否会对该顾问公司采取执法行动？
- 美国司法部在意见信中表示，因为如下理由，不打算对该顾问公司采取执法行动：该顾问公司表示，
  - 支付给外国子公司的款项是支付给子公司B，而不是外国政府官员的；
  - 没有证据表明付款将流向个人或意在对外国政府官员造成腐败的影响；
  - 该顾问公司向子公司B寻求并获得了有针对性的、合法的服务，子公司B的首席合规官证明向B国办事处支付的款项与所提供的服务相匹配，且具有商业合理性。

如何确定实体是FCPA下的国有或国家控制实体

---

## 谁是外国政府官员？

- FCPA对“外国政府官员”的定义包括：外国政府或其任何部门、机构、“政府工具” (instrumentality)的任何官员或雇员。
- FCPA没有对“政府工具” (instrumentality)下定义，但美国司法部采用了一种宽泛的解释，即确定某一特定实体是否构成“政府工具” (instrumentality)，需要对该实体的所有权、控制权、地位和职能进行具体分析。
- 中国的许多公司都是国有及国有控股企业（“国有企业”），或与国有企业或政府官员有联系，因此，可能会被视为“政府工具” (instrumentality)

# 谁是外国政府官员？

- 美国诉*Esquenazi*案（2014）是第一个解释“外国政府官员”含义的上诉法院判决
- *Esquenazi*案的主要问题是，国有和控股的海地电信公司（“海地电信”）是否是“政府工具”（instrumentality），因为被告被指控行贿以抵消其公司欠海地电信的债务。
- 被告辩称，海地电信公司不是“政府工具”（instrumentality），因为它没有履行政府的核心职能例如由宪法或法规设立的政府机构或部门。

# 美国诉Esquenazi案：在FCPA框架下定义“政府工具” (instrumentality)

- 第十一巡回法庭同意美国司法部的立场，并指出FCPA下的“政府工具” (instrumentality) 是“由外国政府**控制**的实体，履行政府**视为其自身**的职能。”
- 在*Esquenazi*案之前，下级法院发布了陪审团指示，提供了一份非排他性的因素清单以确定一个实体是否是“政府工具” (instrumentality)，这些因素在某种程度上与*Esquenazi*案中双管齐下的测试中的某些要素重叠。

# 美国诉*Esquenazi*案：在FCPA框架下定义“政府工具”（instrumentality）

- 第十一巡回法庭的结论是，海地电信公司是一个“政府工具”（instrumentality），其依据如下：
  - 首先，海地电信是由海地共和国银行所有（Banque de la Republicque d ‘Haiti, 海地的中央银行）；
  - 第二，海地政府给予了海地电信巨大的税收优惠以及电信垄断地位；
  - 第三，海地总统根据一项行政命令任命了海地电信的首席执行官。
- 要点：
  - *Esquenazi*案提供了一个双管齐下的测试，下级法院在决定一个实体是否是FCPA下的“政府工具”（instrumentality）时可以参考。
  - *Esquenazi*案的测试适用范围很广，足以覆盖范围广泛的国有和国家控制的企业，这使美国司法部能够继续追究这些实体违反FCPA的行为。

# 涉及国资背景机构的FCPA执法案例

---

# 中国国有及国有控股企业

- 中国有 15 万多家国有企业。
- 世界银行估计在2017年，中国国有企业在国内生产总值的占比应该达到了 23-28% ， 资产的 39% ， 以及就业的5-16%。
- 有很多涉及国有企业的执法行动，美国将国有企业视为FCPA下的” 政府工具” (instrumentality)。
- 因此，了解交易对象、客户或合作伙伴是否可以被视为FCPA规定的” 政府工具” (instrumentality) ，即使他们表面上不是国有企业，这一点至关重要。

# 中国国资背景企业的案例

## □ 美国诉Carson (U. S. v. Carson ) - 2012

- 美国司法部指控Control Components Inc. (CCI)的高管Carson向中国官员行贿，包括来自中海石油总公司、东方电气公司和中国石油的官员。
- 美国司法部主张“政府工具” (instrumentality)是通过政府实现目标或宗旨的实体或者执行政府职能或政策的实体。被告辩称美国司法部对“政府工具” (instrumentality)的定义过于宽泛。
- 法院提出了几个确定公司是否为“政府工具” (instrumentality)的考虑因素，驳回了Carson的反驳动议，并裁定该国有企业是“政府工具” (instrumentality)。这些因素包括：
  - (1) 政府对该实体及其雇员的描述； (2) 政府对实体的控制程度； (3) 实体活动的目的；
  - (4) 实体在法律下的义务和特权，例如实体是否拥有行使其职能的专有或控制权； (5) 有关实体创立的情况； 以及
  - (6) 政府对该实体的所有权范围和财政支持水平，例如补贴，特殊税收待遇和贷款。

# 中国国有企业的案例

## □ 摩根大通（JPMorgan） - 2016

- 摩根大通投资银行同意对在中国开展的腐败雇佣计划支付 7,200 万美元的罚款
- 2006 年至 2013 年，摩根大通证券（亚太地区）有限公司（“JPMorgan APAC”）设立了“Sons and Daughters Program”，以聘用客户和政府官员推荐的候选人。该项目被用作影响这些官员将投资交易提供给JPMorgan APAC 的手段。
- 在这七年的时间里，摩根大通应亚太地区客户，潜在客户和外国政府官员的要求，雇用了约200名实习生和全职员工。其中包括来自20多家中国国有企业的官员推荐的近100名候选人。在此期间，推荐的国有企业为JPMorgan APAC或其分支机构进行的交易总额超过1亿美元。
- 美国司法部称JPMorgan-APAC 的许多中国客户都是国有企业，这些国有企业由中国政府拥有或控制的，并履行政府视为其自身的职能。因此美国司法部认为该国有企业是 FCPA 意义上的“政府工具”（instrumentality）。

# 中国国资背景企业的案例

## □ 安治化工（NCH Corporation）- 2016

- 安治化工退还335,342美元，代表其在中国非法获得的销售利润。
- 2011年至2013年间，安治化工的中国子公司（“NCH China”）向中国政府官员-中国国有企业客户的员工-提供了包括现金、礼品、餐饮和娱乐等有价值物。NCH China在内部会计记录中将这些贿赂描述为“客户维护费”，“客户合作费”和“给客户的现金”等。
- 2012年6月，NCH为NCH China 政府客户的几名员工支付了前往美国和加拿大各个城市的10天旅行的费用，其中只有半天涉及与业务相关的活动。其余行程涉及观光和其他非商业活动。NCH China与客户讨论旅行的细节时，已经向客户投标了其销售项目（尽管在旅行开始前该投标已失败）。
- 美国司法部认定该客户是 FCPA 意义上的“政府工具” (instrumentality)。

# 了解中国国资背景机构的合规现状

---

# 相关法律法规和指南

序号	生效日期	名称
1	2014. 12. 15	ISO19600-2014 《合规管理体系指南》
2	2018. 06. 12	TCCPITCSC-2018 《合规风险识别、评价与控制指引》（征求意见稿）
3	2018. 07. 01	GB/T 35770-2017 《合规管理体系指南》
4	2018. 08. 30	《中央企业违规经营投资责任追究实施办法（试行）》
5	2018. 11. 02	关于印发《中央企业合规管理指引（试行）》的通知
6	2018. 12. 26	关于印发《企业境外经营合规管理指引》的通知

# 对国有企业的合规指南

- 继美国对华为和中兴采取措施后，中国于 2018 年发布了一系列关于建立和执行合规管理体系的指导性文件。
- 2018 年 11 月，国有资产监督管理委员会发布了《中央企业合规管理指引（试行）》（“《指引》”）。
- 根据《指引》可知，中国已开始更加重视建立、完善国资背景企业的合规体系。

# 对国有企业的合规指南

- 《指引》对国资背景企业提出如下要求：
  - 设立合规委员会，与企业法治建设领导小组或风险控制委员会等合署，承担合规管理的组织领导和统筹协调工作(第8条)。
  - 加强关键领域的合规管理，包括市场交易（**包括反商业贿赂**）、安全保护、产品质量、劳动用工、财务税收、知识产权和**商业伙伴**（第 13 条）。
  - 建立健全合规管理制度，包括制定合规行为规范（第 17 条），建立风险识别预警机制（第 18 条），**并建立健全合规审查机制，包括重要合同签订和重大项目运营等**（第 20 条）。
- 期望与国有企业进行业务往来的公司应了解《指引》的内容，因为国有企业可能会对其商业伙伴，客户和第三方进行强化审查。

# 国有企业的商业伙伴合规管理

- (1) 开展合规尽职调查； (2) 签订合规协议； (3) 要求做出合规承诺；  
基于《中央企业合规管理指引（试行）》：
    - 第11条：“…主动开展合规风险识别和隐患排查…做好本领域合规培训和商业伙伴合规调查等工作…”
    - 第13条：“加强对以下重点领域的合规管理：…（七）商业伙伴。对重要商业伙伴开展合规调查，通过签订合规协议、要求作出合规承诺等方式促进商业伙伴行为合规…”
  - (4) 传递公司合规理念和要求； (5) 鼓励员工自觉报告商业伙伴的违规行为
- 参考相关实操情况，如《中国石油化工集团有限公司诚信合规管理手册（2019年版）》与《招商局集团合规手册》，以及相关新闻等材料。

# 聘用国资背景机构的风险和合规实践

---

## 涉及国有企业的 FCPA 风险

- 中国的许多实体 / 交易对象与政府或中国共产党有关联。因此，在中国运营时，违反 FCPA 的风险会增加。
- 根据FCPA，美国司法部和美国证交会的执法行动通常涉及充当中介的第三方，通过这些第三方贿赂外国政府官员以获得或维持业务。此类第三方包括销售代理、顾问和分销商。
- 交易对方可能是一名有权将合同和 / 或业务提供给行贿人的外国政府官员。
- 贿赂可以通过折扣、虚开的旅行或娱乐发票、或为虚假合同向第三方支付款来实现。

# 涉及国有企业的 假设

# 假设 1：合资企业“合作”

- 假设您在为一家在纽约证券交易所上市的跨国清洁燃料技术公司（以下简称“公司”）提供合规服务。
- 公司与一家中国国有企业成立了一家合资企业。合资企业由国有企业的香港子公司和一家私人控股的香港集团公司所有。
- 一位在国有企业担任高管职位的中国政府官员（“政府官员”）要求本公司将其在合资企业的部分股份出售给国有企业和私募基金，以便国有企业拥有 51% 的合资企业股份，公司将透过其香港子公司拥有 23.33% 股份，而香港集团公司将拥有16.67% 股份，而私募基金将拥有9% 的股份（“交易”）。
- 公司明白，作为股份出售的交换，政府官员将利用其在合资企业的影响力来授权向公司支付股息，并执行公司与合资企业之间的供应协议。
- 在股份出售谈判过程中，公司获悉，政府官员在中国私募基金中拥有财务利益。

# 假设 1：合资企业“合作”

## □ 公司应如何处理？

- (A) 按符合本公司最佳利益的方式进行股份出售。
- (B) 对私募股权基金和外国政府官员进行尽职调查，以确定交易所涉及的合规风险水平。
- (C) 如本公司董事会批准，在审查尽职调查结果后继续进行交易。
- (D) 进行股份出售，但掩盖私募基金在交易中的作用。
- (E) 以上都不是。

# 假设 1：合资企业“合作”

## 西港燃料系统公司和Nancy Gougarty案（Westport Fuel Systems, Inc. and Nancy Gougarty）- 2019

- Nancy Gougarty（“Gougarty”）是西港燃料系统公司（“西港”）的首席执行官。尽管她知道外国政府官员在私募基金获利的情况，但她未向西港董事会汇报这一信息。
- 西港制定了一项行为准则，要求对公司提供商品和服务的第三方进行尽职调查。它还要求在与供应商签订的合同中加入反贿赂条款。
  - 但是，它没有提及在与第三方进行交易时需要进行尽职调查，与外国政府官员可能在第三方中有经济利益。
  - 此外，公司在与外国政府官员可能相关的实体进行股份转让等交易时也不要求使用反贿赂条款。
- 西港仍然持续交易，并在交易中将交易对象的身份错误地记录为国有企业子公司，而不是私募基金。
- 西港和Gougarty同意向美国证交会支付超过410万美元，以解决他们通过贿赂中国政府官员违反FCPA的指控，

## 假设2：合作伙伴“网络”

- 您在一家注册成立的云服务公司担任合规官，其主要营业地位于美国，并在纳斯达克上市（“公司”）。
- 公司在中国有一家全资子公司（“中国分公司”），该子公司为其当地的中国渠道合作伙伴提供技术和销售支持，内容交付服务由渠道合作伙伴在中国转售。
- 根据中国的规定，中国分公司必须与第三方渠道合作伙伴合作，向包括国有企业在内的终端客户提供服务。
- 为了增加销售量，渠道合作伙伴建议中国分公司签订合同，向国有企业销售其实际需求的100倍的网络容量。反过来，渠道合作伙伴会将网络容量卖给国有企业，并在价格上加入自己的利润（“提案”）。
- 为了保证国有企业的合作，渠道合作伙伴提议向国有企业员工提供现金和礼品。这些现金和礼品将由渠道合作伙伴向国有企业出售的产能收取的加价来提供资金。渠道合作伙伴将通过渠道合作伙伴的经理控制的公司向国有企业员工分发现金和礼品。现金和礼品的支付不会出现在公司、中国分公司或渠道合作伙伴的账簿上。

## 假设2：合作伙伴“网络”

### 中国分公司该如何行动？

- (A) 继续实施这项提案，因为这将使中国子公司能够提高在中国的销售额，并帮助该公司超越其季度和年度财务预测。
- (B) 继续进行提案，确保公司没人参与，因为如果公司没人知道该提案，那么违反FCPA的风险就很小。
- (C) 如果现金支付和礼品未出现在公司或中国子公司的账簿上，且在任何情况下也未由其支付，则继续执行该提案。
- (D) 在不提供现金和礼物的情况下，提出一个替代方案，即提供公司在美国的办事处提供所有费用，然后在美国进行观光旅行。
- (E) 以上都不是。

## 假设2：合作伙伴“网络”

### 阿卡迈科技公司 (Akamai Technologies, Inc.) (2016)

- 阿卡迈科技同意在不起诉协议中向美国证交会支付约65万美元的非法所得和1万9千美元的利息。
- 阿卡迈科技的外国子公司安排了4万美元的不当付款，以诱使国有企业购买超出实际需要的服务。这家外资子公司的员工违反了公司的书面政策，向国有企业的官员提供不正当的礼品卡、餐食和娱乐，以建立业务关系。
- 美国证交会表示，阿卡迈科技“至少在2012年至2015年期间可能违反了FCPA的账簿记录以及内部会计控制规定。”

## 假设2：合作伙伴“网络”

### 阿卡迈科技公司 (Akamai Technologies, Inc.) (2016)

美国证交会表示，阿卡迈科技因以下原因获得一定合作信用 (cooperation credit)：

- 在内部调查的早期阶段主动向美国证交会报告情况。
- 分享内部调查的详细结果，并在发现新信息时及时向执法人员提供最新情况。
- 提供证人访谈的摘要，并自愿使证人接受访谈，包括在中国的证人。
- 解雇应对不当行为负责的员工。
- 加强其反腐败政策，并对世界各地的雇员进行了广泛的强制性培训，重点是加强内部审计程序和测试规程。

## 假设3：收购

- 假设您为一家总部位于美国并在纽约证券交易所上市的公司（“公司”）担任合规官。该公司是全球建筑物、工业设施和船舶自动温度控制系统的供应商。
- 该公司正在收购另一家公司，一家全球性的供暖、通风、空调和制冷设备及服务供应商（“目标公司”），而其子公司正接受《反海外腐败法》的调查。
- 美国证交会指控，目标公司在中国的子公司（“目标子公司”）向代理商和其他人（包括造船厂的中国政府人员）支付不当款项，以获得业务。
- 已要求您对目标子公司进行合规风险评估，并建议降低业务中涉及的合规风险的步骤。

## 假设3：收购

您应该如何进行合规风险评估？

- (A) 检查中国分公司的账簿和记录，看看不当付款是如何记录的，如果有记录的话。
- (B) 确定是否有任何趋势涉及支付给代理商的款项低于适用价值或利润率门槛。
- (C) 访谈管理员工和可能参与该计划的员工，以确定该计划的范围，中国分公司或目标公司的高层管理人员是否参与和/或了解该计划，并以其他方式了解该计划的运作情况。
- (D) 建议设置一个或多个被授权调查合规违规行为的角色，并在收购后向公司合规部门报告
- (E) 以上都是。

## 假设3：收购

### 江森自控有限公司(Johnson Controls Inc.) (2016):

- 江森自控 (Johnson Controls) 同意支付1400万美元，以解决美国证交会对其违反FCPA账簿记录和内部会计控制规定的指控。
- 美国证交会表示，一家名为China Marine的全资子公司利用虚假供应商，向中国国有船厂员工、船东等行贿约490万美元，以获取和保留业务，并从中获利。
- 作为2005年收购约克国际 (York International) 的一部分，江森自控 (Johnson Controls) 收购了China Marine子公司。2007年，约克国际向美国司法部和美国证交会支付了2200万美元，以解决2001年至2006年在中国和其他国家违反FCPA的行为。这些罪行涉及约克国际。强生控股没有被起诉。
- 尽管江森自控 (Johnson Controls) 努力补救China Marine，但贿赂行为仍在继续。美国证交会表示，从2007年到2013年，China Marine的总经理在三个办事处的18名China Marine员工的帮助下，继续利用供应商而不是代理人进行不当付款，继续其前任的贿赂和盗窃行为。

## 假设3：收购

### 江森自控有限公司(Johnson Controls Inc.) (2016):

美国证交会指出:

- 在江森自控 (Johnson Controls) 限制了代理商的使用后, China Marine的员工利用供应商建立了非法资金。
- 供应商平均付款约为3400美元。由于供应商交易的美元价值较低, 因此被江森自控 (Johnson Controls) 视为低风险交易。
- 江森自控 (Johnson Controls) 对供应商付款的内部控制不严格, China Marine的运作几乎没有受到监管全球海运业务的江森自控 (Johnson Controls) 丹麦办事处的监督。
- 即使在丹麦的管理人员做了一次评估, 他们也不了解China Marine的一些“高度定制化”的交易和涉及虚假供应商的项目。

对第三方和  
商业伙伴进行  
尽职调查

# 与第三方相关的警示信号

- 向第三方代理商或顾问收取过多佣金；
- 向第三方分销商提供不合理的大折扣；
- 仅包括模糊描述的服务的第三方“咨询协议”；
- 第三方咨询顾问从事的业务与其业务领域不符；
- 应外国政府官员的明确要求或坚持，第三方成为交易的一部分；
- 第三方仅为在离岸管辖区注册成立的空壳公司；以及
- 第三方要求向离岸银行账户付款。

# 对第三方进行尽职调查

尽职调查过程中需要提出的关键问题包括：

- 需要第三方服务的原因；
- 第三方资质；
- 第三方的关联方；
- 第三方的商业信誉；
- 第三方的银行和信用状况；
- 第三方与外国政府官员的关系（如有）；
- 与该特定行业和国家相关的付款条件；以及
- 识别和解决（如果可能）任何腐败警示信号。

# 对业务合作伙伴或潜在收购对象进行尽职调查

尽职调查过程中需要提出的关键问题包括：

- 公司在哪些国家做生意？
- 业务是如何进行的？通过代理商、中介机构、顾问或其他第三方或合资企业方？
- 公司的主要客户是谁？他们在哪里经营？
- 公司是否需要关键许可证才能运营？
- 公司的任何主要供应商、客户或中介机构是否全部或部分由任何政府官员或与政府官员有关的人士拥有或管理？
- 公司业务中有多大比例依赖于与政府实体或官员进行交易？
- 公司是否依赖于中介机构，是否有任何背景审查要求，是否对合规进行持续监控？
- 公司是否来自高风险司法管辖区？

# 对业务合作伙伴或潜在收购对象进行尽职调查

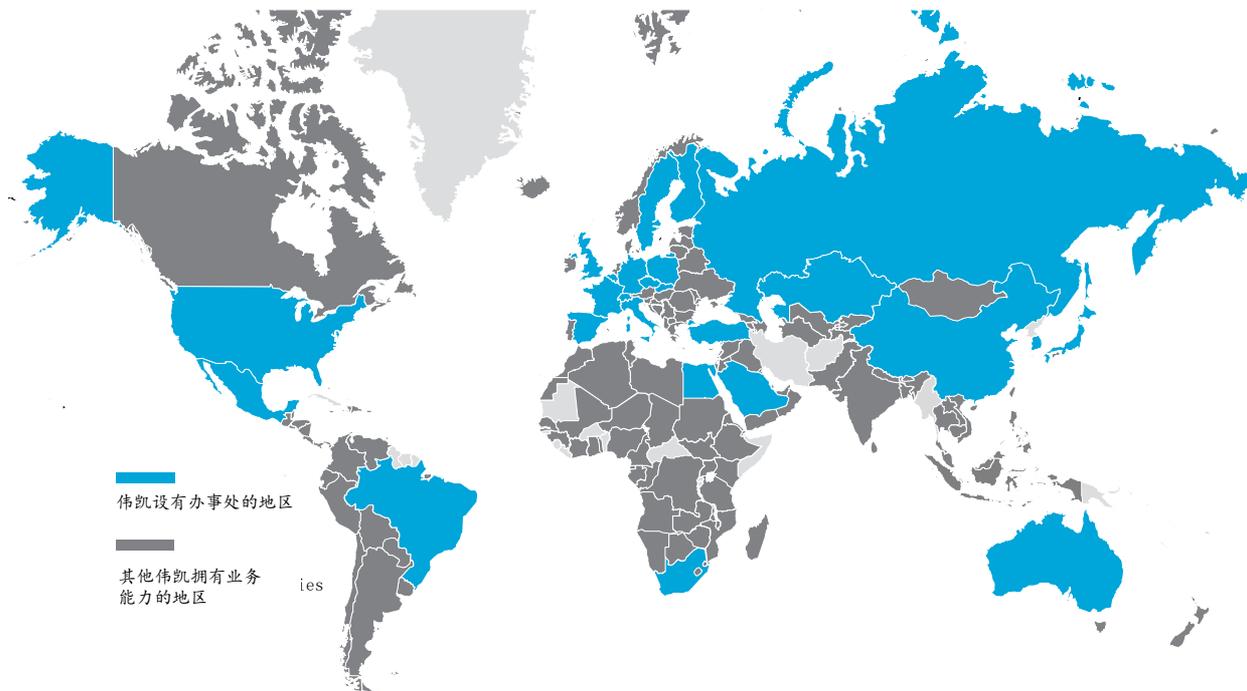
尽职调查过程中需要提出的关键问题（续）：

- 公司的所有结构是什么？
- 公司是否由外国政府或外国政府官员或其家庭成员拥有或控制？
- 公司是否聘用任何政府高级官员或其亲属？
- 公司是否与政府官员互动？以什么身份？
- 在其业务过程中，该公司是否需要向政府实体或政府官员付款？为什么？
- 公司是否有合规计划和/或行为准则？
- 公司禁止贿赂吗？
- 公司是否因涉嫌或涉嫌违反合规风险而受到调查，如果是，调查的状态或结果。

---

问答环节

# 伟凯全球：30个国家、44个办公室



## 美洲

波士顿  
芝加哥  
休斯敦  
洛杉矶  
墨西哥城

迈阿密  
纽约  
圣保罗  
硅谷  
华盛顿特区

## 欧洲、中东和非洲

阿布扎比  
柏林  
布拉提斯拉法  
布鲁塞尔  
开罗  
多哈  
迪拜

杜塞尔多夫  
法兰克福  
日内瓦  
汉堡  
赫尔辛基  
伊斯坦布尔  
约翰内斯堡

约翰内斯堡  
伦敦  
马德里  
米兰  
莫斯科  
巴黎  
努尔苏丹

布拉格  
利雅得\*  
斯德哥尔摩  
塔什干  
华沙

## 亚太

北京  
香港  
雅加达\*  
墨尔本  
首尔

上海  
新加坡  
悉尼  
东京

\* 联营律师事务所

# 核心团队



**郭冰娜 团队负责人**（法学硕士）

合伙人，北京/上海

电话 +86 10 5912 9780 / +86 21 6132 5900

电邮 [bingna.guo@whitecase.com](mailto:bingna.guo@whitecase.com)

郭冰娜律师在国际反腐调查与合规事务、跨境诉讼、国际商事仲裁与调解、监管与合规事务、包括数据保护和中国网络安全法合规、反垄断、反洗钱、危机管理和复杂商业诉讼等方面有着丰富的经验。

郭律师代表公司、审计委员会和个人客户处理内部调查和执法行动，包括涉及《反海外腐败法》/反腐败相关的调查、欺诈、贪污和利益冲突的调查、合规风险评估和交易前合规尽职调查。她还向公司客户就广泛的合规项目提供咨询和合规培训。郭律师还在美国和中国处理过诉讼案件，并同时就涉及多个司法管辖区的诉讼策略及案件管理向客户提供法律意见。

郭律师被《欧洲货币》商业法律专家指南2020评为“中国白领犯罪业务顶级律师”，被《Benchmark Litigation》（中国）2020评为“争议解决和白领犯罪业务诉讼明星律师”，被《亚太法律500强》2020评为“中国领先律师：监管/合规业务”、被《最佳律师》（中国）2020评为“诉讼业务备受认可（国际所）”、被《Benchmark Litigation》亚太地区评为“争议解决明星律师”、被《钱伯斯亚洲》2018评为“公司调查和反腐败法推荐律师”，并被《亚洲法律杂志》2014评为最受中国客户认可的前20强律师。



**朱宪武**

律师，北京

电话 +86 10 5912 9658

电邮 [mark.chu@whitecase.com](mailto:mark.chu@whitecase.com)

朱宪武是伟凯律师事务所全球白领犯罪业务部的一名律师。朱律师的执业重点为公司合规事宜、中国相关的跨境调查与争议解决。他为在大中华地区开展业务的跨国公司和国有企业提供内部调查、执行、制订合规政策和项目以及交易前尽职调查等法律服务。

加入伟凯律师事务所之前，朱律师曾就职另一家国际律所的北京和香港办公室。朱律师的法律生涯始于伊利诺伊州总检察长办公室的首席检察官助理一职。他有在美国州和联邦法院的诉讼经验。

# WHITE & CASE



请扫描图中二维码关注我们

[whitecase.com](http://whitecase.com)

本文中，伟凯律师事务所泛指由美国纽约州注册的有限责任合伙伟凯律师事务所、根据英国法注册的有限责任合伙伟凯律师事务所以及所有其它附属的合伙、企业和实体组成的国际律师事务所。

本文仅为一般性信息介绍，仅供参考，不构成法律意见或建议。