

ジェナー & ブロック レポート

The Jenner & Block Report

Updates on U.S. Law for the Japanese Legal and Business Communities

Topics Covered

Featured Development

特筆すべき展開

Attorney-Client Privilege

弁護士と依頼人間の秘匿特権

Complex Commercial Litigation

証拠開示及び電子的情報

Discovery & ESI

証拠開示及び電子的情報

Mergers and Acquisitions

M&A/企業再編

White Collar Defense &

Investigation

ホワイトカラー犯罪の弁護及び調査

Editors' Note

Welcome to the September 2015 edition of the Jenner & Block Report, a digest of updates about legal developments in the United States that we believe are noteworthy to leaders in the Japanese legal and business communities.

This month's Featured Development article examines the legality surrounding recent efforts by the U.S. Department of Justice to target bribe-taking foreign officials and prosecute them under the Money Laundering Control Act (MLCA) as opposed to the Foreign Corrupt Practices Act (FCPA), which does not extend to the prosecution of foreign officials who solicit and accept bribes.

This edition also includes valuable updates on the U.S. Supreme Court's grant of review of a decision concerning standing to bring a claim under the Fair Credit Reporting Act (FCRA), an attorney-client privilege decision relating to the disclosure of legal advice to an employee and the Delaware Court's approval of the largest settlement to date in a derivative shareholder litigation. In addition, we discuss confidentiality provisions in employee separation agreements, updates in e-Discovery and issues relating to mergers and acquisitions and white collar defense and investigations.

If you would like to have more information about any of these developments, please let us know. Thank you for taking the time to read the Jenner & Block Report.

Regards,
The Jenner & Block Team

編集者記

ジェナー&ブロックレポートの2015年9月版をお届け致します。ジェナー&ブロックレポートでは、日本の法曹界及びビジネス業界におけるリーダーの皆様にとって有益と思われる、米国での法的進展に関する最近の動向につき、概要をご説明しています。

今回の「特筆すべき展開」では、米国司法省が、賄賂を受領した外国公務員を、賄賂の提供を求めて受領した外国公務員に対する起訴には及ばない連邦海外腐敗行為防止法（FCPA）ではなく、マネーロンダリング・コントロール法（MLCA）に基づき起訴している状況に鑑み、その適法性について検討しています。

また、今回のジェナー&ブロックレポートでは、公正信用報告法（FCRA）に基づく提訴における当事者適格について連邦最高裁判所による検討や、従業員に対する法的アドバイスの開示と弁護士と依頼人間の秘匿特権の問題、株主代表訴訟での和解最高額をデラウェア州衡平法裁判所が承認した事件についてもご説明しています。また、従業員退職契約における秘密保持条項、電子的証拠開示に関する最近の動向、合併及び買収、ホワイトカラー弁護・調査等についても取り上げています。

本レポートにつきご質問等ございましたら、いつでもご遠慮なくご連絡下さい。お時間をお取り頂きありがとうございます。

ジェナー&ブロック

The Jenner & Block Team

EDITORS Terrence J. Truax, Brent Caslin and Miwa Shoda

ASSOCIATE EDITORS Donald E. Batterson, Jeremy M. Creelan, Louis E. Fogel, Gabriel A. Fuentes, Susan J. Kohlmann, Joseph L. Noga, Nick G. Saros and G. Thomas Stromberg

Featured Development

Attacking Corruption at its Source: The DOJ's Recent Efforts to Prosecute Bribe-Taking Foreign Officials

By Andrew G. Sullivan

On February 9, 2015, the Eleventh Circuit affirmed the conviction and nine-year prison sentence of Jean Rene Duperval on charges of accepting bribes while he served as the director of Haiti's state-owned telecommunications company. This decision represents the latest development in a string of recent enforcement actions by the U.S. Department of Justice ("DOJ") against bribe-taking foreign officials.

Historically, the DOJ has not targeted this category of bad actors because the prosecutorial tool used to combat foreign bribery—the Foreign Corrupt Practices Act ("FCPA")—does not extend to the prosecution of foreign officials who solicit and accept bribes. However, the DOJ recently has changed course by side-stepping the FCPA and instead prosecuting these foreign officials under other laws, most commonly the Money Laundering Control Act ("MLCA") and related conspiracy charges.

Jenner & Block authors have published a full length article, available here, which examines whether the DOJ's targeting of bribe-taking foreign officials under the MLCA is an illegal end run around the limitations of the FCPA. The article reviews the jurisdictional scope of the FCPA, and the Fifth Circuit's decision in *United States v. Castle*, which clarified that bribe-taking foreign officials are outside the FCPA's reach.

The article further discusses the DOJ's bellwether prosecution of Thai official Juthamas Siriwan on MLCA charges relating to bribes she accepted during her tenure as governor of the Tourism Authority of Thailand. In the early stages of the Siriwan prosecution, Judge George Wu of the Central District of California suggested that charging a foreign official under the MLCA potentially violates congressional intent because lawmakers meant to shield bribe-taking foreign officials from prosecution when drafting

特筆すべき展開

賄略を受領した公務員に対するDOJの最近の起訴傾向

アンドリュー・G・サリバン

2015年2月9日、第11巡回区控訴裁判所は、ハイチにおける州保有通信企業の取締役であった際に賄略を受領したことに関する、ジーン・リーン・デュペール氏に対する有罪判決及び9年間の懲役刑を維持した。この判断は、賄略を受領した公務員に対する米国司法省（「DOJ」）による最近の厳格な執行傾向を示すものである。

外国政府に対する訴追手段である連邦海外腐敗行為防止法（「FCPA」）は、賄略の提供を求めて受領した外国公務員に対する起訴にまで及ぶものではないため、歴史的にDOJは、賄略受領者をターゲットにはしていなかった。しかし、DOJは、最近、FCPAからやや横に外れて、マネーロンダリング・コントロール法（「MLCA」）や関連共謀法等の他の法に基づき、外国公務員を起訴してきている。

ジェナー&ブロックは、DOJによるMLCAに基づく賄略受領公務員の起訴がFCPAの限界を回避するための違法なものでないかにつき、この論文を発表している。この論文ではFCPAの管轄、及び、賄略受領公務員がFCPAの対象外であることを明確にした *United States v. Castle* における第5巡回区控訴裁判所の判断につき、検討している。

また、この論文では、タイの観光局局長時に賄略を受領したことについてDOJがMLCAでタイ公務員のジュサマス・サリワン氏を起訴した事件についても検討している。当該起訴の当初の段階で、カリフォルニア州中部連邦地方裁判所のジョージ・ウー裁判官は、FCPA策定時には賄略を受領した外国公務員を除外することを意図していたことから、MLCAによる外国公務員の起訴は議会の意図に反する可能性があることを示唆した。米国におけるサリワン氏の起訴は、タイでの起訴の結果が出るまで中断することになり、その間、DOJは、ウー裁判官が表明した司法懸念について問題視することなく、賄略を受領した数多くの公務員をMLCAに基づき起訴し有罪とすることに成功した。ジーン・リーン・デュペール氏の有罪判決は、DOJによるMLCA利用からの撤退を示唆している可能性もあるが、ウー裁判官の提起した懸念について

the FCPA. Siriwan's U.S. prosecution was subsequently stayed pending the outcome of her prosecution in Thailand, and during that time, the DOJ has managed to successfully convict a number of bribe-taking foreign officials on MLCA charges without raising the same judicial concerns expressed by Judge Wu. While the recent conviction of Jean Rene Duperval may suggest a resignation to the DOJ's approach of using the MLCA, no court has formally addressed the concerns raised by Judge Wu, and these concerns could pose a legal hurdle that the DOJ may need to overcome in future prosecutions.

[Click here](#) to access the full-length article, which is currently available in English.

公式に検討した裁判所はなく、このような懸念により、DOJによる将来の訴追が法的に困難なものとなる可能性がある。

論文全文（現時点では英文のみ）については、[こちら](#)を参照されたい。

[TOP](#)

Attorney-Client Privilege

Disclosing Legal Advice to Employees with a Need to Know Does not Waive Privilege

In *Scott v. Chipotle Mexican Grill, Inc.*, No. 12-CV-08333 (S.D.N.Y. Mar. 27, 2015), the district court held that disclosing legal advice to corporate employees who can act on and implement the advice does not waive the privilege, even when the advice is being discussed among non-legal personnel. Here, plaintiff argued that withheld emails that did not include a lawyer among the authors or recipients should be reviewed in camera because they may not be legal in nature. After in camera review, the court found that the email communications, although among non-legal personnel, referred or discussed legal advice received by the company and were related to implementing that advice. The court held that, "to the extent that it is correct that all recipients were able to act upon or implement the information or advice they received . . . the e-mails and the attachments are privileged. To hold otherwise would disable corporations from implementing legal advice, exactly what Upjohn seeks to avoid."

弁護士と依頼人間の秘匿特権

法的アドバイスを知るべき従業員に開示しても、秘匿特権の放棄とはならない

Scott v. Chipotle Mexican Grill, Inc., No. 12-CV-08333 (S.D.N.Y. Mar. 27, 2015)において、連邦地方裁判所は、法的アドバイスを実践し得る従業員に対して当該アドバイスを開示した場合、法務関係者以外の者の間で当該アドバイスについて協議がなされたとしても、これにより秘匿特権が放棄されたことにはならない、と判示した。本件で、原告は、作成者又は受領者に弁護士が含まれていない未提出電子メールは、それ自体法的なものではないため、インカメラ手続で検討される必要がある、と主張した。インカメラ手続の後、裁判所は、弁護士以外の者の間で行われた電子メールによる当該コミュニケーションは、会社が受領した法的アドバイスを引用又はこれについて協議するものであり、当該法的アドバイスの実践に関するものであった、と判示した。裁判所は、「全ての受領者は、当該情報又はアドバイスに基づき行動又は実践することができるものであり、当該電子メール及びその添付資料は秘匿特権で保護される。そのように解釈しないと会社による法的アドバイスの実践は不可能であり、これはまさにUpjohn事件で回避しようとしているものである」と判示した。

[TOP](#)

Complex Commercial Litigation

Supreme Court To Review FCRA Standing Decision

The Supreme Court granted certiorari to review a Ninth Circuit decision concerning standing to bring a claim under the Fair Credit Reporting Act (15 U.S.C. § 1681 et seq.) (“FCRA”). In *Robins v. Spokeo, Inc.*, 742 F.3d 409 (9th Cir. 2014), *cert. granted sub nom. Spokeo, Inc. v. Robins*, 135 S. Ct. 1892 (U.S. Apr. 27, 2015) (No. 13-1339), a plaintiff alleged that a website operator violated the FCRA by publishing inaccurate information about him, which plaintiff claimed harmed his employment prospects. The district court in California dismissed the action, ruling that plaintiff lacked standing to sue because he had failed to plead an injury in fact and that any injuries were traceable to defendant’s alleged violations. The Ninth Circuit reversed. The court noted that the FCRA does not require a showing of actual harm where, as here, a plaintiff sues for willful violations. Thus, plaintiff’s alleged violations of his statutory rights were sufficient to satisfy the injury-in-fact requirement of Article III standing. The court further concluded that, where the injury in fact is the violation of a statutory right, the causation and redressability requirements for standing are also satisfied.

証拠開示及び電子的情報

連邦最高裁判所、**FCRA**の当事者適格について検討する予定である

連邦最高裁判所は、公正信用報告法（「FCRA」）に基づく請求についての当事者適格に関する第9巡回区控訴裁判所の判断を再検討する裁量上訴を認めた。*Robins v. Spokeo, Inc.*, 742 F.3d 409 (9th Cir. 2014), *cert. granted sub nom. Spokeo, Inc. v. Robins*, 135 S. Ct. 1892 (U.S. Apr. 27, 2015) (No. 13-1339)において、原告は、ウェブサイトのオペレーターが原告についての不正確な情報を公開してFCRAに違反し、これにより原告の雇用関連に悪影響が発生した、と主張した。カリフォルニア州連邦地方裁判所は、原告は損害及び被告の行為により損害が発生したことを主張できていないため当事者適格を主張できていない、と判示して、本件を却下した。第9巡回区控訴裁判所はこれを覆した。同控訴裁判所は、本件のように原告が故意に基づく請求を行う場合には、FCRA上実際の損害を立証することは求められていない、と指摘した。よって、原告が制定法上の権利侵害を主張すれば、第3章の当事者適格に必要な事実上の損害要件を満たす、とされた。また、同控訴裁判所は、損害が制定法上の権利侵害に該当する場合には、当事者適格に必要な因果関係の要件も満たされる、とした。

[TOP](#)

Discovery & ESI

Sanctions Vacated: Defendant not Required to Retain All Documents Post-Notice of Suit

In *Blue Sky Travel & Tours, LLC v. Al Tayyar*, No. 13-2500 (4th Cir. Mar. 31, 2015), the Fourth Circuit vacated an order imposing sanctions on the defendants after finding the magistrate judge applied an incorrect legal standard to conclude the defendants spoliated certain documents. The magistrate judge held that once the defendant received notice of litigation, it was required “to stop [its] normal document retention policies and to preserve all documents because you don’t know what may or may not be relevant.” The Fourth Circuit held the magistrate judge erred because “a party is not required to preserve all its documents but rather only documents that the party knew or should

証拠開示及び電子的情報

被告は訴訟通知後の全ての文書を保存する義務を負うわけではないとして、制裁が破棄された事例

Blue Sky Travel & Tours, LLC v. Al Tayyar, No. 13-2500 (4th Cir. Mar. 31, 2015)において、第4巡回区控訴裁判所は、被告が特定の文書を破棄したと裁判官が判断するにあたり不適切な法基準を適用したと判断した後、被告に対して制裁を課す命令を破棄した。裁判官は、被告は訴訟について通知を受けた後「何が関連性を有し何が有しないか不明である以上、平常時の文書保存規程を停止させて一切の文書を保全する義務があった」と判示した。第4巡回区控訴裁判所は、「訴訟当事者は全ての文書を保全しなければならないのではなく、当該紛争に関連すると知っていたか又は知り得たもの、その他その可能性のあるものを保全しなければならないに過ぎない」のであるから、裁判官はその判断基準を誤った、と判示した。同控訴裁判所は、本件で問題となっている請求書が破棄された段階で、当該文書が本

have known were, or could be, relevant to the parties' dispute." The circuit court remanded the case to determine whether the defendants knew or should have known the documents at issue were relevant to the plaintiff's case when the invoices were discarded.

Court Denies Cost-Shifting for Electronic Discovery Despite E-Discovery Mistakes

In *Malone v. Kantner Ingredients, Inc.*, No. 12 CV 3190 (D. Neb. Mar. 31, 2015), the plaintiff sought to require the defendants to pay for a forensic review of the defendants' electronic servers, arguing that the defendants had botched prior document productions.

The district court denied the motion, holding that the plaintiff had shown only that the defendants made some mistakes during the e-discovery review, but that "human error is common when attorneys are tasked with personally reviewing voluminous electronically stored information." The court quoted several cases to the effect that "the Federal Rules do not demand perfection" and "[i]t is improper to infer nefarious intent or bad faith from what appear to be ordinary discovery errors." The court held that requiring the plaintiff to bear the cost of the forensic review the plaintiff had demanded was "a reasonable method for sharing the cost of ESI discovery."

件訴訟に関連するものであったと知っていたか又は知り得たか否かについて判断すべく、本件を差し戻した。

裁判所、電子的証拠開示におけるミスにもかかわらず、電子的証拠開示の費用転換を認めなかった

Malone v. Kantner Ingredients, Inc., No. 12 CV 3190 (D. Neb. Mar. 31, 2015)において、原告は、従前の被告による文書提出が不十分であったと主張し、被告の電子サーバーの検討に必要な費用を被告に払わせることを求めて申し立てた。連邦地方裁判所は、原告は電子的証拠開示に際して被告が若干のミスをしたことを立証したに過ぎず、「大量に保存された電子的情報を弁護士が検討する際には、人為的なミスは一般的である」と判示して、申立てを退けた。裁判所は、「連邦規則は完全性を求めるものではなく」「証拠開示上の通常ミスと見受けられるものから不正な意図や悪意を推認するのは不適切である」とした判例を引用した。裁判所は、原告が要求したサーバーの検討に要する費用を原告に負担させるのは「電子的文書の証拠開示費用を分配するために合理的なものといえる」とした。

[TOP](#)

Mergers & Acquisitions

Delaware Court Awards Largest Derivative Settlement to Date

In *In re Activision Blizzard, Inc Stockholder Litigation*, Consol. C.A. No. 8885-VCL (Del. Ch. May 21, 2015), the Delaware Court of Chancery approved a \$275 million settlement agreement in derivative shareholder litigation and awarded \$72.5 million in fees and expenses to the plaintiff's lead counsel. The Court's opinion articulates key principles of Delaware corporate law in connection with the settlement of derivative lawsuits and class actions.

This case arises from a 2013 restructuring in which Activision Blizzard, Inc. ("Activision"), a Delaware corporation, and ASAC II LP ("ASAC"), an entity controlled by Activision's two most senior executives, agreed to buy back shares of Activision from Vivendi S.A. ("Vivendi"). Before the restructuring, Vivendi owned approximately 61% of the outstanding shares

M&A/企業再編

デラウェア州衡平法裁判所、史上最大金額の株主代表訴訟の和解金額を承認する

In re Activision Blizzard, Inc Stockholder Litigation, Consol. C.A. No. 8885-VCL (Del. Ch. May 21, 2015)において、デラウェア州衡平法裁判所は、株主代表訴訟において2億7500万ドルの和解契約を承認し、また、原告の主任代理人弁護士の弁護士費用7250万ドルの支払いを命じた。同裁判所の意見は、株主代表訴訟の和解とクラスアクションに関するデラウェア州会社法の重要原則に触れたものであった。

本件は、デラウェア州の会社であるアクティヴィジョン・ブリザード社（「アクティヴィジョン社」）と、同社の上級管理役員2人が支配するASAX II LP社（「ASAC社」）が、アクティヴィジョン社の株式をヴィヴェンディ社から買い戻すことを合意した、2013年の取引に起因して発生したものであった。ヴィヴェンディ社は、本取引以前はアクティヴィジョン社の発行済み株式のうち約61%を保有してい

of Activision. After the \$8.2 billion deal, Vivendi held approximately 12% and ASAC possessed a controlling interest in Activision.

In 2014, several Activision shareholders brought a lawsuit on behalf of Activision alleging breach of fiduciary duty by the Activision directors who had approved the deal, the senior executives in control of ASAC, and Vivendi. The shareholders believed that the 2013 restructuring should have been put to a shareholder vote, and that the senior executives in control of ASAC improperly put their own interests above those of other shareholders.

The Court approved a \$275 million settlement, reported to be the largest settlement in a derivative matter, to be returned to Activision, reasoning that the dollar amount fell within a range of results that reasonable parties on the plaintiffs' side could accept given the size of the underlying transaction and the prospect of a damages award being granted to the plaintiffs. The Court also held that it was acceptable to allocate the monetary award entirely to Activision, rather than awarding some of it to stockholders directly, since the group that was injured in the restructuring and the group benefitting from the \$275 million award to Activision were the same – Activision's current stockholders.

The Court also considered the attorneys' fees and expenses and held them to be reasonable. The \$72.5 million award was between 23 and 26 percent of the value of the settlement. The Court noted that this litigation was more complex than typical cases and the award was within the range of reasonableness for the stage at which the matter settled.

In re Activision Blizzard, Inc Stockholder Litigation is a helpful reminder of the factors that the Court considers when evaluating the adequacy of settlement consideration, including “(1) the probable validity of the claims, (2) the apparent difficulties in enforcing the claims through the courts, (3) the collectability of any judgment recovered, (4) the delay, expense and trouble of litigation, (5) the amount of the compromise as compared with the amount and collectability of a judgment, and (6) the views of the parties involved, pro and con.”

Delaware Supreme Court upholds literal interpretation of earn-out provision

In Lazard Technology Partners, LLC v. QinetiQ North America Operations LLC. (Del. Apr. 23, 2015), the Delaware Supreme Court upheld the plain meaning of an earn-out provision in a merger agreement and

た。82億ドルの本件取引の後、ヴィヴェンディ社は約12%を保有することになり、ASAC社はアクティヴィジョン社の支配権を有することになった。

2014年、アクティヴィジョン社の株主は、本件取引を承認した同社取締役、ASAC社を支配する同社の役員2人、ヴィヴェンディ社の忠実義務違反を主張して、アクティヴィジョン社を代理して株主代表訴訟を提起した。株主は、2013年の本件取引は株主による決議を経る必要があったものであり、ASAC社を支配する同社の役員は、他の株主の利益より自身の利益を不適切にも優先した、と主張した。

裁判所は、本件取引の規模及び原告に認められると予想される賠償金の額に照らすと合理的な原告であれば当該和解金額を受け入れるだろうとの理由を述べて、アクティヴィジョン社に対する2億7500万ドルの和解金を承認した。これは、株主代表訴訟における和解金として最大金額のものと報告されている。また、裁判所は、本件取引により損害を被ったグループと、アクティヴィジョン社に対する2億7500万ドルの賠償により利益を受けるグループは、いずれも現在の株主であり同一であるため、賠償金を株主に直接配当するのではなくアクティヴィジョン社に全額支払うことは認められる、と判示した。

また、裁判所は、弁護士費用についても検討し、合理的であると判示した。7250万ドルという金額は、和解金額の23から26%に該当する。裁判所は、本件訴訟は複雑なものであり、当該金額は本件訴訟の段階に照らすと合理的な範囲内にあるといえる、とした。

*In re Activision Blizzard, Inc Stockholder Litigation*は、和解の適切性について裁判所が評価する要素を再確認するのに役立つものである。すなわち、「(1)本件請求の有効性、(2)裁判所を通じて請求を執行することの明示的な困難性、(3)判決に基づく回収可能性、(4)訴訟の遅延、費用、困難、(5)判決による金額及び回収可能性と比較した譲歩額、(6)関与している当事者によるメリット及びデメリット」である。

デラウェア州最高裁判所、アーンアウト条項の当初解釈を維持

Lazard Technology Partners, LLC v. QinetiQ North America Operations LLC. (Del. Apr. 23, 2015)において、デラウェア州最高裁判所は、買収契約におけるアーンアウト条項の文言どおりの意味を維持し、売主が、買主に対す

refused to allow the seller to rely on the implied covenant of good faith and fair dealing to impose an objective standard on buyers and get around the negotiated language in the provision itself.

In *Lazard*, QinetiQ North America Operations LLC (“QinetiQ”) had agreed to pay \$40 million upfront to Cyveillance, Inc. (“Cyveillance”) and up to an additional \$40 million in earn-out payments if certain revenue benchmarks were achieved. The merger agreement contained a covenant that prohibited QinetiQ from “taking any action to divert or defer [revenue] with the intent of reducing or limiting the Earn-Out Payment.” When the earn-out period ended, revenue had not reached the level required to generate the earn-out. *Lazard Technology Partners* (“*Lazard*”), who represented the stockholders of Cyveillance, argued that QinetiQ had breached the earn-out provision and violated the implied covenant of good faith and fair dealing by refusing to take certain actions that would have increased revenue to the level required to generate the earn-out payment.

The Court held that the earn-out provision required *Lazard* to prove that QinetiQ had the intent to reduce or limit the earn-out payment in order to succeed on its claim. Even if representatives of QinetiQ acted with the knowledge that their actions would reduce the likelihood that the earn-out would be due, *Lazard* still had to prove that it was the buyer’s intent to cause that specific result. The Court also held that the covenant of good faith was not applicable because it is used to fill interpretive gaps in a document and there were no such gaps in the merger agreement. Cyveillance, via *Lazard*, had the burden to prove that QinetiQ intentionally violated the earn-out provision and the Court believed that the language in the earn-out provision left QinetiQ free to conduct its business in any way it chose post-closing, so long as it did not intentionally reduce or limit the earn-out payment.

A key factor in the Court’s decision was that Cyveillance had attempted to negotiate a range of affirmative post-closing obligations of the buyer, all of which were rejected. In the end, the seller was only able to negotiate the post-closing obligation that the buyer could not take any action with the intent of reducing or limiting the earn-out payment. In addition, there was no best-efforts covenant or other efforts-related language, which is sometimes included in similar provisions. The Court ruled that there was not sufficient basis to find that QinetiQ had violated the earn-out provision because, under the final purchase agreement, QinetiQ only had a duty to refrain from conduct taken with the intent to reduce or avoid the earn-out.

る客観的基準を課す善意かつ公正に取引を行うという黙示の約束に依拠して条項の文言を回避することは認めなかった。

*Lazard*事件において、キネティック北米社（「キネティック社」）は、サイベイランス社に対して4000万ドルを事前に支払い、かつ、特定の収益の目標が達成された場合にはさらに4000万ドルを支払うことに同意した。買収契約において、キネティック社が「アーンアウト支払いを減少又は制限させる目的で収益を流用又は保留するための行動を取る こと」は禁止する、との条項が含まれていた。アーンアウト期間が終了した後、収益は当該目標に達成していなかった。サイベイランス社の株主を代理していた ラザード・デクノロジー・パートナーズ社（「ラザード社」）は、キネティック社はアーンアウト支払いが要求されるレベルに収益を増加させ得る行動を取ること を拒否し、これによりアーンアウト条項に違反し、かつ、善意かつ公正に取引を行うという黙示の約束に違反した、と主張した。

裁判所は、ラザード社の主張が認められるためには、キネティック社がアーンアウト支払いを減少又は制限させる意図を有していたことが立証されなければならない、と判示した。そして、キネティック社の代表者が、自身の行為によりアーンアウト支払いの可能性が減少することを知らうえで行動していたとしても、特定の結果を引き起こす意図を有していたことをラザード社は立証しなければならない、とした。また、裁判所は、公正に取引を行う黙示の約束については、当該法理は文書における解釈上の隔りがある場合に利用されるものであるところ、本件買収契約においてそのような隔りは存在しないため、本件では適用されない、と判示した。サイベイランス社は、ラザード社を通じて、キネティック社が意図的にアーンアウト条項に違反したことを立証する義務を負っており、裁判所は、アーンアウト条項の文言により、意図的にアーンアウト支払いを減少又は制限しない限りキネティック社はクロージング後も自由に事業を行うことができるものとされていた、と解釈した。

裁判所の判断における重要な要素は、サイベイランス社は買主によるクロージング後の積極的義務について交渉しようとしていたが、全て拒絶されていた、という点であった。そして、売主（サイベイランス社）は、最終的に、買主（キネティック社）はアーンアウト支払いを意図的に減少又は制限することはできないとのクロージング後の義務について交渉し得たに過ぎなかった。また、同種の条項に含まれることのある最善努力義務やその他の努力に関する文言は、本件で含まれていなかった。裁判所は、最終買収契約においてキネティック社はアーンアウトを減少又は回避する意図による行動を行ってはならないとの義務を負うのみであり、キネティック社がアーンアウト条項に違反したことの十分な証拠は存在しない、と判示した。

*Lazard*判決は、買主及び売主、及び、アーンアウトに

The *Lazard* decision has many implications for buyers and sellers and how they negotiate post-closing operations covenants related to earn-outs. Sellers should consider that the court will look very closely at the language of any earn-out-related covenant in the context of the specific negotiations that took place. Absent any affirmative post-closing operation covenants, such language might be construed very narrowly, particularly if negotiations involved discussions of affirmative covenants that were ultimately rejected. Sellers should be reluctant to solely rely on the implied covenant of good faith to expand a buyer's obligations, as this decision suggests that any such implied covenant will not be used to save a seller from a poorly negotiated earn-out provision.

関するクロージング後の義務を交渉するにあたって様々な意義を有する。売主は、アーンアウト関連の約束について実際に行われた具体的な交渉内容を裁判所は注意深く検討する、ということ考慮に入れておく必要がある。積極的なクロージング後の義務が規定されない限り、特に交渉において当該義務に関する議論が行われこれが最終的に拒絶されていた場合には、裁判所は文言を狭く解釈する可能性がある。本件判決により、アーンアウト条項について十分な交渉が行われなかった場合に黙示による約束では売主が保護されないことが示唆されており、売主は、買主の義務を拡大するにあたり黙示の公正取引約束にのみ依拠すべきではない。

TOP

White Collar Defense & Investigations

SEC Takes Aim at Confidentiality Provisions in Separation Agreements

The SEC has been warning that it is concerned about employee separation agreements that contain confidentiality provisions that could inhibit whistleblowers from communicating with the SEC. On April 1, the SEC announced its first enforcement action against a company for using what it believed to be improperly restrictive language in such a confidentiality agreement. Press Release, SEC, SEC: Companies Cannot Stifle Whistleblowers in Confidentiality Agreements, [Release 2015-54](#) (Apr. 1, 2015); In re KBR, Inc., Exchange Act Release No. 74,619 (Apr. 1, 2015) ([Order Instituting Cease-And-Desist Proceedings](#)). The SEC charged Houston-based global technology and engineering firm KBR, Inc. with violating whistleblower protection Rule 21F-17 promulgated under the Dodd-Frank Act, which prohibits companies from taking any action to impede whistleblowers from reporting possible securities violations to the SEC. KBR had required witnesses in certain internal investigation interviews to sign confidentiality statements with language warning that they could face discipline, including possible termination, if they discussed the matters with outside parties without the prior approval of KBR's legal department. Without admitting any violation, KBR agreed to pay a \$130,000 civil penalty to settle the SEC's charges. The company also voluntarily amended its confidentiality statement by adding

ホワイトカラー犯罪の弁護及び調査

SEC、退職時契約における秘密保持義務条項につき問題視

SECは、内部通報者がSECに報告するのを妨げ得る秘密保持義務を有する退職時契約について懸念を抱いている、との警告を出した。4月1日、SECは、秘密保持契約において不適切に制限的と考えられる文言を利用して企業に対する初めての制裁を発表した。Press Release, SEC, SEC: Companies Cannot Stifle Whistleblowers in Confidentiality Agreements, [Release 2015-54](#) (Apr. 1, 2015); In re KBR, Inc., Exchange Act Release No. 74,619 (Apr. 1, 2015) ([Order Instituting Cease-And-Desist Proceedings](#)) SECは、内部通報者が証券法違反の可能性につきSECに報告するのを禁止するドッド・フランク法のもと公表された規則21F-17保護に違反したとして、ヒューストンに主拠点を有するグローバル技術・エンジニアリング会社であるKBR社を提訴した。KBR社は、内部調査でのインタビューの際、KBR社の法務部による事前承認なく調査内容について外部の者と協議した場合には、解雇を含む懲戒を受けることがあるとの警告文言を含む秘密保持契約に署名させていた。KBR社は、違反行為の有無について自認することなく、SECとの和解のため13万ドルの民事罰金を支払うことに同意した。また、同社は、秘密保持契約を自主的に変更し、従業員は違反行為の可能性についてKBR社の証人や報復のおそれなくSECやその他の連邦政府に自由に通報することができる、との明確な文言を記載した。SECは、KBR社が従業員による証券法違反のSECへの通報を実際に妨げたとの明らかな事例がない点については認識していた。しかし、SECは、違法行為をSECに通報する内部通報者の積極性に対する潜在的抑止的効果は、同社がSEC規則21F-17違反行

language explicitly stating that employees are free to report possible violations to the SEC and other federal agencies without KBR approval or fear of retaliation. The SEC recognized that there are no apparent instances in which KBR actually prevented employees from communicating with the SEC about securities law violations. But the SEC found that the potential chilling effect of the language on whistleblowers' willingness to report illegal conduct to the SEC was all that was necessary for the company's conduct to violate SEC Rule 21F-17. In the release, Sean McKessy, Chief of the SEC's Office of the Whistleblower, warned that "other employers should similarly review and amend existing and historical agreements that in word or effect stop their employees from reporting potential violations to the SEC."

為を行うにあたって必要であった、とした。プレスリリースにおいて、SEC内部通報局主任のショーン・マッケシー氏は、「他の企業も、従業員によるSECへの違反行為通報を妨げる影響を有する既存かつ古典的な契約を見直し修正すべきである」と警告した。

[TOP](#)

EDITORS

Terrence J. Truax
Managing Partner
ttruax@jenner.com

Brent Caslin
Partner
bcaslin@jenner.com

Miwa Shoda
Special Counsel
mshoda@jenner.com

ASSOCIATE EDITORS

Donald E. Batterson
Partner
dbatterson@jenner.com

Jeremy M. Creelan
Partner
jcreelan@jenner.com

Louis E. Fogel
Partner
lfogel@jenner.com

Gabriel A. Fuentes
Partner
gfuentes@jenner.com

Susan J. Kohlmann
Partner
skohlmann@jenner.com

Joseph L. Noga
Partner
jnoga@jenner.com

Nick G. Saros
Partner
nsaros@jenner.com

CONTRIBUTORS

Michael T. Brody
Hannah K. Costigan Cowles
Rita Feikema
David M. Greenwald
Robert R. Stauffer
Andrew G. Sullivan
Matthew J. Thomas
Kevin M. Waklatsi
Daniel J. Weiss

G. Thomas Stromberg
Partner
tstromberg@jenner.com

© Copyright 2015 Jenner & Block LLP, 353 North Clark Street, Chicago, IL 60654, 312 222-9350. Jenner & Block is an Illinois Limited Liability Partnership including professional corporations. Under professional rules, this communication may be considered advertising material. The material contained in this document has been authored or gathered by Jenner & Block for informational purposes only. It is not intended to be and is not considered to be legal advice. Transmission is not intended to create and receipt does not establish an attorney-client relationship. Legal advice of any nature should be sought from legal counsel. Tax Matters: To the extent this material or any attachment concerns tax matters, it is not intended or written to be used, and cannot be used by a taxpayer, for the purpose of avoiding penalties that may be imposed on the taxpayer under law.