

第三方商业合规管理实务谈

作者: 潘永建 / 黄凯

跨国公司在华子公司、分支机构(“在华跨国公司”)在其生产经营中, 需要与各种第三方进行交易活动。若第三方在与在华跨国公司的交易中行贿、受贿或充当行贿受贿的中介, 则跨国公司的良好合规声誉可能受损, 甚至有可能受其牵连遭受中国或境外反腐败机构的处罚。因此, 完善第三方商业合规管理是在华跨国公司反腐败合规政策(Anti-Bribery Compliance Program, “ABCP”)的重要内容。

一、风险评估

与在华跨国公司 ABCP 相关的第三方包括公司投资的合资经营企业中的中方股东、原料供应商、物流货运代理或海关事务代理、经销商或营销代理人或为公司商业交易提供居间服务的第三人、公司客户、公司工程项目承包商或分包商、与公司联合投标的竞标方等(以下统称“第三方”)。第三方的组织形态各异, 包括有限责任公司、股份有限公司、合伙企业甚至极少数情况下是自然人; 企业形式的第三人所有权性质各有不同, 包括国有企业、民营企业及跨国公司。

在华跨国公司宜根据与第三方的交易市场激烈程度、交易频率(一次性或长期、经常交易)、交易领域舞弊腐败发生概率及第三方或其实际控制人是否与交易主管政府机关存在关联、第三方运营所在地区的整体商业合规水平等因素, 综合制定第三方风险管理(Third Party Risk Management, “TPRM”)策略。

为有效利用公司合规资源, TPRM 可根据第三方风险程度, 采取不同的管理模式: 就高风险第三方, 可采用对第三方现场调查方式进行管控; 就中风险第三方, 可采用审阅第三方递交的相关文件材料方式进行管控; 就低风险第三方, 可采用第三方自行评估并提交评估结果和整改方案方式进行管控。

如果您需要本出版物的中文本, 请与下列人员联系:

郭建良: (86 21) 3135 8756
Publication@llinkslaw.com

If you would like other Llinks publications, please contact:

Roy Guo: (86 21) 3135 8756
Publication@llinkslaw.com

Llinks Law Offices
www.llinkslaw.com

二、事前尽职调查

为有效管控合规风险，笔者建议在华跨国公司在和第三方首次交易，或与经证实的高风险第三方的各次交易中对第三方进行尽职调查。尽职调查的范围和内容依照交易类型和第三方功能角色不同而各有不同，但尽职调查通常审查与第三方交易的必要性、合法性和合理性。以为公司提供服务的第三方为例，尽职调查通常包括以下问题：

- 该服务本身的合法性？

以医疗器械行业委托生产加工服务为例，相关法规通过目录形式列举了禁止委托生产的高风险植入性医疗器械。若第三方提供的服务实质上是受托加工生产该等器械，则该服务本身违法。

- 该服务是否属于易发生腐败的交易？

通常情况下，买卖或项目居间合同、联合或协助投标、协助取得海关、税务、签证或其他许可证照、提供旅行、广告、外部培训、媒体关系或外部娱乐招待等服务的腐败风险较高。

- 公司的经营是否需要第三方提供的服务？

在葛兰素史克(GSK)等商业腐败案例中，GSK 等公司的员工为规避其公司 ABCP 监管，通过虚构与第三方旅行社的交易，达到套取现金行贿或通过旅行社行贿的目的。因此，尽职调查应查明与第三方的交易是否为公司经营所必需。

- 第三方是否具备提供服务所必需的法定经营许可(如适用)?第三方的提供服务的团队是否具备与服务相匹配的能力？

- 向第三方支付的费用是固定数额还是按照最终成交金额一定比例计付的浮动金额?相应的支付方式是否符合市场惯例，支付的数额是否偏离市场正常水平？

- 与第三方的交易是否具有以下危险信号(red flag)?

- 公司业务人员或第三方要求不签订书面合同；
- 交易发生地整体商业腐败舞弊风险高；
- 第三方在交易发生国或其他法域有商业违规记录；

第三方商业合规管理实务谈

- 第三方是由政府官员或其亲属等关系密切人、国有企业或公司董事、高管或公司客户推荐, 或为上述人员所有或控制;
- 公司业务人员或第三方要求服务费支付给非第三方的另一方。

三、 合规条款

经过尽职调查之后, 在华跨国公司应在与第三方的交易合同中增加详尽的合规条款, 以有效管控第三方商业腐败风险。一般而言, 合规条款包括以下条款。(为方便论述, 在华跨国公司在下述条款中为“委托方”, 第三方为“受托方”。)

- 符合法律条款

该条款应明确受托方在与委托方的交易中负有遵守所有适用的反商业腐败法律的义务。该条款宜列举中国的《刑法》、《反不正当竞争法》、《国家工商行政管理局关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》、FCPA 以及 2010 年英国贿赂法, 同时概括性规定受托方应遵守所有适用的反腐败法律、地方性法规、部门规章、组织纪律和其他适用的行业标准。

实践中, 有受托方因不熟悉国外法律或内部审批的要求, 抵制 FCPA、2010 年英国贿赂法等域外法律的适用。为避免旷日持久的谈判, 笔者建议委托方考虑将其希望适用的域外法律的实质内容直接转化为合同条款或合同附件而包含在交易合同之中。

- 符合公司 ABCP 条款

在与高风险受托方(如代理商、经销商)的交易中, 除了符合法律条款之外, 委托方通常额外要求受托方遵守其 ABCP。ABCP 条款具有格式条款的特征, 若受托方违反 ABCP, 往往会质疑 ABCP 的正当性, 企图逃避责任。

为避免该情形, 委托方宜在符合公司 ABCP 条款中明示: (1)委托方已向受托方详细说明 ABCP; (2)ABCP 旨在促进受托方共同遵守相关反腐败法律和商业道德规则, 无意免除委托方责任或加重受托方责任、排除受托方主要权利, 且 ABCP 也不包含任何具有上述效果的内容。

- 支付条款

在与受托方的合同中, 委托方应在支付条款中说明货款、服务费、佣金等款项的计算依据, 以满足相关反腐败法律的金額合理性要求。以服务佣金为例, 佣金应与所提供的服务或销售金額成比例, 且符合相关市场正常水平。此外, 按照相关规定, “账外暗中”支付回扣有可能被工商

第三方商业合规管理实务谈

部门认定为商业贿赂。因此，委托方与受托方应对销售折扣的支付与收受进行正确的财务账簿记载并开具发票。

- 禁止不当支付与账簿记载条款

该条款要求受托方不得向政府官员、主管事业单位人员或与其有亲密关系人员或交易相关的其他单位或个人给付或承诺给付现金或财产性利益。

该条款通常要求受托方或其员工为交易之目的向其他单位或个人支付款项时，应取得委托方的事先书面同意。同时，受托方应在财务账簿正确记载交易相关的成本和款项支付，以便委托方审计。

- 审计条款

按照审计条款，就交易相关的财务账簿记载，委托方有权对受托方进行审计。该审计可以由委托方内部资源或聘请独立第三方专业人员进行。通常，该审计包括审核受托方内控制度及实施、与交易相关的成本费用特别是受托方员工的差旅、娱乐招待支出等。

实践中，受托方可能不希望向委托方公开与交易相关的所有成本费用明细，而只同意由独立第三方进行专项审计。独立第三方完成审计后将不披露审计明细，而仅告知委托方受托方是否存在向政府官员、主管事业单位人员或与其有亲密关系人员或交易相关的其他单位或个人给付或承诺给付现金或财产性利益的情形。

此外，若受托方与委托方为同业竞争的市场主体，委托方实施审计获悉受托方经营成本信息有违反反垄断法之虞。在此情形下，委托方亦应考虑委托独立第三方对受托方进行审计。

- 违约终止条款

该条款赋予委托方在受托方违反合规条款时解除合同的权利。该条款宜作成单独条款，而独立于其他合同终止条款。

值得注意的是，中国法院在部分案件判决中认为，即便合同双方约定了依约解除情形，但守约方是否具有解除权利亦应考虑违约方的违约程度。因此，受托方应在交易合同中向委托方作出恪守合规条款的保证，受托方任何违反保证的行为将构成根本性违约，委托方将有权据此解除合同。

- 赔偿条款

第三方商业合规管理实务谈

赔偿条款(Indemnity clause)规定,若受托方违反合规条款,受托方有义务赔偿委托方遭受的全部损失。

该等赔偿条款为英美法系概念,可独立于合同双方的主交易(underlying major transaction)。事实上,若交易合同适用中国法,中国法院很可能不支持该等赔偿条款,而更可能支持违约方在实际违约情形下对守约方的补偿责任(compensation liability)。因此,委托方若希望赔偿条款得以适用,且合同存在涉外因素,可在中国法律允许的前提下约定英美法系域外法律作为合同的管辖法律。

- 其他条款

除了上述条款之外,如有必要,委托方应在合同中要求受托方采用与委托方一致的 ABCP,鼓励受托方员工积极举报违法违规事件,并规定受托方有义务接受委托方持续的合规培训。

四、 监督管理

签订包含合规条款在内的交易合同只是第三方合规管理的开端,在华跨国公司应加强订立合同后的监督管理。

- 第三方全员合规

人们容易误以为腐败仅仅发生在位高权重的群体,而忽视“草根阶层腐败(corruption at grassroots level)”。为确保第三方切实遵守合规条款,在华跨国公司应监督促使第三方确保其所有与履行交易合同相关的全体员工遵守合规条款,包括基层员工和劳务工(contractors)。读者可以通过下述案例看到这一问题的缩影。

【案例】

C 公司是一家美国跨国公司在华子公司,主要从事鞋材鞋底原料生产销售业务。D 公司是一家欧洲跨国公司在华子公司,主要从事运动鞋和休闲鞋制造和销售,在中国广东等地设有制造工厂。根据双方母公司签订的全球合作协议,C 公司和 D 公司在中国开展业务合作,由 C 公司向 D 公司供应制作运动鞋鞋底的原液。双方对对方进行了商业合规尽职调查并签署了包含合规条款的供应合同。合同签署后,C 公司和 D 公司的供应合同履行顺利,直到某天 D 公司车间员工开始集体定期向 C 公司销售和客服人员索要“利是”、“好处费”,如不满足要求,则对 C 公司供应的原液加工温度或时间做手脚,导致 C 公司产品不合格率提高。

C 公司不甚其扰,却无计可施。C 公司曾向 D 公司管理层举报其基层员工的索贿行为,D 公司

第三方商业合规管理实务谈

也确实查处开除了几名员工。但 C 公司的这一举动遭到了 D 公司车间人员的报复，经常故意作梗，导致 C 公司最终无法继续履行合同，在和 D 公司协商后解除了供货合同。

● 合规培训

在华跨国公司应重视对第三方的合规培训，提高第三方合规意识和执行力。

实践中，有在华跨国公司在给经销商和代理商的定期培训中，加入商业合规模块课程。为提高第三方参与培训的热情，在华跨国公司可考虑将第三方参与培训并通过考核纳入是否续约和续约条件的考量因素。此外，在华跨国公司应通过培训，积极引导有条件的第三方逐步加入与在华跨国公司同一合规体系，例如 ISO37001 等。同一合规体系有助于减少在华跨国公司对第三方合规监督管控的成本。

● 合规审计

在华跨国公司应加强对第三方尤其是高风险第三方的合规审计，审查是否有违规异常迹象。这些迹象包括：(1)实际支付的费率大幅度高于合同约定数额；(2)公司向第三方频繁支付现金或有大额现金支付；(3)第三方为交易目的向其他单位个人频繁支付现金或有大额现金支付；(4)公司向非第三方的其他单位或个人付款；(5)公司被指定由第三方或其他单位作为分包商提供交易服务；(6)与第三方的同一交易中使用了多家服务商并且该等服务商功能相同；(7)第三方在交易中要求改变交易经营服务模式等。

在华跨国公司应提防公司内部员工和第三方串通，利用合同漏洞规避审计。

【案例】

E 公司是一家美国跨国公司在华子公司，业务之一是制造销售地下安全生产有毒气体探测设备。F 公司是大型国有采矿企业集团的华北区贸易公司，负责为该国集团采购安全生产设备。为 E 公司向 F 公司供应安全检测设备交易之目的，E 公司对 F 公司进行了商业合规尽职调查，并在供应合同中包含了典型合规条款。合同履行两年后，E 公司收到 F 公司通知，要求 E 公司与 F 公司的关联公司 G 公司共同投标，竞标国有集团在某省新采矿安全设备供应项目。按照供应合同，F 公司有权将合同项下全部或部分权利转让给其关联公司。E 公司销售经理引用该条款并借口投标时间截止日期即将到期，要求 E 公司法务合规部门先行同意共同投标而不对 G 公司进行尽职调查.....E 公司法务合规部顶住压力，对 G 公司进行了快速调查，发现 G 公司疑似为新近成立的“皮包公司”，无论从注册资本还是技术人员等方面均不具备作为共同投标方的条件.....E 公司法务合规部进一步调查表明，G 公司有可能是由 F 公司部分高管和 E 公司销售经理设立，企图假冒 F 公司关联公司，连同 E 公司一起投标国有集团采购项目。并且，G 公司的幕后操作人原本计划通过行贿国有集团领导达到中标的目的。

第三方商业合规管理实务谈

本案中，若 E 公司同意与 G 公司共同投标，不仅会发生 F 公司和 E 公司人员之间的商业贿赂和利益冲突的腐败事件，而且 E 公司可能会因 G 公司向国有集团领导受贿而牵涉其中，受到 FCPA 的规制处罚。E 公司法务合规部的审慎警觉避免了一起商业腐败事件。

如需进一步信息，请联系：

作者	
潘永建 电话: (86 21) 3135 8701 david.pan@llinkslaw.com	黄凯 电话: (86 21) 3135 8751 kevin.huang@llinkslaw.com
上海	
俞卫锋 电话: (86 21) 3135 8686 david.yu@llinkslaw.com	刘赞春 电话: (86 21) 3135 8678 bernie.liu@llinkslaw.com
余 铭 电话: (86 21) 3135 8770 selena.she@llinkslaw.com	娄斐弘 电话: (86 21) 3135 8783 nicholas.lou@llinkslaw.com
钱大立 电话: (86 21) 3135 8676 dali.qian@llinkslaw.com	孔焕志 电话: (86 21) 3135 8777 kenneth.kong@llinkslaw.com
潘永建 电话: (86 21) 3135 8701 david.pan@llinkslaw.com	
北京	
俞卫锋 电话: (86 10) 8519 2266 david.yu@llinkslaw.com	刘赞春 电话: (86 10) 8519 2266 bernie.liu@llinkslaw.com
杨玉华 电话: (86 10) 8519 1606 yuhua.yang@llinkslaw.com	
香港(与张慧雯律师事务所有限法律责任合伙联营)	
俞卫锋 电话: (86 21) 3135 8686 david.yu@llinkslaw.com	吕 红 电话: (86 21) 3135 8776 sandra.lu@llinkslaw.com

© 通力律师事务所 2017

免责声明：本出版物仅代表作者本人观点，不代表通力律师事务所的法律意见或建议。我们明示不对任何依赖本出版物的任何内容而采取或不采取行动所导致的后果承担责任。我们保留所有对本出版物的权利。