



跨国并购中的反腐败尽职调查

全球反腐败执法史无前例的严厉，且近期内似无放宽之趋势。因此，企业在并购活动中对反腐败问题进行充分尽职调查势在必行。否则，收购方将面临承担潜在后续责任的风险，这可能会导致巨额的罚款和处罚，并常常持续至交割后的数月或数年。更糟糕的一种可能性是，若收购方未能进行充分的反腐败尽职调查，则有可能在交割后才发现被收购主体的销售额在没有违法贿赂的情况下是无法维持的。

这些风险并非空洞的恐吓。2007年，在 eLandia 国际公司（“eLandia”）以 2680 万美元收购 Latin Node 公司（“Latin”）后，eLandia 发现了可疑的付款项目并主动将此情况向美国司法部和证券交易委员会（“证监会”）报告。收购后进行的调查显示，Latin 在三年中向洪都拉斯和也门官员行贿共约 220 万美元，而所有行贿行为均发生在收购交易之前。¹ 交割后一年内，Latin 宣布破产，而 eLandia 披

露其 2680 万美元的收购价中大约有 2060 万美元超出了从 Latin 收购的净资产的合理价值，主要是由于《反海外腐败法》（“FCPA”）的调查成本、其可能承担的罚款和处罚、终止 Latin 高级管理层以及因此产生的业务损失。² Latin 在 2009 年还因此受到司法部 200 万美元的罚款。³ 结果，交易结束后的两年内，eLandia 不仅损失掉最初的投资，而且还不得不支付数百万美元的额外费用。如果 eLandia 进行了有效的反腐败尽职调查，这样的后果本来是可以避免的。

卡夫食品是另一例。2010 年在以 190 亿美元收购吉百利后的几个月中，卡夫食品从证监会收到了对吉百利印度业务进行 FCPA 调查的传票。⁴ 虽然调查还在进行当中，但是相关的指控显示卡夫食品没有进行充分的收购前尽职调查，而如果进行了此项调查，则可使公司免于陷入当前的混乱局面以及潜在的严重财务后果。

然而，收购前的尽职调查并非仅针对收购方而言。出售方也应当进行“彻底清查”以便在收购方知晓并放弃收购之前找到并解决可能违反反腐败法的任何行为，Lockheed Martin (“Lockheed”) 就因发现 Titan Corp. (“Titan”) 曾存在 350 万美元的不正当付款而最终放弃了收购计划。⁵ 虽然 Lockheed 给予 Titan 八个月的宽限期从司法部获得保证或达成认罪协议，但因 Titan 不符合条件，导致 Lockheed 终止了收购计划，⁶ Titan 的股价也因此而一落千丈。⁷

司法部的司法解释会进一步鼓励公司进行收购前的尽职调查。在其司法解释 03-01 中，司法部同意不就被收购方可能违反 FCPA 的行为而起诉收购方。这项请求须在收购方进行了披露目标公司向海外官员的支付款项的收购前尽职调查后方可提出。为了获得保证，收购方同意：

- (i) 与司法部和证监会合作调查这些款项；
- (ii) 对支付或授权支付这些款项的雇员或官员进行处罚；
- (iii) 披露收购前支付的其他款项；并且
- (iv) 实行合规计划和内部控制制度。⁸

与像 eLandia 和卡夫食品所面临的财务和声誉灾难相比，这些条件仅仅是很小的代价。获得这些保证并且避免这种灾难所需的步骤将在下文中进行讨论。

尽职调查流程

要在一个加大反腐败执法力度的时期进行有效的尽职调查，收购方最好谨慎向对方索要有关文件和信息，评估目标公司的风险和合规情况，并根据这些结果确定下一步的行动。

索要文件和信息。 索要文件可以让收购方严格审查目标公司的业务操作、风险和控制措施。索要的文件应与目标公司的反腐败政策和流程、政府联系人、以及使用的代理商和第三方有关。在有些情况下，与目标公司的雇员或其他知情人士面谈可能会更有帮助，容易发现可疑行为的传言。

评估风险。 风险评估可以让收购方提早知道反腐败问题存在的高度可能性。需要考虑的因素包括谁拥有和控制着目标公司、与其往来的业务伙伴、目标公司的经营地点以及经营方式。如果目标公司使用第三方的服务或在那些有腐败传统的国家经营业务，则收购方应密切关注。⁹ 这些危险信号虽然不是反腐败违法行为存在的决定性因素，但可指导收购方规划其后续的尽职调查步骤和谈判策略。

评估合规情况。 考查目标公司是否有用来检测或防范腐败支付的任何制度，便于收购方有效地评估目标公司的合规情况或不足之处。虽然现在大多数公司都有反腐败政策，但收购方面临的难题是要确认目标公司是否仅仅“纸上谈兵”¹⁰ 还是拥有切实有效的措施。除了其他方面以外，收购方还可以评估接受培训的人员情况、接受培训的方式、以及目标公司如何确保其合规计划的有效运行。

确定下一步行动。 综合分析收集的信息之后，收购方应决定是否需要进行其他程序（如有）。收购方可以依据尽职调查的结果来达成更好的交易价格¹¹，或者在发现完成交易风险过高的情况下终止交易计划。¹²

应对危险信号

如果收购方在尽职调查中发现潜在的违反反腐败法的行为，下一步可采取内部调查、主动披露、重新谈判、以及未来的合规情况监控等措施。

调查。 要求目标公司启动内部调查对于在交割之前确定问题严重程度的十分关键。一般来说，要聘请外部的律师和法务会计师对目标公司的账簿和记录进行仔细检查并与重要雇员进行面谈。交易双方可能需要修改交割日期以便有足够的时间进行核查。得出调查结论后，收购

方可以决定是否继续进行交易或终止交易计划。

主动披露。如果在目标公司存在潜在违法行为的情况下收购方仍然希望继续交易，交易双方很可能需要决定是否向司法部和证监会主动披露其违法行为。与政府合作并减轻处罚的可能性会鼓励交易方主动披露。¹³为了获得这些好处，主动披露必须及时，且通常收购方必须做出确保目标公司将遵守反腐败法律的承诺。¹⁴

重新谈判。鉴于调查和主动披露可能对目标公司的价值产生影响，原有协议项下曾经可能被视作有利的条款可能无法再满足收购方的要求。为了弥补实际或可能存在的反腐败问题造成的后果，收购方有必要进行重新谈判。

实施合规计划。交割后，无论政府是否有要求，收购方最好能够立即实施一项有效的反腐败合规计划（如果目标公司没有的话）。司法部已提供了“最低”程度的建议，包括制定打击违法行为的公司政策，培训雇员遵守该项政策，以及对保留的所有代理商和商业伙伴的监管采用合规性要求。¹⁵

结论

充分的收购前尽职调查、主动报告以及未来的合规计划，可以降低收购方购买到意外债务或为目标公司额外支付费用的风险。在全球反腐败执法是各国政府面临的首要问题的时代，建立健全尽职调查方案并依照执行是跨国并购中的关键所在。

联络律师

如需进一步了解情况，请与众达负责贵公司相关事项的律师或以下所列律师联系。一般的电子邮件可通过 www.jonesday.com 页面上的“联系我们”的链接发给我们。

S. Wade Angus
(T) +1.212.326.3755
swangus@jonesday.com

Luis Riesgo
(T) +55.11.3018.3910
lriesgo@jonesday.com

Mark E. Betzen
(T) +1.214.969.3704
mbetzen@jonesday.com

Joshua S. Roseman
(T) +1.214.969.4898
jsroseman@jonesday.com

R. Scott Cohen
(T) +1.214.969.5060
scohen@jonesday.com

Harriet Territt
(T) +44.20.7039.5709
hterritt@jonesday.com

Stephen J. DeCosse
(T) +81.3.6800.1819
sdecosse@jonesday.com

Patricia J. Villareal
(T) +1.214.969.2973
pjvillareal@jonesday.com

Angela Olivarez
(T) +1.832.239.3706
aolivarez@jonesday.com

Nicholas E. Rodríguez
(T) +1.212.326.3608
nerodriguez@jonesday.com

Fernando de Ovando
(T) +52.55.3000.4010
fdeovando@jonesday.com

Guillermo E. Larrea
(T) +52.55.3000.4064
glarrea@jonesday.com

Weston C. Loegering
(T) +1.214.969.5264
wcloegering@jonesday.com

Miguel Ishii
(T) +52.55.3000.4032
mishii@jonesday.com

George T. Manning
(T) +1.214.969.3676
gtmanning@jonesday.com

Natalia Oehninger
(T) +1.214.969.5258
noehninger@jonesday.com

注释:

- 1 司法部新闻: “Latin Node 公司承认违反《反海外腐败法》并同意支付 200 万美元刑事罚款”(2009 年 4 月 7 日), 详见 <http://www.justice.gov/opa/pr/2009/April/09-crm-318.html>。
- 2 eLandia 国际公司, 表格 10-Q/A (2008 年 9 月 5 日提交, 截至 2007 年 9 月 30 日的数据)。
- 3 见新闻报道, 注释 1。
- 4 卡夫食品, 表格 10-K (2012 年 2 月 27 日提交, 截至 2011 年 12 月 31 日的数据)。
- 5 证监会起诉公告第 19107 号 (2005 年 3 月 1 日), 详见 <http://www.sec.gov/litigation/litreleases/lr19107.htm>。
- 6 Lockheed Martin 新闻: “Lockheed Martin 终止与 Titan 公司达成的收购协议”(2004 年 6 月 26 日), 详见 <http://www.lockheedmartin.com/us/news/press-releases/2004/june/LockheedMartinTerminatesMergerAgree.html>。
- 7 同见: “Lockheed Martin 终止收购交易”, 纽约时报 (2004 年 6 月 27 日), 详见 <http://www.nytimes.com/2004/06/27/business/27lockheed.html>。
- 8 司法部司法解释 03-01, 详见 <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/opinion/2003/0301.pdf>。
- 9 透明国际提供的廉洁指数“测量 183 个国家和地区公共部门的腐败水平”是评估这些风险的有效工具。要查看透明国际 2011 年廉洁指数, 详见 <http://cpi.transparency.org/cpi2011/results/>。
- 10 2008 年, 西门子公司与司法部和证监会达成一项 16 亿美元的和解协议, 这是企业解决与腐败有关的指控所支付的最高金额。涉嫌的 FCPA 违法行为共向外国官员支付 14 亿美元的款项。证监会起诉公告第 20829 号 (2008 年 12 月 15 日), 详见: 司法部长首次提出西门子的反腐败培训为“纸上计划”, 因而发布的有关通告和政策也是寥寥无几。见刑事起诉书, 美国政府诉西门子案, 刑事案件编号 08-367-RVC, 详见 <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/cases/siemens/12-15-08siemens-statement.pdf>。
- 11 2002 年, 卡地纳健康公司 (Cardinal Health's) 对 Syncor 国际公司 (Syncor International Corp.) 进行的收购前尽职调查显示, Syncor 国际公司的不正当付款总额达到 60 万美元。卡地纳健康公司提出只有 Syncor 国际公司愿意重新协商条件才能完成交易。因此, 双方同意, Syncor 国际公司的股东将仅获得卡地纳健康公司每股普通股的 47% (而不是此前达成一致的 52%) 来交换其公司已发行每股普通股。Syncor 国际公司, 表格 8-K (2002 年 12 月 4 日)。Syncor 国际公司最终以 50 万美元与证监会达成和解协议, 且其台湾子公司承认违法并同意支付 200 万美元罚款, 这是根据 FCPA 对公司开出的最高额刑事罚单。证监会起诉公告第 17887 号 (2002 年 12 月 10 日), 详见 <http://www.sec.gov/litigation/litreleases/lr17887.htm>。美国司法部新闻: “Syncor 国际公司台湾子公司承认违反《反海外腐败法》”(2002 年 12 月 10 日), 详见 http://www.justice.gov/opa/pr/2002/December/02_crm_707.htm。
- 12 见 Lockheed Martin, 注释 6。
- 13 Helmerich & Payne 是一个重要的案例。在主动披露之后, 该案由司法部以通过一项两年期不起诉协议的方式解决, 包括主动报告违法行为及 100 万美元的罚款。主动报告违法行为被独立合规监督员替代, 而罚款金额大约仅为美国量刑指南建议的 70%。Helmerich 以其“前瞻性的, 积极的以及高度合作的方式”获得了这些好处。详见 Lenny Breuer 在第五次公司财务、法律、风险、审计和合规官员年度大会上所做的评论, 2010 年 5 月 26 日, 详见 <http://www.justice.gov/criminal/pr/speeches-testimony/2010/05-26-10aag-compliance-week-speech.pdf>。
- 14 2008 年, 哈利伯顿公司 (Halliburton) 正在考虑收购一家英国公司的全部股本时, 该公司请求, 如果目标公司曾经有过违法行为, 司法部须考虑其可能承担的 FCPA 项下的责任。由于英国的法律限制, 哈利伯顿公司无法在收购前进行充分的尽职调查, 因此目标公司可能承担的 FCPA 责任变成了“黑匣子”。司法部批准了该项收购并且同意不提出起诉, 只要哈利伯顿公司同意“在交割后...立即对目标公司施行其自己的业务行为准则和具体的 FCPA 和反腐败政策及流程...[并且]对目标公司所有高管人员以及其职位或工作职责要求其接受培训的所有雇员进行 FCPA 和反腐败方面的培训。”司法部司法解释 08-02, 详见 <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/opinion/2008/0802.pdf>。
- 15 见延缓起诉协议, 美国政府诉泛亚班拿国际运输 (控股) 有限公司 (Panalpina World Transp. (Holding) Ltd.) (S.D. Tex. 2010 年 10 月 27 日), 附件 C。

众达的出版物不应视为对某事实或情形的法律意见。众达出版物的内容仅作为一般性信息, 未经众达书面同意之前 (我们自主决定是否同意), 不得在其它出版物或程序中引用或引述众达出版物的内容。若需获得我们任何出版物的再版许可或转载许可, 请使用“联系我们”的表格, 该表格可以在 www.jonesday.com 中找到。邮寄众达出版物不旨在建立律师-客户的服务关系, 接收众达出版物也不构成此关系。出版物中的观点是作者的个人观点, 而非作者所在律所的观点。