

# Anti-bribery due diligence in M&A-transacties

Prof. dr. S. Oded en mr. D.L.S. Ceulen, datum 19-03-2016

**Datum**

19-03-2016

**Auteur**

Prof. dr. S. Oded en mr. D.L.S. Ceulen<sup>[1]</sup>

**Folio weergave**

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

**Vakgebied(en)**

Ondernemingsrecht / Corporate governance

Ondernemingsrecht / Rechtspersonenrecht

*Bij een fusie of overname is het van belang dat bedrijven zich bewust zijn van de aanwezige omkopings- en corruptierisico's van de target. Mede in het licht van het toenemende aantal handhavingsacties door de autoriteiten, verdient het de aanbeveling voor bedrijven om deze risico's bij een fusie of overname in kaart te brengen en waar mogelijk te mitigeren. De auteurs van dit artikel bespreken in dit kader het proces en de toegevoegde waarde van ABAC due diligence.*

## 1. Inleiding

Wereldwijd wordt anti-corruptieregelgeving in toenemende mate gehandhaafd. Om die reden is zogenaamde ABAC due diligence (*anti-bribery and anti-corruption due diligence*) een belangrijk onderdeel geworden van een zorgvuldige voorbereiding van M&A-transacties. Met een passend en goed georganiseerd due diligence-onderzoek vergroot je bij een fusie of overname de kans op een succesvolle transactie, beperk je de financiële risico's en bescherm je de reputatie van je bedrijf. In dit artikel leggen wij uit wat ABAC due diligence inhoudt en bespreken we waarom en wanneer dat nodig is. We beschrijven het due diligence-proces en bespreken de belangrijkste stappen die gevolgd moeten worden bij een ABAC due diligence, zowel als dit wordt uitgevoerd voordat de M&A-transactie plaatsvindt, als daarna.

Bij grensoverschrijdende M&A transacties zijn de risico's vaak groot, in het bijzonder wanneer de target actief is in een land met een hoog corruptierisico. Daarom zullen wij in dit artikel de achtergrond van de Amerikaanse Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) en de UK Bribery Act 2010 (UKBA) kort behandelen. Beide wetten hebben een ruime extraterritoriale werking en kunnen in de context van een grensoverschrijdende transactie van toepassing zijn naast de lokale ABAC-wetgeving. Bovendien kunnen zaken waarin handhaving heeft plaatsgevonden op grond van de FCPA relevant zijn binnen een nationale context. Zij bieden immers handvatten om risico's te beperken, die eveneens ontstaan onder lokale ABAC-wetgeving (zo ook de Nederlandse). De *good practices* die wij in dit artikel beschrijven zijn dan ook niet beperkt tot de FCPA en de UKBA.

## 2. Toename van ABAC-handhaving

In de afgelopen jaren zijn er steeds meer handhavingsacties geweest tegen corrupte praktijken. Alleen al in de periode tussen februari 1999, toen het OESO-Verdrag inzake bestrijding van omkoping van buitenlandse ambtenaren bij internationale zakelijke transacties in werking trad,<sup>[2]</sup> en juni 2014 hebben verdragspartijen meer dan 400 keer opgetreden tegen bedrijven en individuen in verband met buitenlandse omkoping.<sup>[3]</sup> Ook de hoogte van de opgelegde boetes is gestegen. Volgens de officiële gegevens van de OESO is er in 2013 in totaal meer dan USD 1,2 miljard aan boetes opgelegd, ten opzichte van USD 0,65 miljoen in 2003.<sup>[4]</sup> Alleen al in de VS betaalden bedrijven die waren aangesproken op grond van de FCPA in 2014 gemiddeld meer dan USD 150 miljoen aan boetes. Dit is ongeveer 7,5 keer zo veel als de gemiddelde waarde van alle schikkingen en boetes in het kader van de FCPA in 2012 en bijna twee keer zoveel als in 2013.<sup>[5]</sup> De toenemende handhaving door de VS blijft niet beperkt tot Amerikaanse bedrijven. Sterker nog, op dit moment hebben maar liefst acht van de tien hoogste schikkingen en boetes in FCPA-handhavingsacties betrekking op niet-Amerikaanse bedrijven. Het Duitse Siemens (USD 800 miljoen in 2008) en het Franse Alstom (USD 772 miljoen in 2014) staan bovenaan de lijst.

Hoewel de Amerikaanse autoriteiten (het *Department of Justice* en de *Securities and Exchange Commission*) nog steeds de wereldwijde strijd tegen omkoping aanvoeren, lijken handhavingsacties tegen omkoping en corruptie ook geleidelijk belangrijker te worden in bijvoorbeeld het Verenigd Koninkrijk, Duitsland, Zuid-Korea, Italië, Zwitserland en Nederland. In Nederland bijvoorbeeld zijn wij niet bekend met grote anti-corruptie handhavingszaken van vóór 2012. Die situatie is in de

afgelopen jaren veranderd met de schikking van € 17,5 miljoen met Ballast Nedam in 2012, de schikking van € 7 miljoen met KPMG in 2013, de schikking van USD 240 miljoen met SBM offshore in 2014 en de zeer recente schikking van USD 397,5 miljoen met Vimpelcom in 2016.<sup>[6]</sup> Ook De Nederlandsche Bank (DNB) heeft in januari 2015 aangekondigd dat de integriteit en transparantie van de financiële markten een hoge prioriteit hebben binnen het handhavingbeleid van DNB (in het bijzonder met betrekking tot het bestrijden van corruptie).<sup>[7]</sup> Voorafgaand aan dit bericht heeft DNB in juni 2014 een gedetailleerd overzicht met *good practices* voor de bestrijding van corruptie gepubliceerd.<sup>[8]</sup> Kortom, ABAC-handhaving is een groeiend risico voor bedrijven. Dit risico kan onder meer verkleind worden door zorgvuldige ABAC due diligence. Daardoor kunnen ondernemingen mogelijke risico's identificeren en vervolgens risico-verminderende maatregelen nemen.

### 3. Wat hebben ABAC-risico's te maken met M&A?

Door een bedrijf over te nemen, neemt de koper een reeks aansprakelijkheden op zich. De nieuwe eigenaar kan mogelijk aansprakelijk worden gesteld voor overtredingen van ABAC-wetgeving die de target in het verleden heeft begaan. Dat is zelfs het geval indien de nieuwe eigenaar geen enkele vorm van controle uitoefende over de betrokken onderneming toen de overtredingen plaatsvonden.

De Amerikaanse autoriteiten proberen steeds vaker overnemende partijen aan te pakken (op grond van de ruime extraterritoriale werking van de FCPA-wetgeving) die zelf hebben deelgenomen aan een overtreding of hebben nagelaten overtredingen te beëindigen ná een overname. Als de koper geen adequate ABAC due diligence uitvoert en *red flags* die wijzen op mogelijke overtredingen bij de target negeert, kan dat worden gezien als opzettelijk weggijken. In 2009 moest Halliburton Company bijvoorbeeld een (gecombineerde civiele en strafrechtelijke) boete betalen van USD 579 miljoen omdat een onderneming na overname door Halliburton was doorgeslagen met stelselmatige omkoping. Volgens de *Securities and Exchange Commission* was de door Halliburton Company uitgevoerde ABAC due diligence niet toereikend. Uit dat onderzoek waren geen omkopingspraktijken aan het licht gekomen en verschillende *red flags* met betrekking tot het gebruik van buitenlandse agenten zouden zijn genegeerd.<sup>[9]</sup>

Met het oog op dergelijke omkopings- of corruptierisico's moedigen de Amerikaanse autoriteiten ondernemingen aan om een ABAC due diligence uit te voeren voordat ze M&A-transacties aangaan. Daarmee kunnen kopers vaststellen wat de ABAC-risico's zijn van de target en kunnen zij niet alleen het risico op aansprakelijkheid voor al begane overtredingen beperken, maar ook het risico dat mogelijke omkopingspraktijken zich zullen voortzetten na de overname.

Een belangrijke beperking onder de FCPA-wetgeving is dat M&A-transacties niet tot aansprakelijkheid kunnen leiden als deze aansprakelijkheid vóór de transactie niet bestond. De FCPA geldt in beginsel ook voor niet-Amerikaanse ondernemingen (of uitgevende instellingen) die effecten uitgeven op de Amerikaanse effectenmarkt. Mocht hiervan geen sprake zijn, dan moeten er andere concrete aanknopingspunten met de VS zijn, voordat de buitenlandse onderneming onderworpen is aan de FCPA (bijvoorbeeld als het hoofdkantoor in de VS is gevestigd). Als de FCPA niet van toepassing was op de target vóórdat de transactie was voltooid, wordt de koper niet alsnog aansprakelijk enkel door het voltooien van die transactie.<sup>[10]</sup> Maar als de bestaande omkopingspraktijken worden voortgezet na het voltooien van de M&A-transactie dan loopt de koper het risico aansprakelijk te worden gesteld voor overtredingen die zowel voor als na de overname zijn begaan.

Er moet echter niet alleen worden gekeken naar de risico's van M&A-transacties onder de FCPA, maar ook naar risico's onder de UKBA. Om deze risico's te beperken is een ABAC due diligence eveneens een effectief middel. Net als de FCPA is de UKBA niet alleen van toepassing op ondernemingen die gevestigd zijn in het Verenigd Koninkrijk, maar ook op entiteiten die actief zijn (*carry on a business*) in het Verenigd Koninkrijk, ongeacht de plaats van vestiging of oprichting. Hieruit volgt dat een overgenomen onderneming die actief is in het Verenigd Koninkrijk aansprakelijk kan zijn voor omkopings- en corruptiepraktijken in andere jurisdicties, ongeacht of de tak van de onderneming in het Verenigd Koninkrijk betrokken was bij die praktijken.

De UKBA verbiedt zowel actieve als passieve omkoping en ziet niet alleen op omkoping van buitenlandse overheidsfunctionarissen (*foreign officials*), maar ook op omkoping in de private sector. Een vernieuwend aspect van de UKBA is dat als een bedrijf er niet in slaagt omkoping te voorkomen (*corporate failure to prevent bribery*), dit als economisch delict strafbaar is gesteld. Sinds de inwerkingtreding in juli 2011 zijn er maar enkele handhavingssacties uitgevoerd op basis van de UKBA. Toch zijn er, gelet op de officiële toelichting op de UKBA, verschillende situaties bij een M&A-transactie denkbaar waarin er een risico bestaat dat handhavingssacties plaatsvinden op grond van de *corporate failure to prevent*-bepaling.

Een voorbeeld hiervan is de situatie waarin een koper nalaat om voorafgaand aan de transactie ABAC due diligence uit te voeren, waardoor hij niet op de hoogte is van bestaande omkopingspraktijken en daardoor ook niet voorkomt dat deze praktijken worden voortgezet na de overname. Verschillende signalen uit betrouwbare, openbare bronnen wijzen erop dat op dit moment meerdere grote UKBA-onderzoeken worden uitgevoerd. Mochten deze onderzoeken tot handhavingssacties leiden, dan zal dit mogelijk meer licht werpen op de wijze waarop de UKBA-wetgeving moet worden geïnterpreteerd.

## 4. Wat is ABAC due diligence?

ABAC due diligence bestaat uit het analyseren en inventariseren van het ABAC-risico. Daarbij staat centraal of het aannemelijk is dat omkopings- en corruptiepraktijken hebben plaatsgevonden in de onderneming en welke invloed deze praktijken hebben gehad op de bedrijfsvoering. Daarom richt ABAC due diligence zich op het vaststellen van feiten en identificeren van risico's rond de volgende aspecten:

- â—• **Daadwerkelijke overtredingen:** is er in de afgelopen jaren sprake geweest van ABAC-overtredingen of staan die te gebeuren?
- â—• **Handhavingsrisico:** hebben er in het verleden ABAC-onderzoeken of handhavingsacties plaatsgevonden of zijn er nog lopende of verwachte ABAC-onderzoeken of handhavingsacties?
- â—• **Inherent risico:** hoe aannemelijk is het dat omkoping of corruptie zal plaatsvinden, los van de aanwezigheid en de effectiviteit van preventie- en controlemechanismen of andere risicobeperkende maatregelen? Deze beoordeling wordt doorgaans gebaseerd op de zogeheten 'inherente omkopings- en corruptierisicofactoren'. Die factoren zijn bijvoorbeeld de bedrijfstak, de geografische verdeling van bedrijfsactiviteiten, de mate waarin gebruik wordt gemaakt van derden en contacten met de overheid.
- â—• **Risicobeperking:** heeft de target een adequaat complianceprogramma? Of dat zo is, hangt af van diverse factoren. Is er sprake van voldoende steun van de top van de onderneming voor het complianceprogramma? Is de *governance* effectief? En zijn er interne procedures, trainingen en klokkenluiderssystemen om omkopings- en corruptiepraktijken adequaat aan het licht te brengen en te bestrijden?
- â—• **Controlerisico:** hoe effectief is het ABAC-complianceprogramma van de target en wat is de kans dat het programma er niet in slaagt omkoping en corruptie te voorkomen of te identificeren?
- â—• **Restrisico:** hoe aannemelijk is het dat omkoping en corruptie zullen plaatsvinden ondanks de genomen risicobeperkende maatregelen?
- â—• **Belang voor het bedrijf:** wat zou de impact zijn op de target als omkopings- en corruptiepraktijken werden ontdekt nadat de overname is voltooid? Bij het maken van deze inschatting kunnen de volgende vragen aan bod komen:
  - á“  
Hoe goed presteert de target zonder omkopings- en corruptiepraktijken?
  - á“  
Wat kost het om het ABAC-programma binnen de target te verbeteren?
  - á“  
Wat is de impact van handhavingsacties of civiele claims op de financiële positie en reputatie van de target?

## 5. Wat zijn de voordelen van het uitvoeren van ABAC due diligence?

ABAC due diligence voorafgaand aan een M&A-transactie levert voor de koper belangrijke voordelen op. Dit betreft zowel de situatie voordat de transactie plaatsvindt als die erna:

- â—• **Verleden – beperken van aansprakelijkheid:** een adequate ABAC due diligence stelt de koper in staat om significante incidenten uit het verleden en bestaande problematische praktijken te ontdekken en verdere beslissingen daarop af te stemmen. Het ontdekken van onregelmatigheden betekent overigens niet noodzakelijkerwijs dat de overname niet moet worden aangegaan. Wel is het van belang om in zo'n geval de vervolgstappen zorgvuldig af te wegen tegen de risico's die aan de transactie verbonden zijn. Bovendien kan het uitvoeren van ABAC due diligence getuigen van de oprechte inzet van de koper om omkopings- en corruptiepraktijken te onthullen. Dit zou vervolgens tot een mildere houding van de autoriteiten kunnen leiden als er na de transactie toch een overtreding wordt opgespoord.
- â—• **Heden – waarden en contracteren:** door eventuele ABAC-risico's al te identificeren in de ABAC due diligence voorafgaand aan de transactie, kan de koper de waarde van de target beter inschatten. De risico's kunnen aanzienlijk zijn, bijvoorbeeld wanneer blijkt dat een groot deel van de winst van de target voortkomt uit omkopings- en corruptiepraktijken. Als deze praktijken worden stopgezet na de overname kan het bedrijf aanzienlijk in waarde afnemen. Ook is het belangrijk om de gevolgen van eerdere incidenten of lopende onderzoeken te verdisconteren in de waardering van de target. Hierbij valt te denken aan hoge boetes, plaatsing op een zwarte lijst, reputatieschade en *spill-over effects* binnen de organisatie van de koper. Daarnaast stelt de ABAC due diligence de koper in staat om risicobeperkende maatregelen overeen te komen met de verkoper, bijvoorbeeld in de vorm van vrijwaringen.

- â—• **Toekomst – effectieve controlemechanismen:** de beoordeling van de omkopings- en corruptierisico's bij de target stelt de koper beter in staat zich voor te bereiden op de integratieprocessen die volgen op de overname. Als die risico's zijn geïdentificeerd, kan de koper een integratieplan opstellen dat deze risico's het hoofd kan bieden. De inzichten die verkregen zijn door de ABAC due diligence helpen de koper onder meer te bepalen welk aanvullend onderzoek nodig is om compliancerisico's aan te pakken. Ook helpen die inzichten de koper prioriteiten te stellen bij het implementeren van een ABAC-programma na het voltooien van de transactie.

## 6. Hoe ver moet ABAC due diligence gaan?

Wat is de reikwijdte van het onderzoek? Hoeveel informatie moet er worden verzameld en hoe diepgaand moet deze informatie beoordeeld worden? Het antwoord op deze vragen is een kwestie van proportionaliteit: hoe hoger het risico op omkoping, des te intensiever de ABAC due diligence moet zijn.

In de praktijk betekent dit dat je eerst een voorlopige beoordeling moet maken ten aanzien van de in paragraaf 4 geformuleerde risico's. Deze eerste beoordeling moet plaatsvinden in een zeer vroeg stadium van het koopproces en is gebaseerd op de informatie die op dat moment bekend is. Met de voorlopige beoordeling als basis wordt een gedetailleerd onderzoeksplan ontworpen waarin de reikwijdte en de te nemen onderzoekstappen zijn vastgesteld. Het kan zo zijn dat in dit vroege stadium de beschikbare informatie mager is waardoor belangrijke risicogebieden over het hoofd worden gezien. Dientengevolge bestaat het gevaar dat men een verkeerd beeld vormt over de aanwezige (omkopings- en corruptie)risico's. Het is daarom van belang tijdens het verloop van het due diligence-proces doorlopend te evalueren of het onderzoek nog adequaat is om de geïdentificeerde risico's te adresseren.

## 7. Hoe moet ABAC due diligence worden uitgevoerd?

ABAC due diligence kan variëren in vorm, grondigheid, duur en kosten. Er is geen standaardaanpak, maar er zijn wel enkele stappen te onderscheiden die de structuur en effectiviteit van iedere ABAC due diligence ten goede komen.

## Due diligence: overzicht van het proces



**Stap 1 – Opzet van het due diligence-onderzoek:** voor ABAC due diligence zijn toereikende middelen nodig (bijvoorbeeld tijd, arbeid en budget). Een onderzoek kan gepaard gaan met diverse uitdagingen (het kan bijvoorbeeld tegenvallen hoeveel informatie beschikbaar is of hoe bereid de target is mee te werken). Daarom is het belangrijk dat het bestuur van de koper het onderzoeksproces onderschrijft en steunt. Als deze vereiste steun er is, begint het due diligence-onderzoek met een eerste risicobeoordeling op basis van de informatie die in dit stadium beschikbaar is. Het zal hier in de regel gaan om achtergrondinformatie uit openbare bronnen of om bedrijfsinformatie die de target vrijwillig heeft gedeeld. Vervolgens kan worden bepaald hoe uitgebreid de ABAC due diligence moet zijn en kan er een gedetailleerd stappenplan worden opgesteld dat de reikwijdte en omvang van het onderzoek bepaalt. Hierin worden ook de vervolgstappen opgenomen, de rollen en



verantwoordelijkheden van betrokken personen en een tijdslijn inclusief tussentijdse deadlines en de afgesproken onderzoeksacties.

ABAC due diligence kan nooit een volledig beeld geven van alle mogelijke risico's die aan een fusie of overname kleven. Daarom moet het due diligence-team prioriteiten stellen voor de reikwijdte van het onderzoek op basis van risico's (*risk-based approach*). Zo kan de periode die onderzocht wordt mede worden bepaald door de verjaringstermijnen voor strafbare gedragingen van de target. Ook kan tijdens een onderzoek prioriteit worden gegeven aan specifieke onderdelen van de bedrijfsvoering waarvoor een hoog corruptierisico geldt. Het due diligence-team kan bijvoorbeeld prioriteiten stellen op basis van de hoogte van de omzet van de target in bepaalde geografische markten, het corruptierisico dat met het land of de bedrijfstak geassocieerd wordt, eerdere incidenten, en algemene handhavingstrends binnen de betreffende markt of sector.

**Stap 2 – Informatie verzamelen:** ABAC due diligence is naast informatie die al in een vroeg stadium bekend is, gebaseerd op de informatie die de target op verzoek aan de koper verschaft. Het kan gaan om documenten zoals interne beleidsregels, procedures, organogrammen, interne rapporten, strategiedocumenten, verkoop- en distributie-informatie, aanbestedingsdata, auditdocumentatie en processtukken. Ook kan de koper de target vragen documenten toe te lichten en verklaringen af te geven, bijvoorbeeld via vragenlijsten. Indien nodig, kan de koper ter aanvulling van de schriftelijke informatie en documentatie bedrijfslocaties bezoeken en interviews houden met personeel van de target. Het kan hierbij marketing- en verkoopdirecteuren betreffen, maar ook bijvoorbeeld de Chief Financial Officer of ander personeel van de financiële afdeling. Een andere nuttige bron van informatie is het financiële administratiesysteem van de target.

**Stap 3 – Analyse en rapportage:** zodra alle relevante informatie is verzameld, komt de ABAC due diligence in de analytische fase. Nu worden de risico's van de target geëvalueerd en gekwalificeerd (als hoge, gemiddelde of lage risico's). Het is belangrijk dat deze analyse alle voor de target relevante ABAC-aspecten meeneemt. Dit zijn specifieke *red flags*, gevallen van omkoping of corruptie die tijdens de ABAC due diligence zijn geïdentificeerd, en omkopings- en corruptierisico's waaraan de target of gelieerde partijen onderhevig kunnen zijn. Voor deze laatste categorie kan aan de hand van ABAC due diligence beoordeeld worden wat het inherente omkopingsrisico is. Deze analyse wordt gemaakt op basis van de informatie over de betreffende sector, de geografische situering van de bedrijfsactiviteiten en de aard van de werkzaamheden van de target. Vervolgens moet worden vastgesteld of er een intern complianceprogramma bestaat, en als dat zo is, hoe dat functioneert. Ook moet worden gekeken naar de financiële controles zoals die worden toegepast binnen de target. Ten slotte zal een inschatting moeten worden gemaakt van het restrisico, genoemd in paragraaf 4, dat overblijft ondanks de genomen mitigerende maatregelen.

Op basis van deze beoordeling wijst ABAC due diligence uit wat het corruptierisico is van de target. Dit risico moet voor zover mogelijk gekwantificeerd worden in een geldelijke waarde, zodat de koper dit effect kan verdisconteren in de waardering van de target.

## 8. Het due diligence-onderzoek is afgerond – wat nu?

Wanneer het due diligence-onderzoek is afgerond, moet de koper allereerst beslissen of de transactie voortgezet wordt, en zo ja, onder welke voorwaarden. Deze beslissing hangt normaal gesproken af van factoren als:

- de omvang en ernst van de ABAC-risico's die geïdentificeerd zijn tijdens het onderzoek;
- de vraag in hoeverre de koper in staat is deze risico's op te lossen of op te vangen; en
- de risicobereidheid van de koper.

Stel dat er tijdens het onderzoek duidelijke indicaties zijn van omkoping. Dan zullen sommige kopers zich liever terugtrekken tenzij de verkoper voor het voltooien van de transactie alle risico's afdekt. Dit was bijvoorbeeld het geval bij de voorgenomen fusie tussen Lockheed Martin en Titan Corporation. Nadat de fusie was aangekondigd, kwam tijdens ABAC due diligence aan het licht dat consultants van Titan Corporation ervan verdacht werden ongeoorloofde betalingen te hebben gedaan aan buitenlandse overheidsfunctionarissen. Dit had tot gevolg dat in de fusie-overeenkomst een opschortende voorwaarde werd opgenomen dat Titan Corporation vóór het voltooien van de transactie de zaak met het *Department of Justice* moest afdoen. Toen Titan Corporation daartoe niet in staat bleek, trok Lockheed Martin in juni 2004 de stekker uit de transactie.

Een ander voorbeeld is de overname van InVision door General Electric. In die zaak kwam General Electric er tijdens de ABAC due diligence voorafgaand aan de overname achter dat InVision onoorbare betalingen had gedaan aan plaatselijke handelsagenten en distributeurs in Azië. General Electric stelde aan de overname de opschortende voorwaarde dat InVision dit FCPA-probleem moest oplossen voordat de transactie kon worden voltooid. Vervolgens deelden de partijen vrijwillig de bevindingen met het *Department of Justice* en de *Securities and Exchange Commission* en troffen zij schikkingen. InVision betaalde een boete van USD 800.000 en stemde ermee in mee te werken aan het onderzoek van de Amerikaanse autoriteiten. General Electric stemde op zijn beurt in met het afsluiten van een *Non-Prosecution Agreement* met de Amerikaanse autoriteiten waarin onder meer werd bepaald dat General Electric Invision zou integreren in zijn complianceprogramma en een onafhankelijke consultant zou aanstellen om de effectiviteit van de integratie te beoordelen.

Een andere interessante zaak was de overname van York Corporation door Johnson Controls Inc. in 2005. Johnson Controls Inc. was erachter gekomen dat voor de overname omkoping had plaatsgevonden door York Corporation om bepaalde overheidscontracten binnen te halen. Vervolgens heeft Johnson Controls Inc. deze incidenten zelf gemeld bij de Amerikaanse autoriteiten. Zowel de *Department of Justice* als de *Securities and Exchange Commission* besloten van vervolging van Johnson Controls Inc. af te zien voor de gedragingen van York die vóór de overname hadden plaatsgevonden. York wist na de overname de zaak te schikken met de Amerikaanse autoriteiten. York stemde ermee in het complianceprogramma van Johnson Controls Inc. verder te implementeren en een onafhankelijke consultant in te schakelen om de effectiviteit van het complianceprogramma te beoordelen.

## 9. Conclusie

Onder de huidige ABAC-wetgeving kan een koper in een M&A-transactie aansprakelijk worden gesteld voor eerder begane overtredingen van een target. Dit risico voor de koper is vooral groot als de koper geen zorgvuldig onderzoek heeft gedaan naar mogelijke ABAC-overtredingen of heeft nagelaten aangetroffen problemen te mitigeren. Onopgemerkte ABAC-overtredingen die hebben plaatsgevonden voor de overname, kunnen na de overname leiden tot waardeverlies en tot aansprakelijkheid van de koper. Niet alleen kan de koper worden geconfronteerd met hoge boetes voor omkoping- en corruptiepraktijken, maar hij kan ook voor andere onvoorziene problemen komen te staan. Hierbij valt te denken aan kostbaar openbaar onderzoek, de verstoring van de normale bedrijfsvoering, aanzienlijke reputatieschade en hoge kosten voor het oplossen van de aangetroffen problemen.

Het uitvoeren van grondige ABAC due diligence kan kopers veel ellende besparen. Nu de ABAC-handhaving door de autoriteiten wordt geïntensiveerd, wordt ABAC due diligence steeds belangrijker. Wat de reikwijdte en de diepgang van de ABAC due diligence moet zijn, verschilt per zaak en is afhankelijk van de aanwezige risico's en van de beschikbare middelen, tijd en informatie. In dit artikel hebben wij een overzicht gegeven van de belangrijkste stappen waarmee men zou kunnen beginnen bij ABAC due diligence.

De uitvoering van ABAC due diligence voorafgaand aan een transactie gaat dikwijls gepaard met problemen. Het succes van het onderzoek is afhankelijk van meerdere factoren, die niet allemaal door de koper beïnvloed kunnen worden, zoals de beschikbaarheid van en toegang tot relevante informatie. Als het onderzoek niet volledig kan worden uitgevoerd vóór een transactie, moedigen de Amerikaanse autoriteiten bedrijven aan het zo snel mogelijk ná de transactie te voltooien en geïdentificeerde problemen aan te pakken. Ook worden kopers aangemoedigd na de transactie de nodige stappen te nemen om de target in het eigen ABAC-programma te integreren. In dit stadium is het van belang eventuele zwaktepunten of blinde vlekken op het gebied van compliance te identificeren en ervoor te zorgen dat het overgenomen bedrijf zich houdt aan de toepasselijke regelgeving.

### Voetnoten

[1]

Sharon Oded is hoogleraar Corporate Naleving en Handhaving bij de Erasmus School of Law, Erasmus Universiteit Rotterdam en medewerker bij De Brauw Blackstone Westbroek N.V. (sharon.oded@debrauw.com) en Daniel Ceulen is medewerker bij De Brauw Blackstone Westbroek N.V. (Daniel.Ceulen@debrauw.com).

[2]

"OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions", beschikbaar via: [http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery\\_ENG.pdf](http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_ENG.pdf).

[3]

OECD (2014), OECD Foreign Bribery Report: An Analysis of the Crime of Bribery of Foreign Public Officials, OECD publishing, beschikbaar via: [http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/oecd-foreign-bribery-report\\_9789264226616-en#page4](http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/oecd-foreign-bribery-report_9789264226616-en#page4) (hierna: OECD Report).

[4]

OECD Report. p. 20.

[5]

Gibson Dunn 2014 Year-End FCPA Update, beschikbaar via: <http://www.gibsondunn.com/publications/pages/2014-Year-End-FCPA-Update.aspx>.

[6]

Als onderdeel van de schikking, moest Vimpelcom eveneens USD 397,5 miljoen betalen aan de Amerikaanse autoriteiten.

[7]

DNB heeft onlangs ook een meldpunt geopend waar mensen die in de financiële sector werken de noodklok kunnen luiden over mogelijke misstanden.

[8]

Beschikbaar via: <http://www.toezicht.dnb.nl/binaries/50-230094.pdf>.

---

[9]

Voor het persbericht van het *Securities and Exchange Commission*, zie: <https://www.sec.gov/news/press/2009/2009-23.htm>. Voor het persbericht van het *Department of Justice*, zie: <http://www.justice.gov/opa/pr/kellogg-brown-root-llc-pleads-guilty-foreign-bribery-charges-and-agrees-pay-402-million>.

[10]

Deze benadering is gekozen door de Amerikaanse autoriteiten in: U.S. Department of Justice and Securities and Exchange Commission, *Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act* (November 2012), beschikbaar via: <http://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf>. Zie ook U.S. Department of Justice, Criminal Division, Opinion Procedure Release No.: 10-02: Foreign Corrupt Practices Act Review (7 November 2014), beschikbaar via: <http://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2014/11/14/14-02.pdf>.