

2016 年 12 月 05 日

环球法律专递

Global Legal Updates



经营者的激励制度 vs.商业贿赂—— 2016 年上海市工商行政管理局对 轮胎企业商业贿赂行为的行政处罚 系列案

作者：顾巍巍 | 曹思思

一、案例简述

（一）普利司通商业贿赂案

2016 年 9 月 20 日，上海市工商行政管理局对普利司通（中国）投资有限公司（以下简称“普利司通”）作出沪工商检处字〔2016〕第 320201510110 号行政处罚决定书（以下简称“行政处罚决定书”），认定普利司通以“销售奖励”等名义在正常商品交易之外给予零售商购物卡或旅游卡等财物的行为，排挤了其他竞争对手获取交易的

机会。这种排挤并非通过产品质量的提高、配套服务的提升、更为合理的产品定价等正常的市场竞争手段实施的，而是在正常的商品货款之外给付财物收买对方单位，且金额较大，足以对正常的市场竞争秩序产生实质影响，损害其他没有额外利益输送经营主体的利益。所以，根据《中华人民共和国反不正当竞争法》第八条第一款之规定，普利司通的上述行为构成采用财物进行贿赂以销售商品的商业贿赂行为，普利司通因此不正当竞争行为被处以罚款人民币 15 万元，并被没收违法所得人民币 1,740 万元。

本案中，经上海市工商行政管理局认定的商业贿赂行为主要有两种。一是以“ECOPIA 销售奖励”名义，向零售商给付财物，以促使零售商购买其“ECOPIA”系列产品。具体而言，就是先设定零售商在一个季度内的轮胎进货数量，并以零售商在此

期间内通过经销商购进其产品达到或超出上述进货目标 110%为奖励条件，根据零售商所购产品中“ECOPIA”系列轮胎的数量和规格，按照每条 15 元至 20 元不等的金额给予零售商奖励，并以京东商城电子购物卡用于给付上述奖励。二是以“冬季胎旅游奖励”名义，向零售商给付财物，即普利司通通过举办冬季胎现场订货会与零售商约定，零售商在 2013 年 12 月 31 日之前通过经销商购进其冬季胎产品，按照每 500 条给予一张价值 5,999 元旅游卡的奖励。

（二）优科豪马商业贿赂案

同月 1 日，上海市闵行区市场监督管理局对上海优科豪马轮胎销售有限公司（以下简称“优科豪马”）做出闵市监案处字〔2016〕第 1202013105064 号行政处罚决定书（以下简称“行政处罚决定书”），认定优科豪马在市场交易中存在商业贿赂行为，处以罚款人民币 10 万元并没收违法所得人民币 515 万元。

行政处罚决定书中明确，所获 22 项证据材料充分证明优科豪马的违法事实。自 2012 年 1 月起至 2013 年 12 月，优科豪马为了排挤竞争对手，促进其优科豪马品牌轮胎的销售量，按照零售商采购优科豪马品牌轮胎的数量，按照约定的标准支付该零售商相应的“优金币”，零售商负责人或采购人

员可以用该“优金币”在优科豪马公司网站平台兑换京东礼品卡。

二、商业贿赂行为的定性及不构成商业贿赂的合法行为

（一）采用财物或者其他手段进行的商业贿赂行为

《反不正当竞争法》第八条规定，经营者不得采用财物或者其他手段进行贿赂以销售或者购买商品。

《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》第二条对《反不正当竞争法》第八条中的“财物”和“其他手段”进行了具体与明确，“财物”是指现金和实物，包括经营者为销售或者购买商品，假借促销费、宣传费、赞助费、科研费、劳务费、咨询费、佣金等名义，或者以报销各种费用等方式，给付对方单位或者个人的财物，而“其他手段”是指提供国内外各种名义的旅游、考察等给付财物以外的其他利益的手段。

2016 年 2 月 25 日颁布的《反不正当竞争法（修订草案送审稿）》（征求意见稿）第七条对“商业贿赂”进行了首次定义，“商业贿赂是指经营者向交易对方或者可能影响交易的第三方，给付或者承诺给付经济利益，诱使其为经营者谋取交易机会或者竞争优势。”

在前述两个商业贿赂行政处罚案例中，上海市工商行政管理局认定，普利司通和优科豪马为提高销量之目按照零售商采购产品数量的一定标准在正常货款之外向零售商给付购物卡、旅游卡和礼品卡的行为，为其谋取竞争优势的同时损害其他没有额外利益输送经营者的利益，构成不正当竞争行为中的商业贿赂行为。

（二）商业贿赂行为的例外——明示的折扣和佣金，以及符合商业惯例的赠送

根据《反不正当竞争法》和《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》，经营者在销售或者购买商品时可以给对方折扣、给中间人佣金、或者按照商业惯例向对方赠送小额广告礼品。

关于折扣和佣金，经营者必须明示并如实入帐，接受折扣的交易对方和接受佣金的中间人也必须如实入帐。

《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》第八条明确，经营者在商品交易中按照商业惯例赠送小额广告礼品的不属于商业贿赂行为。然而，经营者在实践中较难把握“小额广告礼品”。根据立法意图，小额广告礼品应为实物，而非现金或其他现金形式（如购物卡或购物平台的礼品卡），且礼品金额不足以为经营者谋取交易机会或者

竞争优势，亦不足以损害其他经营者的利益。

三、进一步思考——经营者的激励制度与商业贿赂的界限

本轮调查共涉及 10 家轮胎企业，前期的调查工作已经基本完成，近期会陆续公布其他轮胎企业的处罚决定，相信结果会是非常接近普利司通商业贿赂案和优科豪马商业贿赂案。从本次工商处罚决定书披露的处罚理由来看，上海市工商行政管理局关注的是经销商间的竞争关系，经营者给予经销商更多的补贴、奖励引诱经销商把更多的销售资源投入到有“奖励”的经营者的产品上，从而获得更好的销售业绩，亦挤压了其他经营者的销售空间，这样的奖励或补贴就构成商业贿赂。

上海市工商行政管理局的处罚无疑会对众多经销商管理体系产生冲击。从实践角度来看，经营者也会相应调整他们的经销商激励制度，以避免违法行为。但如何进行调整将会是放在经营者面前的一个问题，值得进一步思考。结合本次处罚，我们也尝试提出一些问题，与大家共同探讨：

（一）在商业实践中，经营者给予经销商奖励往往是以巩固销售渠道作为出发点，

从主观意图来看，并不具有以贿赂方式进行销售的动机，这样的行为往往都是经营者自身的促销或者强化销售渠道的行为。但商业促销或者强化销售渠道的行为和商业贿赂的行为在行为表现上具有很大的相似性，例如都会给予物质奖励，所以如何划清两种行为显得尤为重要。本次处罚是否意味着所有直接给予经销商的奖励，例如经销商的年终大会上的奖品、对于优秀经销商的额外奖励等，也会被认定为商业贿赂？

（二）如果前一问题的答案是肯定的，那所有的额外补贴都有可能被认为是以财物方式进行商业贿赂的手段，包括曾经颇为普遍的达标销售奖励，而“明折明扣”则几乎成为经营者给予经销商的唯一合法的让利途径（此处不讨论小额广告礼品，毕竟小额实际产生的影响较小）。由于曾经的激励机制是根据经销商的销售业绩，通过销售奖励方式实现。如今这种激励方式要转换为“明折明扣”，无疑给企业的经销商管理、定价方案带来了新的挑战。因为，折扣通常都是事先约定或者在货物销售时即发生，而根据市场销售业绩而给予激励是事后结算。

（三）本次处罚决定书，没有分析经销商是否包括独家代理经销商。从合理性角度

看，独家代理经销商并不存在挤压其他经销商的情形，不会产生商业贿赂问题。但是，如果独家代理经销商的形成过程是从多品牌经销商变为独家经销商，奖励政策的实施如果最终导致了其他竞争者退出，是否存在被认定为商业贿赂的可能？

（四）在一个充分竞争的市场里，经销商并没有能力去控制销售渠道，甚至部分弱势经销商更希望拿到品牌代理，此时决定经销商是否成为代理商的根本动力在于产品本身，而非财物奖励。在这种情况下，商业贿赂的基础并不存在。那么，在对经营者给予经销商销售奖励的行为构成商业贿赂行为予以认定时，是否需要将类似的因素纳入排除范围？

（五）经营者对经销商给予销售奖励和对经销商中个别销售人员给予销售奖励，例如给予某些销售明星特别奖励，均具有促销或强化销售渠道的主观意图。那么，在认定商业贿赂时对前述两种不同的奖励情形是否适用同一标准。换言之，如果经营者仅对个别销售人员给予销售奖励，而不给经销商奖励，是否同样构成商业贿赂？

（完）

顾巍巍为环球常驻上海的合伙人，其主要执业领域为争议解决，合规、反垄断政府调查，劳动等。

邮箱: guweiwei@glo.com.cn

曹思思为环球常驻上海的律师，其主要执业领域为争议解决，合规等。

邮箱: kellycao@glo.com.cn

版权. 环球律师事务所保留对本文的所有权利。如需转载，请注明作者姓名、作者单位以及文章来源，并保证文章的完整性。

免责. 本文及其内容并不代表环球律师事务所对有关问题的法律意见，同时我们并不保证将会在载明日期之后继续对有关内容进行更新，我们不建议读者仅仅依赖于本文中的全部或部分内容而进行任何决策，因此造成的后果将由行为人自行负责。如果您需要法律意见或其他专家意见，我们建议您向具有相关资格的专业人士寻求专业帮助。



微信号: [globallawoffice](https://www.glo.com.cn)