

西游记

SheppardMullin

美国盛智律师事务所



二零一五年十二月十六日

言必信，行必果：酒店业如何为数据隐私诉讼未雨绸缪

作者：Mark Eisen

发表时间：2015年10月19日

2015年10月2日，Trump国际酒店最近成为持续发酵的数据隐私诉讼的牺牲者。Driscoll诉Trump International Hotels Management LLC, 第15-cv-1089号 (S.D. Ill.)。事实上，整个酒店业正面临着来自原告律师和联邦监管机构的审查。不到两个月前，针对Wyndham酒店集团实行的所谓的宽松网络安全措施，第三上诉巡回法院肯定了美国联邦贸易委员会 (Federal Trade Commission) 拥有对其打击取缔的广泛权利。F.T.C.诉Wyndham Worldwide Corp., 799 F.3d 236 (3d Cir. 2015)

Trump与Wyndham案件凸显了在数据隐私领域中联邦监管机构和原告律师的发展趋势。换言之，数据隐私诉讼在很大程度上源于被告的隐私政策和行业标准，对被告提起的诉讼借用了这些政策和标准。

鉴于酒店业拥有的消费者信息的数量，以及连锁酒店自身广泛和庞大的网络，酒店业公司要不断评估自己的隐私政策和做法以确保他们言行一致，这对未来发展是至关重要的。

近期数据隐私诉讼

新提起的Trump集体诉讼源于一次数据泄露，据称自2014年5月19日至2015年6月2日，黑客

可访问Trump的计算机系统并获得包括支付卡信息在内的各种客户数据。起诉的基础（提起的不正当竞争之诉和普通法上的过失、违反合同及不当得利之诉）是指控Trump的做法未能遵守行业的数据安全标准，其中包括支付卡的行业数据安全标准。

同样，联邦贸易委员会提起的Wyndham诉讼是源于Wyndham涉嫌未能在一段时间内采取和遵守基本的安全预防措施，导致其遭受了三次独立的网络攻击。由于Wyndham曾兜售其“行业标准”与其他安全措施，采取并发布了面向公众的隐私政策，未遵守安全预防措施让情况变得更糟。继三次攻击之后，美国联邦贸易委员会指责Wyndham的宽松安全做法等同于《联邦贸易委员会法》规定的不公平与欺诈行为，并对其提起诉讼。

值得注意的是，美国联邦贸易委员会（或原告律师）提起数据隐私诉讼的部分原因是公司未能遵守自己的隐私政策，Wyndham并不是首当其冲被起诉的。事实上就在几个月前，美国联邦贸易委员会和解了一起针对店内信标科技公司 (Nomi科技公司) 的诉讼，其被卷入的很大一部分原因是其数据安全做法违反了自己的隐私策略。同样，Google目前卷入一起由于与



接第2页

Google Wallet信息共享而导致的集体诉讼。Svenson 诉Google, Inc. et al, 案号13-CV-04080 (N.D. Cal.)。目前, 由于Google未能履行自己的隐私政策, 法院允许部分原告起诉时略过答辩阶段。

何去何从

如上述案例表明, 原告律师和联邦监管机构在严格审查公司的数据隐私做法是否与其面向消费者的隐私政策和基本行业标准相一致。像酒店业——拥有庞大信息量且通常遍布全国——尤其脆弱, 因为全公司范围内的监督特别困难。

今后的酒店业, 应由公司法务与外部法律顾问共同努力于持续监测、评估和审核自己的(包括内部和外部的)隐私政策以及行业标准, 并确保自己言行一致。用这个简单的措施来避免法律审查还任重道远。◆

弗雷德曼法官准许公司按特拉华州法律就董事违反诚信义务提起诉讼

作者: Bradley Rank和 Nirav Bhatt

发表时间: 2015年9月16日

在2012年第651613号AP Services, LLP诉Lobell一案(2015 NY Slip Op 3115 (U) (纽约最高法院2015年6月19日)(2014年2月21日庭辩)中, 弗雷德曼法官根据特拉华州法律否决了驳回原告AP Services, LLP诉被告, Paramount Acquisition Corp. 前董事违反诚信义务的第一个诉讼请求, 但准予了驳回原告所主张的董事协助和教唆违反诚信义务的第二个诉讼请求。

本案源于美国第三大长期护理机构药房Chem Rx与Paramount BioSciences LLC旗下一家专门从事并购业务的子公司Paramount Acquisition Corp. (简称“Paramount”)于2007年所进行的一个交易项目, Paramount通过借贷融资收购方式以一亿三千三百万美元的价格收购了Chem Rx, 合并后的公司随后更名为Chem Rx Corporation (简称“公司”)。



2010年公司宣布破产后, 破产法院为了公司财产权利的诉讼目的成立了诉讼信托(简称“信托”)。信托人AP Services, LLP于2012年5月9日针对Paramount的前任董事提起了诉讼, 起诉他们急于批准该项交易以避免他们自己在Paramount的投资损失, 以及忽略提醒他们Chem Rx的审计会计报表不可信的红色警示。信托人还称该次交易使公司背负了巨额债务, 令其无法经营和偿还。

信托人就公司董事违反忠诚和适度谨慎义务起诉

转至第3页



接第2页

其违反诚信义务，被告董事辩称信托人无法主张董事违反忠诚义务，因为董事在批准该项交易时的利益是与股东的利益完全一致的。法院认为原告告诉Paramount前任董事违反忠诚义务的理由充分，即因为在交易达成时他们有经济利益关系，该利益与公司股东的利益毫无关联。弗雷德曼法官审阅了原告递交的文件，包括公司的委托书和登记声明，声明中明确表述如果董事未能完成某一公司并购，则其持有的股票将“一文不值”。法官认定董事投资损失的风险为一种“利益冲突”，因此认为原告指称即使绝对多数股东批准了该项交易，且该利益冲突已经在公司的委托书和登记声明中进行了披露，但董事的利益与公司股东的利益仍是相偏离的理由充分。

法院进一步认为原告充分证明了董事有意或无意地漠视“主要交易文件中显而易见”的警示而未能对此进行调查存在重大过失，从而违反了董事谨慎义务的主张。在弗雷德曼法官所引用的警示中提到了在该项交易发生前不久，

转至第4页

政治——中国艺术家与艺术品市场背后的隐形力量

作者：Sheppard Mullin

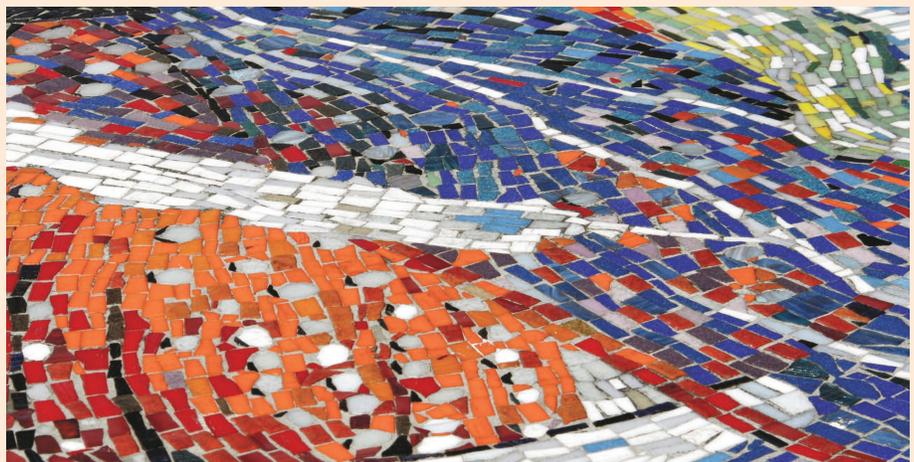
发表时间：2015年10月26日

在经历2009至2014年的显著增长后，中国艺术品市场在2015年上半年经历了急剧下跌，有报告说艺术品拍卖成交额较2014年萎缩了30%。有趣的是，艾未未——中国最知名和最受争议的当代艺术家之一，没有受此次市场上的变化波及。中国艺术品市场趋势的总体下滑与艾未未作品价值的增加，两者的分歧以看似矛盾的方式展示了中国政治是如何对市场和艺术家的发展轨迹产生重大影响。

造成中国艺术品价格下跌的一个重要因素是北京的反腐败运动。中国的艺术品市场被报道称为便利行贿策略，俗称“雅贿”。例如，拍卖艺术品被行贿人用来影响官员。与直接的现金交易不同，行贿人同意从受贿人那里以人为高价购买一件艺术品。这样的策划由于交易被标为合法交易而使得几乎监测不到贿赂。另一种策略是向官员提供珍贵的文物作为“礼品”。虽然现金通常更合意，某些受贿人为了其艺术品收藏开始接受文物作为礼物，也避免严厉的刑事惩罚。根据中国现行刑法，受贿罪的刑期长度基于交换财物的价值。例如，受贿100,000元人民币(15,748.5美元)的刑罚介乎10年有期徒刑和死刑。因为中国艺术品的价值波动相当剧烈，很难确定合适的公平市场价格或鉴定价值，法院在为进行雅贿的人定罪量刑时面临重大的挑战。虽然我们还没有在其他国家看到具体规定“雅贿”的法律，对法官来说这似乎不是问题。国际标准上，包括美国反海外腐败法，定义贿赂为“任何有价值的东西”，法院不需要单依据法条裁定贿赂的价值。

尽管识别和惩罚雅贿与普通腐败有严重困难，中国国家主席习近平一直决心坚决执行他雄心勃勃的全国各地反腐败运动。这场运动已成功揭露某些腐败行为并使许多参与艺术品市场的官员知难而退。此次整治行动

转至第4页



接第3页

Chem Rx的独立审计师即辞职并担任了Chem Rx的财务顾问，后来公司除向该前任审计师支付了五万美元审计费外，还支付了四百六十三万美元顾问费的事实。法院还引用了公司的最大审计师之一坚称公司预付了一千一百万美元的保证金以便该审计师能继续向公司提供服务。法院认为被告声称未能查到过多酬金、Chem Rx会计报表不可信及其可疑行为都充分支持了被告董事违反了谨慎义务的主张。

原告使用该等证据战胜了商业判断原则的推断，也将向法庭证明该交易公正性的举证责任由被告承担。弗雷德曼法官认为Paramount公司章程中禁止就董事违反谨慎义务对其进行起诉的免责条款并不能阻止信托人据此的起诉权利，因为该项规定包含了“真诚的行为、疏忽或故意违规行为和知法犯法”的例外。然而，法院基于原告未能按照特拉华州和纽约州法律的规定提供事实来证明“知道参与”违反行为这一关键点，针对信托人的第二个诉求，即董事协助和教唆他人违反诚信义务而未予以支持。

各方针对弗雷德曼法官所做出的裁决均进行了上诉，其上诉很可能会使上诉法庭面临一些有趣的问题，例如绝对多数股东的批准以及在委托书和登记声明中披露了冲突可否充分反驳法律上的董事自己利益的问题。◆

接第3页

的一个副作用是当地艺术品市场业绩的明显下滑。根据 Artprice 一份报告，“导致经济放缓的首要影响因素是激烈的反腐败运动……，已经暂时使国家的奢侈品和艺术品市场部门瘫痪”。尽管经济放缓，这场运动仍然强势。2015年8月29日，中国立法机关通过刑法修正案，新增添了与贪污有关的罪名并对个人进行贿赂施以更重刑罚。而于2015年11月1日生效的修正案扩大了对受贿人的定义，包括任何与政府官员密切相关的人并添加了几个与贪污有关的罪行的罚金。最重要的是针对雅贿，与国际标准一致，修正案废除量刑标准与具体贿赂金额挂钩的要求。新刑法赋予法官更多的自由裁量权，以个案判处刑期而不是仅靠贿赂金额。虽然最高人民法院预计将解释新的要求，修订条款的明显含义表明法官在判处徒刑和罚金时不再需要担心找到艺术品的精确价值并可考虑贿赂发生时的情况。这场运动的另一个副作用是大多数的中国顶尖艺术家感受到冷却效果。然而有趣的是，艾未未已设法在国际上推销其作品，并且见到其作品价格的上涨。今年6月，该艺术家的“十二生肖”在伦敦售价340万英镑打破了他的拍卖纪录。他持续成功的主要原因是他在中国作为政治异见者的公众形象吸引了许多国际艺术品藏家对他作品的收藏。虽然反腐败运动已赶走了本地买家，对艾未未的主要买家——欧洲和北美的艺术品收藏家来说没有影响。

尽管仍然要看反腐败运动最终能否取得成功，其对艺术品世界的影响是显而易见的。像投资者对政治风险的担忧，中国艺术品市场的利益相关者也需要学会预测和控制变幻莫测的政治形势可能对市场产生的意外影响。◆

跨太平洋伙伴关系和汽车工业： TPP协议会为增加出口铺平道路吗？

作者：Reid Whitten

发表时间：2015年11月12日

开放的道路：走进TPP

在一篇几百字的文章里总结12国缔结的繁杂的TPP协议实在是在一名律师能力之外的工作，假设他还想继续执业的话。在本文中，我们将会讨论汽车行业，TPP中的两大经济体对汽车行业有特别的兴趣，这两大经济体是美国和日本。

华盛顿邮报发表了一份不错的概述帮助你了解情况，许多新闻也总结了交易的条款。但是这些总结的问题是它们倾向于像高速公路一样，直接带你到达目的地，却错过了



转至第5页



接第4页

一些贸易协议中你可能感兴趣的细节。

因此，为了改变直达目的地的旅行，我们将会带领你沿着一些TPP小路前进，在有关原产材料的章节稍作停留，在附录（甚至是附录的附件）处停下，你可能会发现一些对你和你的业务有价值的信息。

跳出地图的束缚，计划你自己的路线

现在才回想起这次的旅程是假设的，是的，这是因为我们的问题是为了说明的目的而设计的，也因为个别TPP成员国家还需要批准协议。在那之前，所有关于TPP的陈述都只是猜测。然而，为了在旅程开始的时候做好准备，我们还是的大胆进行计划并希望状况不会变化。

TPP第三章中的原产地原则是我们开始行程的一个好起点。通过追溯TPP如何适用于判定某些产品的原产国，我们可以基于一些事实做出如下假设：

- 你是一家美国的生产客运车辆的制造商，使用某些来自TPP协议以外国家的非美国材料。
- 你从中国进口钢材，在你的美国工厂，弯曲、成形、切割和冲压钢材制造客运车辆的车身。

这样的话，我们如何判定你的车辆和材料的原产地呢？

原产货物

TPP第3.2条规定原产货物是指完全在一个TPP国家获得或生长的产品，或仅使用一个或多个TPP缔约国领域内

原产材料生产的产品。此外，原产货物也可以指完全在一个或多个TPP国家领域内，使用非原产材料生产的产品，但是这种产品必须满足附件3-D（产品-特殊原产地原则）中可适用的要求。

我们美国生产的使用某些非原产材料的客运车辆是否被看作是原产货物。

附件3-D列明了特别的HTS编码和判断产地的可适用规则。附件3-D中的下列内容解释了一辆被归类于HTSUS8703，使用非原产部分制造的客运车辆如何可以被视为原产货物：

税目87.02至87.05项下货物税则无变更，但是区域价值含量不少于：

- (a) 净成本法45%；或者
- (b) 向下扣除法55%。

关于我们计算RVC(Regional Value Content区域价值含量)的方法，第3.9条净成本有如下规定：

如果附件3-D（产品-特殊原产地原则）特别规定了决定子目号8407.31至8408.20，税目84.09，税目87.01至87.08或者税目87.11下汽车产品是否为原产品的区域价值要求，每一方应提供基于净成本法决定产品原产地的要求是遵守第3.5条（区域价值含量）规定的。

为了取得原产资格，我们需要净成本法下45%的原产材料，以及按照第3.9条，我们应使用净成本法，因为

转至第6页

接第5页

我们的客运车辆是在HTSUS税目8703（税目8701至8707之间）下。

第3.5条告诉我们“仅针对汽车产品”，我们按以下公式计算RVC：

$$RVC = \frac{NC - VNM}{NC} \times 100$$

- RVC是产品的区域价值含量，以百分比表示；
- VNM是非原产材料价值，包括产品生产使用的原产地待定的材料；
- NC是按照第3.9条（净成本）决定的产品的净成本。

我们的指南就在这里提到如果美国生产的客运车辆按照上述计算的RVC等于或大于45%，汽车将被视为原产货物。

我们是否满足：原产材料

为了决定在美国生产而使用中国进口钢材的客运汽车车身，通过计算使用该车身生产的汽车的区域价值含量，是否属于原产材料，我们浏览一下TPP第3.6条生产材料，第3.6条有如下规定：

1. 如果非原产材料经过进一步的生产，满足本章要求，每一方应提供相关证明，在决定后续生产产品的原产状态时该材料将按照原产材料对待，无论该材料是否是产品生产者的生产。

上述内容还是没有为我们决定钢材是否经过“进一步生产，满足第3章要求”。为了确认这个信息，让我们再回到附件3-D中的“产品-特殊原产地原则”。

附录1至附件3-D特别解释了税目8703车辆车身材料的原产资质。

1. 为满足适用于子目号8701.10至8701.30，或者税目87.02至87.05下产品的产品-特殊原产地原则的区域价值含量要求，表A列出的用于生产产品的材料是原产的，条件是：
2. 在一个或多个缔约国领域内对材料进行的生产涉及表B中的一项或多项操作。

Credit: <https://www.mti.gov.sg/MTIInsights/Pages/Text-of-the-Trans-Pacific-Partnership.aspx>

HS	编码 描述
7007.11	钢化（淬火）安全玻璃
7007.21	夹层安全玻璃
8707.10	税目87.03下机动车车身（包括驾驶室）
8707.90	税目87.01、87.02、87.04和87.05下机动车车身（包括驾驶室）
ex 8708.10	保险杠（不包括其中部分）
ex 8708.29	车身钣金和车门组件（不包括其中部分）
ex 8708.50	差速器驱动桥，无论是否配有变速器

我们可以在此看到表A列出的客运车辆车身所用的税目8707.10下的材料。因此，根据上文提到的附录，如果按照上文b款，使用材料的生产流程涉及表B中的一项或多项操作，则生产车身的材料将被视为原产。

TPP清楚的说明确切的行为将使非原产材料通过生产过程被视为原产材料。表B内容如下：

复杂装配	复杂焊接	压铸或其他铸造
挤压	锻造	包括玻璃或金属锻造的热处理
层压	加工	金属成形
铸模	包括挤压的冲压	

表B附注1：“复杂”是指需要特殊技能和使用机器、装置或工具的一项操作，上述机器、装置或工具是为该项操作特别生产和安装的，无论其是否承担对某特定产品进行该项操作的目的而生产。

由于从中国进口的钢材要在美国，作为车身生产流程的一部分，进行成形、冲压和加工，按照TPP对车辆RVC的计算，美国生产的汽车车体应视为原产材料，即使车身生产所用的材料来自非TPP国家。

TPP协议中包含的大量材料有国家之间的协议、附属协议和其他双边活动。在最终决定TPP适用之前应仔细审查相关内容。在你踏上自己的TPP旅行之前，我们建议你和自己的合规顾问确认你清楚前进的方向。◆

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):

Tony Mou (牟光栋) - tmou@sheppardmullin.com
Scott Palmer (彭明) - spalmer@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