

Tokyo Dispute Resolution and Crisis Management Newsletter

March 2018

Edition No. 23

In this March edition, we are delighted to present legal and industry updates from the firm's global network of offices. The selection is based upon our experience of the wide variety of issues faced by our clients in their business operations and investments around the world.

We hope that you enjoy the edition, and would welcome the opportunity to discuss further any matters which impact your business today.



Chris Bailey
Partner, Tokyo
+81 (0)3 4510 5603
cbailey@kslaw.com



Oliver McEntee
Associate, Tokyo
+81 (0)3 4510 5620
omcentee@kslaw.com

"The firm has (including 12 retired partners) 22 fellows of the American College of Trial Lawyers, widely considered to be the premier litigation, trial practice and ethics association in the United States."

Trial and Global Disputes Practice Group

In This Issue:

Lead Article..... Page 1

Resources & Links.... Page 6

Our Team..... Page 7

Failed Deals: How to prevent them and how to win disputes about them

Introduction

It is an unfortunate fact of business life that transactions do not always turn out as hoped, and many—even those that are not consummated—end up in litigation. As trial lawyers, we have seen many transactions, including those involving Japanese parties, end up in litigation. Based on this experience, we discuss below some ways that parties to a transaction can protect themselves from post-closing disputes, or at least place themselves in a better position in the event a dispute arises. We then discuss strategies for successfully litigating disputes that do end up in court.

How Companies Can Protect Themselves

As American Statesman and philosopher Benjamin Franklin pointed out, "an ounce of prevention is worth a pound of cure." That is certainly true in business transactions. The likelihood of certain common disputes can be reduced by following several rules during negotiation and drafting of purchase agreements. Although the terms in deal documents will vary widely with the type of transaction, the following measures warrant consideration in almost all deals.

Make clear that no commitments are being made until a final contract is signed

The parties should clearly indicate in writing that *term sheets and letters of intent are non-binding*, and that only a definitive agreement, executed by both sides, will be binding.

It is not unusual for a party, frustrated when negotiations fail to produce a deal, to file a lawsuit claiming that a letter of intent or term sheet is enforceable. Courts in all the leading common law jurisdictions have relied on language stating that the term sheet or letter of intent is nonbinding to reject such claims. Conversely, buyers in transactions involving common law jurisdictions should be aware that common law courts rarely recognise liability for 'wrongful negotiation' and parties will not generally be able to recover wasted costs for a 'failed deal'. If a prospective buyer wants, among other things, exclusivity during negotiations, specific provision should be made for this, and the letter of intent/memorandum of understanding should provide both that the exclusivity provision is binding and for a suitable method of dispute resolution in the event of breach.

Conduct adequate due diligence

The scope of diligence will vary with the size and type of transaction, and in a large transaction can be expensive and time-consuming. Notwithstanding the pressures to get the deal done, parties who are too eager to close a transaction often regret their haste when they find themselves in a post-closing dispute.

Include specific representations and warranties

To the extent possible the definitive agreement should include *specific representations and warranties* tailored to the transaction. The agreement should also include an *integration* clause stating that neither party has relied on any representations, warranties, or promises not included in the final written agreement, and that any modifications of the agreement must be made in a writing signed by both parties. The integration clause will prevent either party from claiming that the other side made representations, warranties, or promises in addition to, or contrary to, the ones actually included in the final contract. Including specific representations and warranties, an ‘entire agreement’ clause, and a warranty of non-reliance (sometimes known as an ‘integration’ clause) saying the parties are relying on no others, guards against claims of fraud based on statements made during negotiations, but not included in the final definitive agreement.

Include warranties as to the seller’s knowledge where matters are uncertain

In some instances, the seller will not be in a position (or willing) to give unequivocal assurances as to certain matters. It is therefore not uncommon for acquisition agreements to contain warranties that certain information is accurate “*to the seller’s knowledge and belief*”. This type of provision allows the buyer to gain comfort that the seller is not deliberately hiding adverse information while relieving the seller of the need to give definite binding commitments about a matter that is not certain. If one of these clauses is adopted, the buyer should define in the agreement which natural persons’ knowledge is to be attributed to the seller to avoid arguments if a dispute arises about which person’s knowledge of an adverse fact will trigger a breach of the warranty.

Beware of relying on general forecasts and plans

One area where particular care should be taken in drafting warranties is in relation to forecasts. A common scenario that arises in acquisitions of many kinds is that the seller presents to the buyer a cash flow

forecast containing promising figures, only for the buyer to realise post-acquisition that the rosy picture painted by the forecast was overly optimistic.

The fact that a forecast proves to be untrue will not generally constitute a breach of a warranty of accuracy. It may carry with it an implied warranty or representations that the seller had reasonable grounds for the forecast, or at least did not know of circumstances that were likely to make it false. Proving that there were no reasonable grounds for the forecast, or that the seller did not know of circumstances likely to make it false, however, can be exceedingly difficult if a dispute arises unless the buyer is able to turn up a ‘smoking gun’ through discovery.

In a high-risk transaction, two strategies should be considered to address uncertainties associated with forecasts. The first is to pin down the assumptions that underlie the forecast and ensure that specific warranties are given in relation to these assumptions. The second is to make a portion of the consideration payable to the seller contingent on the acquisition achieving certain performance standards through appropriate ‘earn-out’ provisions.

Conduct question and answer sessions

These safeguards are important in relation to information that is actually disclosed. They do not, however, deal with situations in which information is withheld. This can be a particular problem in circumstances when a party is seeking to dispose of a ‘tainted’ asset affected by a problem that is not easy to discover through routine due diligence checks. The buyer rarely has legal redress in the event of a ‘pure’ non-disclosure. Many of the governing laws popular in transactions in Asia do not impose liability for non-disclosure in commercial deals: a seller can hold back adverse information provided that it does not represent or warrant anything that is impliedly or expressly untrue. Moreover, it can be difficult to draft contractual language imposing liability for non-disclosure. While it is conceptually possible for a seller to give a warranty that it is not aware of any circumstances that would materially affect the decision of the buyer whether to proceed with the transaction that have not been disclosed, sellers are rarely willing to provide such an open-ended warranty.

In addition to your review of the documents provided in due diligence, therefore, you should conduct rigorous question-and-answer sessions to tease out adverse information before the deal is done, because it will

often be very difficult to pursue the seller in the event that important information has been withheld, even where the non-disclosure is deliberate (or even dishonest). The questions and answers should be consolidated in a single document, with the seller then giving a warranty of the accuracy of the information in that document in the final agreement.

Beware of provisions that limit remedies for breach

Care should be taken in relation to provisions limiting non-damages based remedies: it is, for example, common for sellers to seek to include a 'no rescission' clause to prevent the transaction from being unwound in the event of an inaccurate warranty or representation.

Consider use of escrow agreements

Escrow agreements are especially important in larger transactions with greater risk and in situations with a high degree of information asymmetry between buyer and seller. From the buyer's perspective, the escrow account can be tied to specific warranties made by the seller, such as financial statement warranties. If those warranties turn out to be untrue, the buyer may be able to reclaim part of the purchase price through a purchase price adjustment process, often after review by a designated accountant. From the seller's perspective, an escrow account can protect the right to an earn-out. Earn-out provisions may specify the period of time covered by the earn-out provision, and the accounting principles to be used for measuring performance in order to minimize the risk of future disputes. An escrow provision assures liquid assets will remain available to pay if the earn-out is triggered.

Make provision for disputes

The definitive agreement can include several terms that will be valuable if a dispute should occur. A *forum selection and choice of law clause* specifies where any disputes must be resolved and what law will govern the dispute. If one of the parties does bring suit, these provisions avoid unnecessary and expensive disputes at the outset of litigation.

If the method of dispute resolution adopted is US court litigation, another provision to be considered is a *waiver of jury trial*. Jury trials can be expensive and less predictable than bench trials, and many businesses prefer to avoid them. It may also be appropriate to include a term limiting the types, or even the amount, of damages that can be awarded. *Exclusions of consequential damages* (such as damages for lost profits, which can often be speculative) or *punitive or*

exemplary damages (which are rare but not unheard of in commercial disputes) can limit the financial risk of post-closing disputes. The parties might also consider a damage limitation 'cap', limiting any damages award to, for example, the purchase price, the amount in escrow, or some other amount.

Many contracts to purchase or sell a business, especially contracts between persons from different countries, also include a clause requiring the use of *alternative dispute resolution*, such as mediation or arbitration. These methods often allow disputes to be resolved privately and more quickly than court litigation. *Non-binding mediation*, in particular, can provide a good pathway to resolution of a dispute if a skilled mediator is selected. Whenever possible, parties should identify the mediator and the terms of the mediation in the definitive agreement. Including a mandatory mediation provision without including robust details could end up costing the parties more in time and money by forcing the parties to engage in a mediation with little chance of resolving the dispute.

Arbitration can provide a binding way to resolve a business dispute, while allowing the parties a greater degree of control over the process than they would have in traditional litigation. As with mediation provisions, parties should strive to include adequate detail in the arbitration provision, including the venue, rules, location, and the number of arbitrators to be convened.

In cross-border transactions, especially those in emerging markets, international arbitration is ordinarily the best option, absent any specific reason or requirement to adopt domestic courts as the venue. The reason for this, simply put, is enforceability. Enforceability may not be a major consideration in a transaction involving a reputable seller based in the US with substantial assets within the jurisdiction. By contrast, where the seller and its assets are situated in an emerging market nation in which it may be difficult to enforce a foreign judgment, and where the local courts are not themselves a realistic venue for the dispute due to rule of law and other concerns, arbitration may be the only realistic option due to the relative ease of enforcing an arbitral award where an award debtor has assets under the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Arbitral Awards.

Types of Disputes and Strategies for Addressing Them

Even with careful negotiation and drafting, disputes may still arise. These disputes frequently take one of

three forms: (1) purchase price adjustment disputes before an accountant, (2) arbitration, or (3) court litigation before either a judge or jury. Each type of dispute is discussed below.

Purchase Price Disputes

Many purchase agreements contain a purchase price adjustment provision that allows the parties to defer resolution of certain valuation questions until the buyer has had an opportunity to take over and begin running the business. These provisions often require disputes about the amount of purchase price adjustment, if any, to be brought before an accountant.

Submitting this type of dispute to an accountant may have the benefit of low cost and an expeditious resolution of discrete issues. The definitive agreement should specify the accountant who will serve as the expert in such a dispute and what accounting standards will apply. For instance, will generally accepted accounting principles (GAAP) apply, or will International Financial Reporting Standards (IFRS) apply? Will allowances be made for past accounting practices of the entity, to the degree those practices have deviated from accounting standards?

Failure to negotiate these terms ahead of time can lead to delay, tangential disputes, and unpredictable outcomes. Parties should also understand that, unlike arbitrators or judges, accountants are less likely to consider equitable factors and are more likely to base their determination on the express terms of the definitive purchase agreement.

Arbitration

Arbitration is used to resolve a broader range of disputes and is often seen as a condensed or “mini” trial. As in litigation, time should be spent at the outset assessing the legal claims and defenses (including determination of whether any counterclaims exist), developing fact and expert witness testimony, and developing the overall themes of the case. Special attention must be paid to selecting an appropriate arbitrator. As discussed, a well-drafted agreement to arbitrate will lay out the process to be used in selecting and appointing an arbitrator or arbitral panel or will call for the application of the rules of a particular arbitral institution with its own rules for selecting an arbitrator.

Choice of arbitration rules

Many arbitral tribunals and rules are available to choose from, including the International Chamber of

Commerce, the Singapore International Court of Arbitration, the Japan Commercial Arbitration Association, the American Arbitration Association, the London Court of International Arbitration, and the Hong Kong International Arbitration Centre.

Parties less familiar with the intricacies of arbitration practice sometimes choose an “ad hoc” arbitration procedure. Buyers should, however, only accept an ad hoc process if the agreement spells out precisely the rules governing the arbitration procedure, the seat of the arbitration, and a mechanism for appointing the Tribunal absent agreement. One point parties frequently overlook when ad hoc arbitration is proposed is that institutional rules not only provide a framework for the conduct of arbitration proceedings themselves; they also invest the institution with certain powers of appointment which help to get the process moving quickly. In the absence of an agreed appointing authority, the parties are forced to go to a local court to have a presiding arbitrator appointed. A common delaying tactic in some Asian jurisdictions is to refuse consent to the presiding arbitrator, requiring the other party to go to court to have an arbitrator appointed. In our experience, this can take many months, indeed years.

Cost-effectiveness

Arbitration is frequently seen as a more cost effective alternative to litigation. This is only true to a limited extent. In the US, for example, our experience is that parties to arbitrations often seek discovery from each other—exchanges of relevant documents and pre-hearing depositions of witnesses under oath—and arbitrators tend to allow such discovery unless the agreement expressly forbids it. By contrast, within Asia, depositions are not the norm, and document production tends to be more limited in scope than US or English litigation. Nonetheless, the production process remains a substantial undertaking. The parties in arbitration must also pay for the arbitrator(s) as well as the fees of the sanctioning tribunal and associated facility costs.

Parties can control discovery costs in arbitration by agreeing ahead of time to limit document production and, if relevant, depositions — such as by limiting the number of document requests or deposition notices each side can propound. Whether adopting restrictions on disclosure is desirable or not will ultimately depend on whether the scale of the transaction justifies potentially higher costs in the event of dispute. Buyers

will typically benefit from wider-ranging disclosure, because they will often need to rely on the sellers' internal records to establish, for example, that warranties and representations were untrue or forecasts inaccurate.

Confidentiality

Putting aside the basic consideration that commercial parties generally do not want to wash their dirty linen in public, confidentiality is a key consideration from the perspective of protecting the buyer in the event that it does not prevail. If the buyer loses in litigation, the market will know that it has a tainted asset it wishes to dispose of, which may ultimately lead to a 'fire sale'.

One further important consideration about arbitration is that the right to appeal from or seek judicial review of an arbitrator's decision is limited by comparison to litigation. Once entered, a binding decision by an arbitrator is almost always final. In cross-border arbitration, the extent to which an arbitral award can be challenged depends on the 'seat', or the legal place, chosen for the arbitration.

Litigation

If the parties' are unable to resolve their dispute amicably, litigation can be costly and time consuming. Before bringing suit, the aggrieved party should determine whether the purchase agreement contains a forum selection clause for litigation. If there is a forum selection clause, the lawsuit will likely need to be brought in that jurisdiction, but if there is no such clause, the aggrieved party should consult with litigation counsel about the most favorable possible venues for litigation.

In the US, federal courts are experienced in addressing and resolving disputes involving foreign parties, and have a strong reputation for treating foreign companies fairly. In particular, the federal courts for the Southern District of New York and the District of Delaware, for example, are respected as having a high degree of familiarity with complex business transactions and international deals. US courts vary in the length of time they take to resolve disputes. In December 2016, United States district courts, for example, reported median times of between one and five years for civil cases to proceed from filing to trial, with the majority of districts reporting median times of just over two years.

Among non-US venues, the English Commercial Court is renowned as an elite dispute resolution forum with a global reputation for predictable and rigorous

enforcement of M&A contracts in accordance with their terms. The timelines for the processing of a case from filing to trial are similar to those in the US district courts, and like US courts the English courts are not reluctant to use their powers to dismiss hopeless cases summarily.

Japanese companies should not be deterred from bringing an appropriate lawsuit, or from defending a lawsuit vigorously, but should be aware of the investment of time that may be required to succeed in litigation. Most importantly, as Mr. Franklin warned, an ounce of prevention is worth a pound of cure.

About the Authors

Bobby R. Burchfield is a partner in the Trial and Global Disputes Practice Group in Washington D.C. Bobby tries cases and argues appeals throughout the United States, including before the Supreme Court of the United States. He specializes in complex trials and appeals for major corporations, particularly in antitrust, securities, and contract disputes. Benchmark Litigation named him as a 2018 "National Litigation Star," and he was one of five nominees in the country for Benchmark's "2016 General Commercial Litigator of the Year" award. He currently serves as Ethics Advisor to the Donald J. Trump Revocable Trust, which holds President Trump's business interests. Previously, he served by appointment of President George W. Bush on the Antitrust Modernization Commission. He clerked for Judge Ruggero J. Aldisert of the U.S. Court of Appeals for the Third Circuit, received a J.D. with Honors from the George Washington Law School where he was Editor-in-Chief of the Law Review, and received a B.A. from Wake Forest with distinction in Economics and Politics.

Chandra M. Kurien is an associate in the Trial and Global Disputes Practice Group in New York, New York. She focuses on complex litigation for large corporations, including trademark, antitrust, and contract disputes. Her experience also includes white-collar criminal defense and corporate internal investigations. Chandra received her law degree from the Georgetown University Law Center, and received a B.A. with Honors from Middlebury College.

Resources & Links

The following links provide access to further King & Spalding Dispute Resolution and Crisis Management publications.

Legal Updates

Witness Examination: Recalling an Expert Witness in 'Rebuttal'

Document Production: Limitation on Arbitrators' Power to Compel Production of Documents

Litigation Privilege: UK Court Takes a "Realistic" and "Commercial" Approach in the Context of Internal Investigations

Contract Classification: New Test For Offshore Oilfield Services Contracts

US Trade: President Trump Signs Section 232 Proclamations On Steel And Aluminum Imports

English Duty of Care: Court of Appeal Rejects UK Parent Company Duty of Care to Those Affected by Pipeline Operations

Environmental Actions: Environmental Citizen Suits - A Growing Trend Under the Trump Administration

FSRU Considerations: Developing an FSRU Project in New Markets: 10 Key Considerations

LNG in Asia: Gas Market Reform in Asia: an Update on the Implementation of Third Party Access to LNG Import Terminals

Infrastructure in US: Rebuilding Infrastructure in America - Infrastructure Update

King & Spalding News

Recognition: King & Spalding Earns Strong Results in Chambers Global 2018 Guide

Recognition: Acritas Research Ranks King & Spalding Among Top 20 U.S. Law Firm Brands

Partner Hires: Zach Fardon, John Hooper and Jim Woolery are listed among The American Lawyer's "25 Biggest Lateral Moves of 2017"

Case News: Bobby Burchfield obtains a unanimous U.S. Supreme Court victory for his client, CNH Industrial NV.

Recognition: Latin Lawyer 250 Recognizes King & Spalding Among the Region's Leading International Law Firms

Recognition: Law360 Names King & Spalding's Product Liability Practice a Practice Group of the Year

Case News: Alex Calfo's Johnson & Johnson case is ranked no. 1 on Courtroom View Network's "Most Impressive Defense Verdicts of 2017"

Toyota & Takata: John Hooper secures final approval of class action settlement with Toyota and other auto manufacturers in Takata litigation

The Tokyo Disputes Team



Chris Bailey – Partner
England & Japan*
Head of Tokyo Disputes



Oliver McEntee
English Barrister
Japanese



Flora Jones
London Desk
Italian & Spanish



John McClenahan
Australia & Japan*
Tokyo Managing Partner

The Asia Disputes Team



John Savage, QC
England & France
Queen's Counsel



Wade Coriell – Partner
Texas
Energy



Elodie Dulac – Partner
France & Cambodia*
Investor Treaty



Emerson Holmes – Partner
English Barrister
Construction



Simon Dunbar – Partner
New York & England
Commercial



Manuel Bautista, Jr.
New York & Philippines
Commercial



Donny Low
New York & Australia
Anti-trust & Investigations



Jia Lin Hoe
England & Singapore
Mandarin



Adam Gregory
Australia
Construction



Hanna Azkiya
Indonesia
Bahasa Indonesia



David Park
Australia
Korean



Xiaomao Min
China
Mandarin

US Litigation Team Leaders



Bobby Burchfield
Washington D.C.



Phyllis Sumner
Atlanta



Bobby Meadows
Houston



John Hooper
New York



Richard Marooney
New York



Charles Correll
San Francisco



Andrew Bayman
Atlanta



Carol Wood
Houston

* Registered Foreign Lawyer

東京オフィス 紛争解決・
危機管理ニュースレター

2018年3月

第23号

本3月号では、当事務所のグローバル・ネットワークから法務・業界アップデートをお届け致します。このトピックは、全世界で当事務所のクライアントがその業務や投資において直面した広範な問題に関する当事務所の経験に基づき選択されました。

本号がお役に立つことを願い、今日において皆様のビジネスに影響を及ぼす事項について更に意見交換をさせていただく機会を心待ちにしております。



クリス・ベイリー
パートナー
東京オフィス

+81 (0)3 4510 5603
cbailey@kslaw.com



オリバー・マッケンティー
アソシエート
東京オフィス

+81 (0)3 4510 5620
omcentee@kslaw.com

「当事務所は（引退した12名のパートナーを含め）22名の米国法廷弁護士会（ACTL）のフェローを擁する。ACTLは、米国において訴訟、審理実務、倫理に関する主要な団体として広く認められている。」

Trial and Global Disputes Practice Group

本号：

本文.....	1頁
資料&リンク....	7頁
当事務所チーム.....	8頁

ディールの失敗を防ぐ方法と 紛争になった場合の戦略

序論

残念ながら、ビジネスライフにおいては、取引が常に希望通りの結果になるとは限らない。少なからぬ事例（中には取引の完了に至っていないものもある。）が、訴訟で終わっている。私たちは法廷弁護士として、日本企業が当事者のものも含めて、多くの取引が訴訟で終わるのを目にしてきた。この経験を踏まえて、以下では取引の当事者がクロージング後の紛争から身を守る、あるいは少なくとも紛争が発生した場合に有利な立場に立つためにはどうすべきかを論じる。その上で、最終的に訴訟になった場合に優位に争うための戦略についても論じる。

会社を守る方法

アメリカの政治家で賢人であったベンジャミン・フランクリンが指摘したように、「1オンスの予防は1ポンドの治療に値する」。これはもちろん商取引にも当てはまる。売買契約の交渉と起草の段階でいくつかのルールを守ることによって、起こりがちな訴訟の可能性をある程度減らすことができる。取引のタイプによってディール書類に含まれる条件は大きく異なるものの、以下の措置を講じることは、ほぼすべてのディールにおいて考慮に値するだろう。

最終契約に署名されるまでは、いかなる約束もなされないことを明確にする

両当事者は、タムシートや契約予備書面（LOI）は拘束力を持たず、双方が署名した正式契約のみが拘束力を有することを、書面で明確に示すべきである。

交渉がディールに至らなかった場合に、これを不服とする当事者が、契約予備書面やタムシートは強制執行可能であると主張して訴訟を起こすことは珍しくない。すべての主要なコモンロー法域の裁判所は、タムシート又はLOIは拘束力を持たないとの文言があれば、これに依拠してかかる主張を退ける。逆に言えば、コモンロー法域が関係する取引で買い手になるなら、この法域の裁判所が「不正な交渉」に対する責任を認めることはまずなく、取引の当事者は「失敗したディール」のために無

駄になった費用を回収できないのが普通であることを知っておかなければならない。買い手になる側が、独占的な交渉などを望むのであれば、この点を具体的に示す規定を設けるべきであり、LOIや了解覚書（MOU）で、この独占性に関する規定が拘束力を有することと、違反があった場合の適切な紛争解決方法の両方について定めておくべきである。

十分なデューディリジェンスを実施する

デューディリジェンスの範囲は取引の規模と種類によって異なり、大規模な取引の場合は大変な費用と時間がかかることもある。ディールを行わなければならないというプレッシャーはあるだろうが、どうしても取引のクロージングを行いたいがために急いだ当事者は、往々にしてクロージング後に紛争になってから、その性急さを後悔するものである。

明確な表明保証を含める

可能な限り、正式契約にはその取引に合わせた**明確な表明保証**を含めるべきである。また、いずれの当事者も最終的な書面による契約に含まれる以外のいかなる表明、保証又は約束にも依拠していないこと、及び契約の変更は両当事者が署名した書面によらなければならないことを述べた、「完結性」条項も含めるべきである。完結性条項は、一方の当事者が、相手方当事者は実際に最終契約に含まれるもの以外の、又はこれに反する表明、保証又は約束を行った、と主張することを防ぐ条項である。当事者は当該契約以外に依拠しないという内容の明確な表明保証、「完全合意」条項、及び「完結性」条項（依拠しないという保証）を含めることで、交渉中に行ったが最終的な正式契約には含めなかった言明を根拠に、不正があったと主張されることを予防できる。

不確実な事項がある場合の売り手の認識に関する保証を含める

場合によっては、売り手が特定の事項について確実に保証できる立場にない（又は望まない）ことがある。したがって、特定の情報が「売り手が知り且つ信じる限りにおいて」正確であるという保証が買収契約に含まれるのは珍しいことではない。この種の規定によって、買い手は売り手が不都合な情報を故意に隠しているのではないという安心

を得る一方で、売り手を不確実な事項について拘束力のある確約をする必要から解放することができる。このような条項を採用する場合、買い手は、どの自然人が知っていれば売り手が知っていることになるのかを、契約書の中で定義しておくべきである。これは、紛争が生じた際に、不都合な事実をどの自然人が知っていたならこの保証の違反になるのか、争いになるのを防ぐためである。

一般的な予想および計画に依拠するのは要注意

保証について起草する際に特に注意を要するのは、予測に関することである。さまざまな買収取引でありがちなシナリオは、売り手が見込みのありそうな数値が含まれたキャッシュフロー予測を買い手に示し、買い手は買収後に初めて、その予測が描くバラ色の未来は過度に楽観的だったことに気づく、というものである。

予測通りにならなかったという事実は、必ずしも正確性の保証の違反を構成しない。この保証は、当該予測に関して売り手には合理的な根拠がある、又は少なくとも当該予測がはずれる可能性のある状況について売り手は知らないという黙示の表明又は保証を伴うものだ、という考えもあるかもしれない。しかし、紛争が生じた場合、当該予測に合理的な根拠がなかった又は当該予測がはずれる可能性のある状況について売り手が知っていたと立証するのは、買い手がディスカバリーで「決定的物証」を発見しない限り、極めて難しいだろう。

リスクの高い取引においては、予測に関連する不確実性に対処するため、以下の2つの戦略を考慮すべきである。1つは、その予測の基になっている仮定を特定し、当該仮定に関する具体的な保証をさせることである。2つめは、適切な「アーンアウト」条項を定めて、売り手に対する対価の一部の支払を、買収によって一定の業績基準が達成されることを条件にすることである。

質疑応答の機会を設ける

これらの防衛手段は、実際に開示された情報に関しては重要である。しかし、情報が提供されていない状況では役に立たない。これが特に問題になるのは、当事者が、普通のデューディリジェンスによるチェックでは発見するのが難しい問題によって「汚れた」資産を処分しようとしているときである。「純粋な」非開示の場合、買い手が法的

な救済を得られることはまずない。アジアでの取引で一般的に用いられる準拠法の多くでは、商取引における情報非開示に対する責任は問われない。売り手は、黙示又は明示的に虚偽の表明又は保証をしない限り、不都合な情報を隠しておくことができるのである。また、契約起草時に非開示について責任を負わせる文言を含めるのは難しいこともある。概念上は、売り手が、取引を進めるか否かという買い手の判断に重大な影響を及ぼし得る状況で開示されていないものは認識していないと保証することは可能だが、売り手がそのような無制限の保証を厭わないことはまれである。

したがって、買い手はデューディリジェンスで提供される文書のレビューをするだけでなく、徹底的な質疑応答の機会を設けて、取引を実行する前に不都合な情報を引き出す努力をすべきである。なぜなら、重要な情報が開示されていない場合、たとえそれが故意、さらには不正によるとしても、売り手を追求することは大概非常に困難だからである。質疑応答の内容は、1つの文書にまとめ、この文書に含まれる情報の正確性を最終契約で売り手に保証させるべきである。

違反に対する救済を制限する規定は要注意

損害賠償以外による救済を制限する規定については、注意が必要である。例えば売り手が、表明又は保証に誤りがあった場合に取引が取り消されるのを防ぐために、「解除禁止」条項を含めようとすることはよくある。

エスクロー契約の利用を検討する

エスクロー契約がとりわけ重要になるのは、規模が大きくリスクが高い取引や、買い手と売り手の間に情報の著しい非対称性がある場合である。買い手の観点からは、エスクロー口座は、売り手による特定の保証（財務報告書に関する保証など）と結び付けることができる。かかる保証が真実でないと分かった場合、買い手は買収価格調整プロセスを通じて買収価格の一部を取り戻すことができる（大抵は、指定された会計士によるレビューの後）。売り手の観点からは、エスクロー口座によって、アーンアウトの権利を確保することができる。アーンアウト条項では、後に紛争が生じるリスクを最小限に抑えるため、当該条項の対象期間や、業績の評価に用いる会計原則を指定するこ

とができる。エスクローの規定によって、アーンアウトがトリガーされた場合に支払に利用可能な流動資産を確保しておくことができる。

紛争に関する規定を設ける

正式契約に、万が一紛争が生じた場合に役立つ条件を含めておくことができる。法廷地選択及び準拠法選択条項は、紛争が発生した場合にどこで解決するか、どの法律が適用されるかを指定するものである。これらの規定により、いずれかの当事者が訴訟を起こす場合に、訴訟の最初の段階で不要な、かつ費用のかかる争いが生じることを防げる。

紛争解決の手段を米国の裁判所での訴訟とするのであれば、陪審審理の放棄に関する規定を設けることも考慮すべきである。陪審審理は非陪審審理に比べて費用がかかり、予測可能性も低くなりがちであり、これを避けたがる企業は多い。認められる損害賠償の種類や、あるいは金額も制限する規定を含めるのも良いだろう。間接損害賠償（逸失利益に対する賠償など。これは憶測に基づくものになりがちである。）や懲罰的損害賠償（商事紛争ではまれだが、まったく聞かないわけでもない。）の排除規定を設けることで、クロージング後の紛争で生じる金銭的なリスクを制限することができる。また、認められる損害賠償額を、例えば買収価格、エスクローの金額などに制限する、損害賠償額の「上限」規定も検討に値する。

事業売買契約、とりわけ異なる国の当事者間の契約では、調停や仲裁のような代替的紛争解決手段の利用を義務付ける条項を含めることが多い。これらの手段により、多くの場合、非公開で、裁判より迅速に紛争を解決することができる。中でも拘束力のない調停手続は、熟練した調停人を選べば、紛争解決に結びつきやすい。できる限り、調停人及び調停の条件を正式契約で特定しておくべきである。調停を義務付ける規定がありながら詳細が確定していないと、紛争解決の見込みがほとんどないにもかかわらず調停に持ち込まなければならないため、両当事者により多くの時間と費用がかかることになりかねない。

仲裁は、拘束力を有する商事紛争の解決手段である一方で、伝統的な訴訟に比べて当事者が過程を管理する自由度は高い。仲裁の規定にも、調停の

規定と同様に、十分な詳細（仲裁地、規則、場所、仲裁人の人数など）を含めるよう努力すべきである。

クロスボーダー取引、とりわけ新興市場での取引の場合は、国内の裁判所を仲裁地にする特別な理由や必要性がない限り、通常は国際仲裁が最良の選択肢である。その理由を一言で言えば、執行可能性である。売り手が米国を拠点とする信頼できる企業であり、当該法域内に相当の資産を有している場合には、執行可能性は重要な検討事項にはならないかもしれない。一方、売り手とその資産が新興市場国にあり、その国において外国判決の執行は難しい可能性があり、同国の裁判所は法の支配その他の懸念から紛争解決地として現実的でない場合には、仲裁が唯一の現実的な選択肢になるかもしれない。なぜなら、「外国仲裁判断の承認及び執行に関する条約」（通称ニューヨーク条約）のため、仲裁の債務者に資産があれば、仲裁判断の執行は比較的容易だからである。

紛争の種類とそれぞれに対する戦略

注意深く交渉と起草を行っても、紛争が起こることはある。かかる紛争は、(1) 買収価格調整に関する紛争（会計士の前で争われる。）、(2) 仲裁、(3) 裁判（裁判官又は陪審の前で争われる。）のいずれかの形を取ることが多い。以下では、そのそれぞれについて論じる。

買収価格に関する紛争

売買契約には、買収価格調整に関する規定が含まれることが多い。これは、当事者が特定の評価に関する問題の解決を買い手が事業を引き継ぎ経営を開始するまで先送りすることを許可するものである。かかる規定では、買収価格調整の金額に関する争いが生じた場合には、会計士の前で解決することを義務付けることが多い。

この種の紛争を会計士に委ねることには、費用を抑え、別々の争点を迅速に解決できるという利点があるかもしれない。正式契約では、かかる紛争において専門家の役割を果たす会計士と、適用する会計基準を指定しておくべきである。例えば、一般に認められた会計原則（GAAP）を適用するか、国際財務報告基準（IFRS）を適用するか、その事業体が過去に行っていた会計実務を大目にみるのか、そうであれば会計基準からの逸脱がどの

程度ならよしとするのか、などである。

このような条件について予め交渉しておかないと、遅延、本筋から外れた紛争、思わぬ結果などが生じる可能性がある。会計士は仲裁人や裁判官と違い、公平性という要素を考慮する可能性は低く、正式な売買契約の明示的な条件を判断の根拠にする可能性が高いということも理解しておく必要がある。

仲裁

仲裁は、より広範な紛争の解決手段として利用されており、ミニ裁判と見られることも少なくない。訴訟の場合と同様に、最初に時間をかけて、法的な請求及び防御の評価（反対請求の有無の判断を含む。）を行い、事実や専門家証人の証言を発展させ、事件の全体的なテーマをふくらませておくべきである。適切な仲裁人の選択には、特に注意が必要である。すでに述べたように、十分な仲裁合意を起草するには、仲裁人又は仲裁委員会の選択と指名のプロセスを設計するか、あるいは仲裁人の選択に関する独自の規則を有する特定の仲裁機関の規則の適用を求めるようにする。

仲裁規則の選択

仲裁裁判所及び仲裁規則は、国際商業会議所、シンガポール国際仲裁センター、日本商事仲裁協会、米国仲裁協会、ロンドン国際仲裁裁判所、香港国際仲裁センターなど、多くの中から選択することができる。

仲裁実務の複雑さに慣れていない当事者は、「アドホック」仲裁手続き（案件ごとに当事者間で合意する手続きによる仲裁）を選択することがある。しかし、買い手としては、アドホック手続きを受け入れるのは、仲裁手続きに適用される規則、仲裁地、及び合意に至らなかった場合に裁判所を指定する仕組みを契約で詳細に定めている場合に限るべきである。アドホック仲裁が提案される場合に当事者が見落としがちなポイントのひとつは、仲裁機関の規則は仲裁手続きの実施に関する枠組みを提供するだけでなく、一定の指名権を仲裁機関に与えるものでもあり、これが手続きを迅速に進めるために役立つということである。仲裁人指名機関に関する合意がない場合、当事者は地元の裁判所に行って仲裁人長を指名してもらわなければならない。アジアの法域でありがちな遅延を招

く戦術に、仲裁人長に関する同意を拒み、相手方当事者を仲裁人の指名のために裁判所に行かせる、というものである。私たちの経験では、このために数か月、それどころか何年もかかる場合がある。

費用効果

仲裁は、訴訟より費用効果の高い代替手段と見られることが多い。しかしこれが当てはまるのは、限られた範囲内である。例えば米国の場合、私たちの経験では、仲裁の当事者はしばしば互いのディスカバリー（関連文書の交換と、審理に先立つ証人の宣誓証言録取）を求め、仲裁人は、契約で明確に禁止されていない限り、このディスカバリーを許可する傾向がある。一方アジアでは、証言録取は一般的でなく、文書の提出の範囲も米国や英国での訴訟の場合より限定される傾向がある。にもかかわらず、文書提出の手続きは大変な負担になっている。仲裁の当事者は、仲裁人への支払のほか、承認を行う裁判所の手数料及や関連する設備費用も支払わなければならない。

当事者が仲裁におけるディスカバリーの費用を抑えるには、予め文書提出や、該当する場合には証言録取の制限について合意しておくことである。例えば、各当事者が申し込める文書請求や証言録取通知の数を制限するなどの方法がある。開示の制限を採用するのが望ましいか否かは、最終的には、紛争が生じた場合に費用が高くなる可能性を正当化するほど取引の規模が大きいかにによって決まる。買い手にとっては、概して開示の範囲が広い方が有利である。なぜなら、例えば売り手の表明保証が真実でなかった又は予測が不正確であったことを立証するには、多くの場合、売り手の社内記録に頼る必要があるからである。

秘密保持

一般に商取引の当事者は内輪の恥を人前にさらすことを嫌がるという基本的な考慮事項を別として、買い手が勝訴できなかった場合に身を守るという観点からも、秘密保持について検討することは重要である。買い手が訴訟で負けた場合、処分したい「汚れた」資産があることが市場に知られてしまい、結局「安売り」せざるを得なくなる可能性があるためだ。

仲裁に関して考慮すべきさらに重要な点は、仲裁人の裁定について上訴する又は司法審査を求める

権利は、訴訟の場合と比べて制限されるということである。仲裁人による拘束力のある裁定は、いったん記録されれば、ほぼ必ず最終的なものとなる。クロスボーダー仲裁の場合、仲裁判断への異議申し立てがどの程度まで可能かは、選択された仲裁地、すなわち法的な場所によって異なる。

訴訟

両当事者が紛争を友好的に解決することができない場合、訴訟には多くの時間と費用がかかる可能性がある。利益を侵害された当事者は、訴訟を起こす前に、売買契約に訴訟の法廷地選択に関する条項が含まれていないか確認すべきである。法廷地選択条項がある場合は、当該法域で訴訟を起こす必要があるだろうが、かかる条項がないときは、訴訟を起こせる最も有利な裁判地はどこか、弁護士に相談すべきである。

米国の場合、連邦裁判所は外国の当事者が関係する紛争の扱いと解決に慣れており、外国企業を公平に扱っているという確固たる評判を得ている。とりわけ、ニューヨーク州南部地区とデラウェア州の連邦地方裁判所は、複雑な商取引や国際取引に精通しているとの定評がある。米国の裁判所で紛争の解決にかかる時間はさまざまである。例えば、2016年12月の米国の各地方裁判所からの報告によれば、民事訴訟の提起から審理までにかかる平均期間は1年から5年の間であり、過半数の地方裁判所は平均して2年強であると報告している。

米国以外の裁判地では、英国商事裁判所が紛争解決の優れた裁判地として有名であり、M&A契約をその条件に従って予想し得る通りに厳格に強制執行することについて世界的に定評がある。訴訟の提起から審理までの所要時間は、米国の地方裁判所と同じ程度である。また米国の裁判所と同様に、英国の裁判所も、解決の見込のない訴訟は躊躇なく即座に却下する権限を行使している。

日本企業は、適切な場合に訴訟を起こす又は訴訟で積極的に防御することを思いとどまるべきではないが、訴訟で良い結果を得るには多くの時間を費やす必要があることを認識しておかなければならない。フランクリンが忠告したように、1オンスの予防は1ポンドの治療に値するというのが、何より重要なのである。

著者について

ボビー・R・バーチフィールド (Bobby R. Burchfield) は、ワシントンの審理及びグローバル紛争プラクティスグループのパートナーです。同氏は、最高裁判所におけるものも含め、訴訟の審理、上訴請求などを米国各地で行っています。複雑な審理、大企業の上訴などを専門とし、とりわけ反トラスト、証券、契約に関する紛争に特化しています。2018年に Benchmark Litigation により「National Litigation Star」（スター性のある訴訟弁護士）に選出されました。Benchmark の「2016 年一般商事訴訟弁護士オブザイヤー」にノミネートされた、国内で 5 名のうちのひとりでもあります。現在、トランプ大統領の事業利益を保有するドナルド・J・トランプ不確定信託の倫理顧問を務めています。以前は、ジョージ・W・ブッシュ大統領の指名により、反トラスト法現代化委員会にも参加していました。米連邦第 3 巡回区控訴裁判所のルジェロ・J・アルディサート裁判官付き書記官を務めました。ジョージ・ワシントン大学法学部で法学博士号を取得（優等）、同学部では法律雑誌の副編集長を務めました。ウェイクフォレスト大学で経済学及び政治学の学士号を取得しました（優等）。

チャンドラ・M・クリエン (Chandra M. Kurien) は、ニューヨーク州ニューヨーク市の審理及びグローバル紛争プラクティスグループのアソシエートです。大企業の複雑な訴訟を中心に、商標、反トラスト、契約に関する紛争などを扱っています。ホワイトカラー犯罪の弁護、企業の内部調査などの経験も有しています。ジョージタウン大学ローセンターで法律の学位を取得、ミドルベリー大学で学士号を取得しました（優等）。

リソース及びリンク

下記のリンクから、King & Spalding による紛争解決及び危機管理の発表内容にアクセスできます。

法務アップデート

証人尋問: 「反証」への専門家証人の召還

英国注意義務: 英控訴院、パイプライン運転の影響を受けた者に対する英親会社の注意義務を認めず

書類提出: 仲裁人が第三者に書類の提出を強制する権限を制限

環境行動: 環境市民訴訟 – トランプ政権下で増加傾向

訴訟関連情報免責特権: 英裁判所、内部調査において「現実的」で「商業的」なアプローチを採用

FSRU 事項: 新市場での FSRU（浮体式 LNG 受入施設）プロジェクト開発: 重要な考慮事項 10

契約分類: 沖合油田業務契約のための新たなテスト

アジアにおけるLNG: アジアのガス市場改革: LNG 輸入施設の第三者利用制度導入に関する最新情報

米国貿易: トランプ大統領、通商拡大法 232 条に基づき鉄鋼・アルミに関税を課す布告に署名

米国におけるインフラ: アメリカのインフラ再建 – インフラ関連の最新情報

当事務所ニュース

評価: King & Spalding が Chambers Global 2018 Guide で好評価

評価: Latin Lawyer 250 が King & Spalding を同地域の大手国際的法律事務所に認定

評価: Acritas Research の米国法律事務所ブランドトップ 20 に King & Spalding がランク

評価: Law360 が King & Spalding の製造物責任プラクティスを「Practice Group of the Year」に選出

パートナー採用: Zach Fardon、John Hooper、Jim Woolery が The American Lawyer の「25 Biggest Lateral Moves of 2017」に選出

案件ニュース: Alex Calfo の Johnson & Johnson 案件が Courtroom View Network の「2017 年最も印象に残った評決 – 被告側」の第 1 位を獲得

案件ニュース: Bobby Burchfield のクライアント CNH Industrial NV が、米最高裁判所で全会一致の勝利

トヨタ自動車・タカタ: John Hooper がタカタ・エアバッグ集団訴訟でトヨタ等自動車メーカーとの和解について最終承認を獲得

東京紛争担当チーム



クリス・ベイリー
英国及び日本*
東京オフィス国際紛争 主任



オリバー・マッケンティ
英国法廷弁護士
日本語



フローラ・ジョーンズ
ロンドン
イタリア語及びスペイン語



ジョン・マクレナハン
オーストラリア及び日本*
東京マネージングパートナー

アジア紛争担当チーム



ジョン・サベージ QC
英国及びフランス
勅選法廷弁護士



W ウェイド・コリエル
(パートナー)
テキサス
エネルギー



エロディー・デュラック
(パートナー)
フランス及びカンボジア*
投資協定



エマソン・ホームズ
(パートナー)
英国法廷弁護士
建設



サイモン・ダンバー
(パートナー)
ニューヨーク及び英国
商業



マニエル・バウティサ
ニューヨーク及びフィリピン
商業



ドニー・ロウ
ニューヨーク及びオーストラリア
反トラスト及び捜査



ジア・リン・ホー
英国及びシンガポール
マンダリン



アダム・グレゴリー
オーストラリア
建設



ハンナ・アズキヤ
インドネシア
インドネシア語



デイビッド・パーク
オーストラリア
韓国語



シャオマオ・ミン
中国
マンダリン

米国訴訟担当 パートナー



ボビー・バーチフィールド
ワシントンDC



フィリス・サムナー
アトランタ



ボビー・メドウズ
ヒューストン



ジョン・フーパー
ニューヨーク



リチャード・マローニー
ニューヨーク



チャールズ・コレル
サンフランシスコ



アンドリュー・ベイマン
アトランタ



キャロル・ウッド
ヒューストン

* 外国法事務弁護士