

International Forensic Files

Summer 2010

Contents

The arbitration expert

Discount factors – an art or a science

Fraud in the Emirates – a growing problem

Developments in South Africa – whistle blowing and the new
Companies Act

4

issue

Introduction

After a particularly long and harsh winter in the UK I can at last declare that summer is finally on its way, albeit about four weeks later than usual. Some would also say that our protracted recession in the UK is ending and the green shoots of recovery are visible. Other regions of course haven't shared our winter and some, such as the BRIC economies, haven't even shared our recession to the same extent. But in our last meeting of the International Forensics Group it was striking to see that around the world we all shared in increasing levels of financial disputes, increasingly ingenious schemes to defraud innocent parties and an increasing tendency for our work to include cross border issues.

In this issue we have articles from Europe, the Middle East and Africa which are surprisingly relevant to all.

You will also notice immediately that we are trialling a multilingual edition which reflects our truly global coverage – do please let us know what you think of our new format.

Feedback and free of charge subscription requests can be sent to chris.drewe@mazars.co.uk



*Nigel Grummitt, Partner
Head of Global Forensic
and Investigation Services*

T: +44(0)20 7063 4101

E: nigel.grummitt@mazars.co.uk

Contributors



Luc Marty, France



Sarah Carlson, UK



*Ghassan Sakhnini,
United Arab Emirates*



Gill Bolton, South Africa

Introduction

Plus de quatre semaines plus tard que d'habitude, et après un hiver particulièrement long et froid en Angleterre, l'été arrive enfin. D'aucuns diraient que notre récession britannique qui n'en finit pas finit quand même aussi et que les premières pousses vertes de la reprise sont enfin visibles. Bien sûr, d'autres régions n'ont pas éprouvé notre hiver et certaines, telles que les économies du BRIC (Brésil, Russie, Inde, Chine), n'ont pas souffert autant que nous de la récession. Mais lors de la dernière réunion de notre International Forensics Group il était frappant de constater que partout dans le monde nous assistions à une poussée de litiges financiers et de manœuvres frauduleuses de plus en plus sophistiquées, ainsi qu'à une tendance croissante de nos missions à intégrer des enjeux transfrontaliers.

Ce numéro inclut des articles venant de l'Europe, du Moyen Orient et de l'Afrique lesquels sont d'une pertinence surprenante pour nous tous.

Vous remarquerez aussi tout de suite que nous faisons l'essai d'une édition multilingue reflétant notre couverture véritablement mondiale – n'hésitez pas à nous faire part de vos remarques à propos de ce nouveau format.

Vos commentaires, ainsi que vos demandes d'abonnement gracieux, peuvent être adressés à chris.drewe@mazars.co.uk.

Presentación

Después de un invierno particularmente crudo y extenso en el Reino Unido, puedo declarar al fin, que el verano viene ya en camino, aun y cuando 4 semanas mas tarde de lo normal. Algunos también dirían que nuestra prolongada recesión en el Reino Unido está terminando y los brotes verdes de la recuperación son visibles. Otras regiones por supuesto, no han compartido nuestro invierno y otras, tales como las economías BRICS, no han compartido nuestra recesión de igual forma. Pero en nuestra última reunión del Grupo Forense Internacional fue impactante comprobar que alrededor del mundo, todos compartimos un mayor nivel de disputas financieras, esquemas más ingeniosos para defraudar a terceros inocentes y mayor tendencia a que nuestro trabajo incluya temas transfronterizos.

En este número, tenemos artículos de Europa, Oriente Medio y Africa que son sorprendentemente relevantes a todos nosotros.

También notarán inmediatamente que estamos probando una edición multilingüe que refleja nuestra cobertura global-no dejen de hacernos saber lo que piensan de nuestro nuevo formato.

Retroalimentación y solicitudes de suscripción gratuita pueden ser enviadas a chris.drewe@mazars.co.uk

介绍

经过一个在英国漫长而严寒的冬天，我终于可以宣布水夏天即将来临了，尽管比平常迟了 4 个礼拜左右。有些人会说，英国经济衰退行将结束，复苏指日可待。其它地区当然没有遭遇我们这样的衰退，如金砖四国，甚至还没有到相似的衰退程度。但是，在最近一次国际法小组会议上我们惊讶的看到，在世界各地，各级经济纠纷增加，诈骗手段越来越巧妙，从而增加我们跨边界工作。

在这一期里我们有来自欧洲，中东和非洲的报导，和所有人相关。

您还会留意到，我们正试行多语言版本的通讯，反映我们的网络覆盖全球 – 请让我们知道您对此的意见。

回馈和免费订阅请求可以发送到 chris.drewe@mazars.co.uk。

The arbitration expert: a combination of technical rigour, interpreting the intentions of the parties and robust arbitration technique

By Luc Marty, France

Luc Marty in our Paris office discusses a recent arbitration case and the techniques used by him and his team.

A large European group was undergoing an extensive restructuring exercise which included the sale of the group's French operation. The agreed sale price for this operation included both economic and financial components. Due to short timescales and the desire of management to restore profitability as soon as possible, the SPA (sale and purchase agreement) was signed quickly and without a thorough review being performed.

Naturally there are differences between French and UK accounting standards on both an accounting level and an economic level, and given there was confusion between the underlying data sometimes being expressed in French GAAP and sometimes in accordance with IFRS, the interpretation of the applicable components proved to be a source of major confusion between the parties.

Fortunately the SPA included a clause providing a recourse to a technical arbitration in the event of a disagreement between the parties.

What was Mazars' contribution?

My team and I examined each component defined by the SPA and restated the underlying data in accordance with the originally intended accounting frameworks. This provided a basis for determining the sale price.

The team then examined the standardised nature of the components retained by the parties and, based on exchanges that had taken place during the months prior to the sale, we analysed the arguments used during the process of negotiation in respect of the disputed items in order to understand the basis upon which the agreement had been reached.

Finally, we presented strong technical arguments to the tribunal, providing an alternative to the random and sometimes incoherent clauses in the complex SPA. We concluded to our client that the accounting, economic and financial components of the SPA should have been systematically submitted for review by a practising forensic accountant prior to signing.

Although the particular circumstances of a transaction may sometimes justify the desire for a quick decision, as in so many other disciplines, the complexity of the applicable accountancy standards and the existence of multiple levels of analysis demand that specialist advice should always be sought. Such an intervention will always prove to be less onerous when compared with the cost, time and stress involved in reaching a resolution following a disagreement over a sale that has already taken place.

Expert Arbitre: La combinaison de la rigueur technique, de la prise en compte de ce que les parties ont voulu mettre en œuvre et de l'arbitrage

By Luc Marty, France

Dans le cadre de l'acquisition d'un groupe européen en pleine réorganisation, certains des éléments du prix convenu d'acquisition des activités françaises par un investisseur reposaient sur la détermination d'agrégats économiques et financiers. Les négociations successives combinées à l'urgence de la cession d'un groupe dont la réorganisation en vue d'un retour à la rentabilité ne pouvait être différée ont conduit à un SPA parfois incohérent confinant à l'abscons. Interférence entre les règles comptables françaises et anglaises, à mi chemin entre le comptable et l'économique, reposant pour partie sur des données en French Gaaps et pour partie sur des éléments relevant des IFRS, la détermination effective de ces agrégats s'est avérée source de divergences majeures d'analyse.

Fort heureusement le SPA prévoyait le recours à une clause d'arbitrage technique en cas de désaccord.

Quel a été l'apport de Mazars?

Tout d'abord, Luc Marty et ses équipes en tant qu'expert comptable ont repris chacun des éléments définis au SPA et remis en bon ordre les données sous jacentes au regard des référentiels comptables que le contrat de cession avait prévu d'utiliser comme base de la détermination du prix de cession.

Ensuite, nous avons rappelé/exposé le caractère plus ou moins normé de certains des agrégats retenus par les parties et analysé à partir des échanges intervenus au cours des mois précédant la cession comment les parties avaient argumenté au cours de la négociation au sujet des éléments litigieux pour comprendre comment l'accord s'était formé.

Enfin, arbitré sur les bases les plus techniques possibles une rédaction aléatoire et parfois incohérente d'un SPA complexe.

En synthèse, nous ne pouvons que recommander que toute référence comptable, économique ou financière d'un contrat de cession soit préalablement à sa conclusion soumis à la relecture d'un expert comptable.

Les particularités du contexte d'une opération justifient parfois une décision rapide. Toutefois, comme en tant d'autres matières, la complexité des règles comptables et l'existence de niveaux d'analyse différents ne peuvent qu'être éclairées et simplifiées par l'intervention préalablement à la conclusion de l'opération d'un expert spécialiste, intervention nécessairement plus limitée au regard des coûts, temps et tensions créées par la résolution, même amiable, d'un contentieux post cession.

El experto en arbitraje: una combinación de rigor técnico, interpretación de las intenciones de las partes y una técnica arbitral robusta

By Luc Marty, France

Luc Marty de nuestra oficina en París, discute un caso reciente de arbitraje y la técnicas utilizadas por él y su equipo.

Un gran grupo Europeo estaba llevando a cabo un extenso ejercicio de reestructura, que incluía la venta de la operación francesa del grupo. El precio acordado de venta por esta operación, incluía componentes financieros y económicos. Debido a la premura, y a la voluntad de la dirección de restablecer la rentabilidad tan pronto como fuera posible, el contrato de compraventa (el "CCV") fue firmado rápidamente sin que fuera efectuada una revisión profunda.

Naturalmente, existen diferencias entre los estándares de contabilidad del Reino Unido y los de Francia, tanto a nivel contable como económico, y dado que existía confusión entre la información subyacente, en algunas ocasiones expresada en GAAP (Principios Contables Generalmente Aceptados) de Francia y en otras ocasiones de acuerdo con IFRS, la interpretación de los componentes aplicables resulto ser una fuente importante de confusión entre las partes.

Afortunadamente el CCV incluía una cláusula que preveía recurrir a un arbitraje técnico en el evento de un desacuerdo entre las partes.

Cual fue la contribución de Mazars?

Mi equipo y yo revisamos cada uno de los componentes previstos por el CCV y reexpresamos la información subyacente de conformidad con el marco contable deseado originalmente. Esto proporcionó una base para determinar el precio de venta.

El equipo entonces examinó la naturaleza "estandarizada" de los componentes retenidos por las partes y, con base en los intercambios que habían tenido lugar durante los meses previos a la venta, analizamos los argumentos utilizados durante el proceso de negociación en relación con los puntos en disputa, para entender la base respecto de la cual se llegó a un acuerdo.

Finalmente, presentamos los argumentos técnicos más firmes al tribunal, proveyendo una alternativa a las, en ocasiones incoherentes, cláusulas del complejo CCV. Expresamos como conclusión a nuestro cliente, que los componentes financieros, económicos y contables del CCV debieron haber sido sistemáticamente sometidos a revisión de un contador practicante en el área forense, previo a su firma.

Aún y cuando las circunstancias particulares de una transacción puede justificar en ocasiones la necesidad y el deseo de una decisión rápida, como en muchas otras disciplinas, la complejidad de los estándares contables aplicables y la existencia de niveles múltiples de análisis requieren de la búsqueda de asesoría especializada. Dicha intervención probará ser siempre menos onerosa, comparada con el costo, tiempo y stress involucrados en el alcance de una resolución derivada de un desacuerdo respecto de una venta que ya tuvo lugar.

仲裁专家 — 具备严格的技术， 能理解各方的意向及运用健全的仲裁方法。

By Luc Marty, France

我们巴黎办事处的Luc Marty 讨论他和其团队最近在一个仲裁案件中使用的技巧。

一个欧洲集团进行了大规模的重组计划，其中包括出售该集团的法国业务。这业务之定价是包括经济和财政的元素。由于时间短缺及管理层希望尽快恢复盈利，他们在没有进行彻底审查下迅速地签订了买卖合同。

法国和英国在会计准则及经济方面当然存在差别。如数据有时按照法国一般公认会计原则(GAAP)来表示，但有时却按照国际会计准则(IFRS)来解释，便会造成混淆，亦是引至双方混乱的主要原因。

幸好，买卖合同中包括了提供仲裁的条款，以解决双方争议。

玛泽的贡献

我们审查了买卖合同内每个项目的定义，再按照原本意向的会计原则重列资料，提供出售作价的基础。

我们然后审查各方希望保留部分的标准性质，并根据在出售前数月的交流，分析了在商议过程中提出的论点，作为达成协议的根据。

最后，我们提交了强力及专业的论据给法庭，以替代复杂的买卖合同上一些随意及无条件的条款。我们对客户提出的结论，是要在签署买卖合同前，应将协议书交给执业法证会计师，对会计、经济和财务部分进行检阅。

虽然某些交易在特殊情况下需要迅速作出决定，但像许多其他专业，须寻求有关复杂会计标准及多层次分析的专业意见。此举比较于在销售争议后才达成和解的情况下，会减轻时间、成本及沉重的压力。

Discount factors - an art or a science?

By Sarah Carlson, UK

Sarah Carlson in our London office explores how to select an appropriate discount rate when assessing the present value of future losses.

When determining the quantum of loss in breach of contract and business interruption cases that involve future profits, it is important to use an appropriate discount factor to determine the present value of the future profits. The choice of the discount factor is a highly subjective area. A wide variety of methods can be used to determine a discount rate, and in most cases, these calculations resemble art more than science. Different experts can, with perfect legitimacy, hold widely differing opinions as to the value of the same item.

The financial measure known as the Weighted Average Cost of Capital ("WACC") is often used in the process for determining the appropriate discount rate for future losses and in other scenarios such as company valuations. WACC expresses the return at which a company is indifferent and it is used to decide if investments, strategies or projects are worthwhile undertaking.

The WACC formula includes an assessment of the key components of financing: debt and equity. The calculation of WACC may involve the use of pricing models such as the Capital Asset Pricing Model ("CAPM") which determines a rate of return through

a blend of three components: the risk-free rate of interest (a rate earned when there is no risk of loss), the risk premium (the additional risk gained from investing in a risky asset) and the risk factor (a measure of volatility).

Determining risk factors is not necessarily an easy task in itself. There is readily available information for listed companies, so the skill is finding a company that is comparable to the one in question. Adjustments may need to be made, for example, if the company is not listed or recent financial trends are not similar. There is no particular guidance on making such adjustments, with it being more of a "judgement call" by the expert based on his experience.

It is not uncommon for experts to use a wholly subjective approach to selecting the discount rate and to adopt a rate of 10% say, based purely on the experience of the expert. The argument to support this approach is that formulae are only as good as the inputs themselves, so choosing a discount rate subjectively is just as good as deriving a rate from a valuation model with subjective (or subjectively adjusted) inputs.

Having extensive experience of this difficult situation, at Mazars we adopt a four step approach to determining a discount rate:

1. Form a subjective opinion as to the discount rate.
2. Derive a rate using a suitable formula such as the CAPM.
3. Identify the WACC of similar companies in similar industries.
4. Perform a reasonableness check, that is, would a reasonable person be indifferent as to receiving the gross damages in the future or receiving the discounted value today.

Whilst assessing the discount rate is a feature of most of our quantum of loss expert witness assignments, at times it is the key issue. Mark Taylor, a partner in London, recently acted as an expert witness where this was the only issue he was to address. Mark explained, "Often the question of the discount rate is one of many issues and is not in the spotlight. However, in this case it was the only issue for expert accounting testimony. As every 1% change in the rate had an impact of over \$500,000 it was important to the parties. By adopting our four step approach I obtained consensus and my evidence was accepted without challenge."

What is certainly clear is that the valuer must be able to robustly defend himself against accusations of upward or downward bias, therefore the research into comparable situations needs to be exhaustive and comprehensive.

Les taux d'actualisation – art ou science?

By Sarah Carlson, UK

Sarah Carlson de notre bureau de Londres s'interroge sur la sélection du taux d'actualisation convenant le mieux pour l'évaluation de la valeur actuelle de pertes futures.

Lors de la détermination du montant du préjudice dans le cadre de litiges (rupture de contrats, pertes d'exploitation...) faisant intervenir des profits futurs, il est important d'appliquer un taux d'actualisation approprié pour le calcul de leur valeur actuelle. Or le choix de ce taux est extrêmement subjectif. Il existe un large éventail de méthodes de détermination du taux à appliquer mais le plus souvent, ces méthodes relèvent davantage de l'art que de la science. Un panel d'experts peut, très légitimement, avoir des avis très divergents quant à la valeur d'un même élément.

Le ratio financier du coût moyen pondéré du capital (en anglais WACC, ou Weighted Average Cost of Capital) est souvent retenu pour actualiser des pertes futures ainsi que dans d'autres contextes tels que l'évaluation d'une entreprise. Le WACC peut être décrit comme le taux de rendement qui « laisse indifférent » et on l'utilise afin de décider de l'intérêt de s'engager (ou non) dans tel ou tel investissement, stratégie ou projet.

La formule de calcul du WACC fait intervenir les composants clé du financement des entreprises : le capital et l'endettement. On peut lui adjoindre des modèles d'évaluation tels que le modèle d'évaluation des actifs financiers (MEDAF, en anglais CAPM ou Capital Asset Pricing Model) lequel détermine un taux de rendement incorporant trois composants : le taux d'intérêt sans risque, la prime de risque

(le complément de risque associé à un actif risqué) et le coefficient bêta (une mesure de la volatilité de la rentabilité d'un actif).

La détermination d'un coefficient bêta n'est pas une tâche facile. Beaucoup d'informations sont disponibles en ce qui concerne les sociétés cotées mais la difficulté consiste à trouver une société comparable à celle qui nous préoccupe. Des ajustements devront être pratiqués si, par exemple, la société qui nous intéresse n'est pas, elle, cotée ou si les performances financières récentes des deux entreprises sont divergentes. Il n'existe guère de critères formels d'évaluation des ajustements requis lesquels refléteront surtout le jugement de l'expert fondé dans son expérience.

D'autres experts d'ailleurs prennent le parti de sélectionner un taux d'actualisation (par exemple de 10%) sur des bases purement subjectives en fonction de leur expérience. L'argument en faveur de cette approche est que toute formule ne vaut que par la justesse des paramètres qu'elle met en œuvre, de sorte qu'un choix subjectif dicté par l'expérience peut éventuellement être aussi valable que la mise en œuvre d'un modèle d'évaluation faisant appel à des paramètres subjectifs (ou ajustés subjectivement).

De par notre expérience étendue de cette situation difficile, chez Mazars nous avons adopté une approche en quatre étapes pour la détermination du taux d'actualisation le plus approprié :

1. Nous portons un jugement subjectif quant au taux que nous dicterait notre instinct professionnel.

2. Nous calculons ensuite un taux reflétant un modèle tel que le MEDAF.
3. Puis nous identifions le coût moyen pondéré du capital pour des sociétés se rapprochant de notre cible.
4. Nous appliquons enfin un test de cohérence en nous demandant si une personne raisonnable serait, en principe, indifférente quant au choix de recevoir soit le montant brut du préjudice évalué à une date future, soit son montant actualisé tout de suite.

L'évaluation du taux d'actualisation mis en œuvre est souvent un enjeu de nos missions de témoin expert en matière d'évaluation de dommages ; parfois il s'agit de l'enjeu principal. Pour Mark Taylor, associé de notre bureau de Londres, il s'est agi récemment du seul enjeu qu'il devait confronter en tant que témoin expert. Comme Mark l'explique : « Souvent le taux d'actualisation à retenir est une question parmi bien d'autres et ne tient guère la vedette. Mais dans ce cas il s'agissait de la seule raison d'être du recours à un témoin expert-comptable et d'un facteur intéressant d'autant plus les parties que toute variation d'un point dans le taux avait un impact de plus de 500.000 \$. En adoptant notre démarche en quatre étapes j'ai pu obtenir un consensus et mes conclusions n'ont pas été contestées ».

Il est certain que tout évaluateur doit être à même de se défendre contre toute accusation de parti pris, que ce soit à la hausse ou à la baisse. De ce point de vue, la recherche de comparatifs se doit d'être à la fois pertinente et exhaustive.

Factores de Descuento – Un arte o una ciencia?

By Sarah Carlson, UK

Sarah Carlson de nuestra oficina en Londres explora como seleccionar una tasa de descuento apropiada al momento de evaluar el valor presente de las pérdidas futuras.

Al momento de evaluar el monto de la pérdida en el evento de incumplimiento de contratos o de interrupción de negocios que involucren utilidades futuras, es importante utilizar un factor de descuento apropiado para determinar el valor presente de esas utilidades futuras. La elección del factor de descuento es una área altamente subjetiva. Una amplia variedad de métodos pueden ser utilizados para determinar una tasa de descuento y en la mayoría de los casos, estos cálculos parecen arte más que ciencia. Diferentes expertos pueden, en forma perfectamente legítima, tener opiniones contradictorias respecto al valor de un mismo concepto.

La fórmula financiera conocida como Costo de capital ponderado promedio (“Weighted Average Cost of Capital” por sus siglas en inglés “WACC”) es frecuentemente utilizada en el proceso de determinación de tasas de descuento apropiadas para pérdidas futuras y en otros escenarios tales como valuación de compañías. La WACC expresa el retorno en el cual la compañía es indiferente y se utiliza para decidir si vale la pena comprometer o llevar a cabo alguna inversión, estrategia o proyecto.

La fórmula WACC incluye una evaluación de los componentes clave del financiamiento, deuda y capital. El cálculo del WACC puede involucrar la utilización de modelos de valuación tales como el modelo de valuación en base a activo y capital

(“Capital Asset Pricing Model” por sus siglas en inglés “CAPM”) que determina la tasa de retorno por medio de una mezcla de tres componentes: la tasa de interés libre de riesgo (una tasa de interés devengada cuando no existe riesgo de pérdida), la prima o premio por riesgo (el riesgo adicional añadido por invertir en un activo riesgoso) y el factor de riesgo (una medida de volatilidad).

Determinar los factores de riesgo no es una tarea fácil en sí. Existe información fácilmente accesible de compañías listadas, de forma que la habilidad consiste en encontrar una empresa que sea comparable a la empresa en cuestión. Puede ser necesario hacer ajustes, por ejemplo, si la empresa no está listada o si las tendencias financieras recientes no son similares. No existe una guía particular respecto a dichos ajustes, siendo más una cuestión de criterio por parte del experto, con base en su experiencia.

No es poco común, que los expertos utilicen un enfoque totalmente subjetivo para seleccionar la tasa de descuento y adoptar una tasa, por decir, de 10% basada puramente en la experiencia del experto. El argumento para apoyar este enfoque, es que las fórmulas son tan buenas como los elementos que las alimentan, de forma que escoger una tasa de descuento en forma subjetiva es tan bueno como derivar una tasa de un modelo de valuación alimentado con elementos subjetivos (o ajustados en forma subjetiva).

Al tener una amplia experiencia en esta complicada situación, en Mazars adoptamos un criterio de cuatro pasos para determinar una tasa de descuento:

1. Conformar una opinión subjetiva en relación con la tasa de descuento.
2. Derivar una tasa utilizando una fórmula aplicable como puede ser la CAPM.
3. Identificar la WACC de empresas similares en industrias similares.
4. Llevar a cabo un chequeo de razonabilidad, esto es, ¿sería una persona razonable indiferente a recibir el monto de los daños sin descuento en el futuro o recibiría el valor descontado hoy en día.?

En tanto que la determinación de una tasa de descuento es un componente en la mayor parte de nuestros nombramientos como testigos expertos para la determinación de la cuantía de la pérdida, en ocasiones es el componente clave. Mark Taylor, uno de los socios en Londres, recientemente actuó como testigo experto en donde este fue el único tema que tuvo que abordar. Mark explicó, “Frecuentemente la cuestión de la tasa de descuento es uno de muchos temas y no es un tema focal. No obstante, en este caso, fue el único tema que requirió de un testimonio contable experto. Debido a que cada cambio de 1% en la tasa tenía un impacto de más de \$500,000 era importante para las partes. Al adoptar nuestro criterio de cuatro pasos, logre el consenso y mi evidencia fue aceptada sin que fuera controvertida”.

Lo que es ciertamente claro, es que el valuador debe ser capaz de defenderse en forma robusta de cualquier acusación de actuación tendenciosa, por lo cual la investigación de situaciones comparables necesita ser exhaustiva y amplia.

贴现因素 – 是艺术还是科学？

By Sarah Carlson, UK

我们伦敦办事处的 Sarah Carlson, 探讨如何在评估未来损失现值时选择一个适当的折现率。

在涉及违约和中断业务之情况下, 往往需要确定所损失之利润金额, 用适当的折扣率来确定未来利润的现值是很重要的。折扣率的选择是一个非常主观的领域, 确定折扣率的方法很广泛, 在大多数情况下, 这些计算类似艺术多于科学。不同的专家对相同项目的价值可持有不同的理据及意见。

在确定未来损失金额及其它情况如公司估值时, 会经常运用财务学上称为「加权平均资本成本」(Weighted Average Cost of Capital, “WACC”)的方法来决定折现率。WACC 可代表一间公司的收益率, 能应用在决定投资、策略或项目是否值得进行。

WACC的计算公式包括融资评估的关键部分, 即债务资本和权益资本。WACC的计算方法, 可能需要运用计算定价的模式, 例如「资本资产定价模型」(Capital Asset Pricing Model, “CAPM”)。

CAPM公式包括三个元素—无风险利率(即没有风险下的回报率)、风险溢价(即投资于有风险资产的额外风险)及风险因素(即衡量波动率)。

确定风险因素并不容易。上市公司资料很容易在市场上找到, 关键是找出一间可与被评估的公司作比较, 然后可能再需要作出调整, 例如公司没有上市或其最近的融资走势并不相同。调整的方法是没有特别的指引, 通常是专家根据经验作出「主观判断」。

专家一般会使用很主观的方法来选择折现率, 例如按其经验决定采取10%为折现率, 是相当普遍的。支持这方法的论点是——公式和输入的数据同样重要, 因此主观地选择折现率与将主观性数据输入估值模型后所得的折现率是几乎一样的。

玛泽对上述难题具有丰富的经验, 我们采取四个步骤来确定折现率:

- 一. 主观地判断折现率。

二. 运用合适的公式, 如CAPM。

三. 找出类似行业公司的WACC。

四. 进行合理检查, 即理性者会对未来才获得的赔偿总额与今天得到该总额的贴现值, 会视为相同。

作为专家证人, 我们经常要计算亏损金额, 关键是如何厘定折现率。Mark Taylor 是我司伦敦办事处的合伙人, 他最近于一项专家证人服务上要应东的唯一难题, 便是折现率。Mark 解释说:「通常折现率是许多问题之一, 而一般不被注意。但在此案件中, 它是会计专家证词的唯一难题。由于折现率的每1%变化可能会带来超过50万美元的影响, 对控辩双方都很重要。透过我们的四个步骤, 我能使双方达成共识, 而且我的证词在没有质疑下被接受。」

如估价师被指控他存在偏见, 他必须能有力为自己辩护。因此, 需要尽力和全面地研究类似情况。

Fraud in the Emirates – a growing problem

By Ghassan Sakhnini, Dubai

Ghassan Sakhnini, a partner in our Dubai office, explains the growing problem of white-collar crime in his region.

White-collar crime is a global problem that has started to surface in the United Arab Emirates (“UAE”) in the past few years due to the unprecedented economic boom, the increased wealth of the country, and a lack of preventative and regulatory measures against such crimes.

According to leading experts, white-collar criminals globally are targeting companies in the UAE. They have a “fraud technique” knowledge base that is constantly evolving and spans the globe and is now taking advantage of loopholes and weaknesses in today’s UAE corporate environment.

In today’s business environment three types of white-collar crimes are most common:

- (1) Asset misappropriation, which includes acts such as cheque forgery, theft of money, inventory theft, or theft of services. Recent statistics show that such crimes occur in over 91% of all schemes but it is the least expensive for its victims when compared with other categories.
- (2) The next most frequently occurring crime scheme is bribery and corruption, which is an element in about 30% of all financial crimes detected. Bribery and corruption includes schemes such as kickbacks, shell company schemes, bribes to influence decision-making, manipulation of contracts, or substitution of inferior goods.

- (3) Financial statement crimes occur the least, occurring in only 10% of all crime cases, but they are easily the most expensive for victims. This type of crime centres on the manipulation of financial statements in order to create financial opportunities for an individual or entity - think manipulation of stock price, increased year-end bonuses, favourable loan terms, or other indirect benefits based on the results shown in the financial statements. And as the local and global economies continue to falter, we expect the difficult economic conditions will cause such crimes to increase.

A recent poll in the UAE showed that almost two-thirds of top executives believe white-collar crime will increase over the next two years. They attribute that increase to the economic downturn, specifically lower or non-existent salary rises and bonuses, reduced job security and lower morale. And although such a large number of executives think there is a higher risk of fraud during difficult economic times, most of them are not acting in response to this belief. Only about 20% of the executives questioned said they were increasing crime prevention measures, such as increasing fraud risk assessments and enhancing monitoring. The lack of action on the part of management is hard to comprehend, particularly given that they believe that fraud risks are up. Their belief is supported by the statistic that arrests for white-collar crimes have gone up during the current economic downturn in the UAE as they have around the world.

In recent years, the UAE has opened up its doors to international corporations and investors to entice them to establish their regional presence in the Middle East and Asia. Until recently, the UAE public and private sectors have shied away from publicly tackling the issue of white-collar crime, but last year the UAE Government launched a major crackdown on corruption. The law that was introduced (Law Number 37 of 2009 was issued in Dubai) stipulated stringent penalties including up to twenty years in jail for those found guilty of illegally obtaining public and private funds. This new law was developed principally in response to an increased political will to fight white-collar crimes around the country, in order to protect the UAE’s existing global reputation of being the place to do business in the Middle East and Asia.

In addition, the UAE government is now in the process of training a new generation of specialist police officers to investigate such crimes. The officers will go through a lengthy training program overseas before joining the UAE Central Bank to fight white-collar criminals in the UAE.

UAE businesses are starting to fight back against white-collar crimes, turning to private sector solutions including our teams of Forensic Accountants. We are working with large corporates and entrepreneurs to help prevent, deter, and detect such crimes as quickly and effectively as possible. We are working closely with senior management to build a healthy environment with reduced fraud risks and to investigate, detect and help take the necessary actions against employees and others who undertake fraudulent activities.

在阿联酋欺诈 — 一个日益严重的问题

By Ghassan Sakhnini, Dubai

Ghassan Sakhnini, 位于迪拜办公室的合伙人, 解释在迪拜日益严重的白领犯罪问题。

由于前所未有的经济高速增长, 国家财富增加, 但缺乏预防和监管打击罪行的情况下, 阿拉伯联合酋长国 (“阿联酋”) 在过去数年已开始出现一个全球性问题 — 白领犯罪。

根据专家引述, 全球的白领罪犯正瞄准位于阿联酋的公司。这些白领犯罪都具备“欺诈法”的知识基础, 他们不断演变和遍布全球, 并利用阿联酋企业环境的漏洞和弱点, 从中得利。

当今最常见的三种白领犯罪类型是:

(一) 资产挪用, 其中包括: 伪造支票, 盗窃资金, 库存盗窃或服务盗窃。最近的统计数据显示, 这些罪行占全部犯罪类型超过91%, 但相比其它类别, 它对受害者伤害最小。

(二) 第二个最经常发生的犯罪类型是贿赂及贪污, 占有所有金融犯罪约30%。当中包括回扣, 空壳公司, 贿赂以影响决策, 操纵合同, 及劣质替代品。

(三) 财务报表相关的罪案最少发生, 只占10%, 但对受害者而言, 其伤害最大。这种类型的犯罪主要是以操纵财务报表来创造谋取暴利机会, 不论是个人或企业—如操纵股票价格, 增加年终奖金, 提供优惠贷款条件, 或其它以显示在财务报表的结果为基础的间接效益。随着本地及全球经济持续衰退, 我们预计经济低迷将会增加此类犯罪。

最近的一项在阿联酋进行的民意调查显示, 约三分之二的高层管理人员认为白领犯罪会在未来两年增加。他们将其增长归因于经济衰退, 尤其是工资及奖金没有增加或被削减, 工作保障减少, 以及员工士气低落。虽然大量的管理人员认为在经济困难时期有较高的欺诈风险, 大多数是没有采取行动响应这信念。只有约20%的高管表示, 他们有增加预防犯罪的措施, 例如增加诈骗风险评估和加强监测。纵使管理人员认为欺诈风险上升, 但他们缺乏行动, 这是很难理解的。在目前经济衰退的环境下, 阿联酋及世界各地的白领犯罪的上升统计支持他们的信念。

近年, 阿联酋对外开放, 吸引国际企业和投资者来建立位于中东和亚洲业务。阿联酋公共和私营部门都一直忽略白领犯罪的问题, 直到去年阿联酋政府才推出了一项重大的贪污打击措施。这法实施 (迪拜在2009年发表法律37号) 规定严厉惩罚, 包括监禁犯有非法获取公共和私人资金者, 其最长刑期为20年。这项新法律主要是应对更大的政治意愿, 打击全国各地的白领犯罪, 为了保护阿联酋现在在国际商业上的声誉。

此外, 阿联酋政府目前正在培养新一代的特别警务人员去调查这类罪行。在加入阿联酋中央银行来打击阿联酋白领罪犯之前, 那些警务人员将参与一个漫长的海外培训计划。

阿联酋企业也开始对白领犯罪作出反击, 向私营部门的解决方案, 包括我们的法证会计团队。我们正与大企业和企业家合作, 用最快和最有效方法帮助预防、制止和侦查有关罪行。我们正密切与高级管理

人员建立一个低风险和欺诈行为的健康环境, 进行调查、侦查及帮助采取必要的行动, 打击雇员和其它从事诈骗活动的人。

La fraude aux Emirats – un problème croissant

By Ghassan Sakhnini, Dubai

Ghassan Sakhnini, associé de notre bureau de Dubaï, explique qu'il y a un problème croissant de « criminalité à col blanc » dans sa région.

La criminalité économique est un problème mondial dont l'émergence progressive aux Emirats Arabes Réunis (EAR), depuis quelques années, peut être attribuée à l'explosion économique sans précédent, à la richesse croissante du pays et au manque de mesures préventives et réglementaires visant de tels crimes.

Selon les meilleurs experts, les criminels en cols blancs du monde entier ont choisi les sociétés des EAR comme cible privilégiée. Leur « base de connaissances en techniques de fraude » évolue constamment et vise à présent à profiter au maximum des failles et faiblesses de l'environnement économique actuel des EAR, propice en particulier aux trois catégories suivantes de crime économique:

- (1) Le détournement d'actifs, y compris la falsification de chèques et le vol d'espèces, de stocks ou de prestations de services. Des statistiques récentes montrent que de tels crimes sont un élément associé à plus de 91% des montages observés, mais se révèlent les moins coûteux pour leurs victimes en comparaison avec les deux autres catégories.
- (2) La corruption et le trafic d'influence, qui sont un élément constitutif d'environ 30% des crimes financiers détectés. Ils peuvent prendre la forme de commissions occultes, de montages à base de coquilles vides, du versement de pots de vin afin d'influencer des décisions stratégiques, de la manipulation de contrats ou de la substitution de marchandises de qualité inférieure.
- (3) La manipulation d'états financiers, qui n'est associée qu'à 10% de toutes les occurrences de crimes mais qui se révèle aisément la forme

d'activité criminelle la plus coûteuse pour les victimes. La finalité de la manipulation est invariablement de créer des opportunités financières indues pour son instigateur, qui peut être une personne ou une entreprise : par exemple, en manipulant un cours de bourse, majorant des bonus, ou obtenant des conditions de financement favorables ou d'autres avantages indirects sur la base de résultats financiers trompeurs. Et si la conjoncture économique reste morose tant au niveau local qu'au niveau mondial, nous pourrions nous attendre à ce que de tels crimes deviennent de plus en plus fréquents.

Un sondage récent aux EAR a révélé que près des deux tiers des cadres dirigeants sont de l'avis que la criminalité des cols blancs est susceptible de s'accroître durant les deux années à venir. Ils attribuent cette tendance à la récession économique et plus spécifiquement, à la réduction ou à l'élimination des hausses de salaire et primes, à la moindre sécurité de l'emploi et à la perte de confiance. Mais bien que tant de dirigeants établissent une telle corrélation entre les difficultés économiques et la fraude, la plupart n'ont pas décidé d'agir en conséquence. Seulement 20% environ ont exprimé l'intention de consolider leurs mesures de prévention, par exemple en renforçant leurs évaluations des risques de fraude ou en augmentant la surveillance. Cette hésitation paraît difficilement compréhensible de la part de dirigeants par ailleurs convaincus que les risques de fraude sont en hausse, ce d'autant plus que les statistiques le confirment : les arrestations dans le cadre de la criminalité économique ont augmenté, durant la récession économique en cours, aux EAR comme partout dans le monde.

Depuis quelques années, les EAR ont ouvert leurs portes afin d'attirer les groupes internationaux et autres investisseurs désireux d'établir une présence régionale au Moyen Orient et en Asie. Jusqu'à récemment, les secteurs publics et privés aux EAR restaient également réticents lorsqu'il s'agissait d'aborder au grand jour le problème de la criminalité en col blanc, mais l'an dernier le gouvernement des EAR a enfin initié des mesures sévères pour contrer la corruption. La loi introduite (la loi numéro 37 de 2009 promulguée à Dubaï) prévoit des peines lourdes de jusqu'à vingt ans de prison pour toute personne jugée coupable d'avoir obtenu des fonds public ou privés grâce à des moyens illicites. Cette nouvelle loi traduit une volonté politique accrue de combattre la criminalité économique à l'échelle nationale et, ce faisant, de protéger la réputation acquise des EAR comme la plateforme de choix pour la conduite d'affaires au Moyen Orient et en Asie.

En outre, le gouvernement des EAR a engagé la formation d'une nouvelle génération d'officiers de police spécialisés dans l'investigation des crimes économiques. Ces officiers suivront un programme intensif à l'étranger avant de rejoindre la Banque Centrale des EAR afin de combattre les criminels en col blanc sur le sol national.

Les entreprises des EAR ont également commencé à lutter contre la criminalité économique en faisant appel à des solutions disponibles dans le privé y compris nos équipes de comptables judiciaires. Nous travaillons de pair avec de grandes entreprises afin de les aider à prévenir et détecter de tels crimes aussi rapidement et aussi efficacement que possible. Nous nous rapprochons de plus en plus de leurs dirigeants afin de construire un environnement sain, aux risques de fraude réduits, et de les aider au travers de nos missions d'investigation à engager les actions qui s'imposent contre les salariés ou autres personnes entreprenant des activités frauduleuses.

Fraude en los Emiratos – un problema creciente

By Ghassan Sakhnini, Dubai

Ghassan Sakhini, un socio en nuestra oficina de Dubai, explica el creciente problema de delincuencia de cuello blanco en su región.

Los delitos de cuello blanco son un problema global que empezaron a surgir en los Emiratos Arabes Unidos (“EAU”) en años recientes, debido a una bonanza económica sin precedente, el incremento en la riqueza en el país, y la falta de medidas preventivas y regulatorias en contra de dichos delitos.

De acuerdo con los expertos líderes, los delincuentes de cuello blanco están enfocándose a empresas en los EAU. Tienen una base de conocimiento global de “técnicas fraudulentas” que constantemente está evolucionando y que está actualmente tomando ventaja de lagunas y debilidades en el entorno corporativo actual de los EAU.

En el entorno de negocios actual, tres tipos de delitos de cuello blanco son los más comunes:

(1) Apropiamiento indebido de activos, que incluye actos tales como falsificación de cheques, robo de dinero, robo de inventario, o robo de servicios. Estadísticas recientes muestran que dichos crímenes ocurren en más de 91% de todos los esquemas, pero es el menos oneroso para sus víctimas si se compara con otras categorías.

(2) El siguiente crimen que ocurre con más frecuencia es el cohecho y la corrupción, que es un elemento en aproximadamente el 30% de los delitos financieros detectados. El cohecho y la corrupción incluyen esquemas tales como retribuciones, esquemas de compañías “casarón”, sobornos para influenciar la toma de decisiones, manipulación de contratos o sustitución por bienes de inferior calidad.

(3) Delitos relativos a estados financieros ocurren con menos frecuencia, presentándose únicamente en el 10% de los casos criminales pero fácilmente, son los más onerosos para las víctimas. Este tipo de delito se centra en la manipulación de los estados financieros para crear oportunidades financieras para un individuo o entidad (piense en la manipulación del precio de una acción, incremento en bonos de fin de año, préstamos en términos favorables, u otros beneficios indirectos basados en los resultados reflejados en los estados financieros. Y en tanto las economías locales y global continúen flaqueando, es de esperarse que las condiciones económicas difíciles causarán un incremento en estos delitos.

Una encuesta reciente en los EAU mostró que casi dos terceras partes de los más altos ejecutivos creen que los delitos de cuello blanco se incrementarán en los dos siguientes años. Atribuyen este incremento a la desaceleración económica, y específicamente a menores o inexistentes aumentos de sueldo y bonos, una

seguridad laboral reducida y una moral más baja. Y aunque tal proporción y número de ejecutivos piense que existe un mayor riesgo de fraude durante tiempos económicos difíciles, la mayor parte de ellos no está actuando en respuesta a esta creencia. Únicamente el 20% (aproximadamente) de los ejecutivos encuestados dijeron que están incrementando las medidas de prevención del crimen, tales como incrementar la evaluación del riesgo de fraude y poniendo mayor énfasis en el monitoreo. La falta de acción de parte de la dirección es difícil de comprender, particularmente debido a que creen que el riesgo de fraude ha crecido. Su creencia esta soportada en un incremento en las estadísticas por arrestos relacionados con delitos de cuello blanco durante la desaceleración económica actual, en los EAU como también alrededor del mundo.

En años recientes, los EAU han abierto sus puertas a corporaciones internacionales e inversionistas para atraerlos a establecer su presencia regional en Medio Oriente y Asia. Hasta en fecha reciente, los sectores públicos y privados de los EUA han omitido enfrentar públicamente el tema de los delitos de cuello blanco, pero el último año el Gobierno de los EAU lanzó una serie de medidas enérgicas contra la corrupción. La ley que fue aprobada (la Ley No. 37 de 2009 emitida en Dubai) estipula penalidades rigurosas que incluyen hasta 20 años de prisión para aquellos que sean culpables de obtener ilegalmente fondos públicos y privados. Esta nueva ley fue desarrollada en respuesta a una mayor voluntad política de combatir los delitos de cuello blanco alrededor del país para proteger la reputación global existente de los EAU, como el lugar para hacer negocios en Medio Oriente y Asia.

Adicionalmente, el gobierno de los EAU se encuentra actualmente en el proceso de entrenar a una nueva generación de oficiales de policía especializados para investigar estos crímenes. Los oficiales pasarán por un extenso programa de entrenamiento en el extranjero antes de incorporarse al banco central de los EAU para combatir los delincuentes de cuello blanco en los EAU.

Los negocios de los EAU están empezando a combatir los delitos de cuello blanco, volcándose a soluciones del sector privado que incluyen equipos de contabilidad forense. Estamos trabajando con corporativos grandes y empresarios para prevenir, disuadir, y detectar dichos crímenes tan rápida y efectivamente como sea posible. Estamos trabajando en forma cercana con la alta dirección para construir un ambiente sano, con riesgos de fraude reducidos así como investigar, detectar y cooperar para la adopción de acciones necesarias en contra de empleados y otros que llevan a cabo actividades fraudulentas.

Developments in South Africa - whistle blowing and the new Companies Act

By Gill Bolton, South Africa

Gill Bolton, a partner in South Africa, explains how their new Companies Act helps protect whistleblowers.

Although it won't come into force before 8 April 2010 at the earliest, the new Companies Act 71 of 2008 ("the Act") provides greater protection for whistleblowers in the corporate sector. Companies operating in South Africa should have a look at the Act's various provisions as soon as possible and take any steps necessary to ensure compliance.

What is whistleblowing?

Most people understand a whistleblower to be someone who passes on information about some form of conduct in an organisation, that the whistleblower believes is illegal or unethical in some way.

The whistleblower could be an employee or even an outsider, for example an aggrieved potential service provider who believes that a kickback may have been the reason for the award of a particular bid or tender.

What is the law in South Africa on whistleblowing?

Employees who blow the whistle on unlawful or irregular conduct are currently protected under the Protected Disclosures Act ("the PDA").

This is intended to protect employee whistleblowers from so-called occupational detriment and to provide certain remedies if they suffer such detriment as a result. It applies to employees in both the public and private sector.

In practice, however, the protection presently conferred by the PDA tends not to be very effective. It makes no provision for the often very subtle forms of discrimination and detriment to which whistleblowers are subject, the emotional and other trauma that ensues and the fact that they often have to go to Court to seek to protect their positions.

What does the new Companies Act say about whistleblowing?

Chapter 7 of the Act is titled Remedies and Enforcement and section 159 provides certain protections for whistleblowers in South Africa. Significantly, it provides that to the extent that it creates any right of, or establishes any protection for, an employee as defined in the PDA, this is in addition to any protection afforded by the PDA.

The section also states that any provision in a company's Memorandum of Incorporation or internal rules or an agreement will be void if it is inconsistent with or tries to circumvent the section.

According to the Act, any disclosure of information will be protected if made in good faith to an appropriate person or body – and the Act lists these.

The whistleblower must have a reasonable belief at the time of making the disclosure that the company or individual:

- contravened the Act, or a law mentioned in Schedule 4 of the Act; or
- failed to or was failing to comply with any statutory obligation of the company; or
- engaged in conduct that had endangered or was likely to endanger an individual's health or safety or damage the environment; or
- unfairly discriminated against any person as contemplated by section 9 of the Constitution and the Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act, 2000; or
- contravened any other legislation in a way that could expose the company to an actual or contingent risk of liability, or is inherently prejudicial to the interests of the company.

The persons who would qualify for protection with regard to the good faith and reasonable belief requirements referred to is far broader than an employee alone as provided for in the PDA.

The list, as set out in sub-section 4, includes: a shareholder, a director, the company secretary, a prescribed officer, an employee, a registered trade union that represents employees of the company or another employee representative, or a supplier of goods or services to the company or an employee of such a supplier.

They would have qualified privilege in relation to the disclosure and are also immune from any civil, criminal or administrative liability as a result of the disclosure. In addition, they are entitled to compensation for damages suffered as a result of the possible or actual disclosure from any other person who causes detriment to them, or who threatens them with detriment. This means that there would potentially be no limit to compensation.

A public company and state-owned company must directly and indirectly, establish and maintain a system to receive disclosures as contemplated by this section confidentially and act on them and routinely publicise the availability of that system to the persons referred to in sub-section 4. Clearly, a hotline would be the primary tool for companies to use in this regard.

In conclusion, the implications of this section are potentially far-reaching and will need to be managed strategically so that companies do not unwittingly expose themselves to claims based on its provisions.

举报及最新的公司法 - 南非的发展

By Gill Bolton, South Africa

Gill Bolton, 南非合伙人, 介绍南非新公司法怎样保护举报人。

该公司法最快于2010年4月8日生效, 2008第71号的新公司法(以下简称“法案”)对企业的举报人提供更大的保护。在南非经营的公司应尽早查看该法案的各项规定, 采取必要措施以确保符合规定。

什么是举报?

大多数人认为举报者是一位告发他认为机构内某种行为模式不合法或不道德的人。

该举报人可以是雇员, 甚至是局外人, 例如一个相信回扣可能是在某投标中标的原因而受损害的服务供货商。

南非有关举报的法律是怎样?

举报非法或不正常行为的雇员目前是受保护披露法案 (“PDA”) 保障的。

这是为了保护举报人受到职业迫害并为如果因此受到迫害而提供补救措施。这法案适用于公营及私营机构的雇员。

实际上, 目前授予PDA 保护的并不十分有效。PDA并没有防备有关告密者经常受到的歧视和损害带来情感上及其它方面的创伤, 而事实上他们往往要到法院寻求保护自己的处境。

新公司法对有关举报怎样说?

该法的第7章的题目是补救和执行, 而第159条规定了在南非对举报人的某些保护。值得注意的是, 在规定范围内, 它对PDA所界定雇员创造权利或作出保护。这是除PDA外的额外保护。

该节还规定, 任何公司注册备忘录条文或内部规则或协议规则, 如果不符合或试图规避有关法规, 都是无效的。

根据该法, 如果真诚地向一个适当的个人或机构提供相关的信息, 该披露的信息将会受到保护—该法例列出如下。

该举报人在作出披露时必须合理理由相信, 该公司或个人:

- 违反该法, 或该法附表4中提到的法例;或
- 没有遵守公司的任何法定义务;或
- 从事的行为已经或可能危害个人的健康, 安全或破坏环境;或

• 如宪法第9条及促进平等和防止歧视法2000所述, 歧视他人; 或

• 违反任何可能导致该公司负担实际或潜在债务的风险, 或损害公司固有利益的法例。

关于诚信和合理条件所提出, 有资格获得保护的人远远超过一个PDA提到单独的一个员工。分节 4列出的 名单包括: 股东、董事、公司秘书、订明人员、雇员、代表公司员工的注册工会或其它员工代表, 或提供商品或服务予公司的供货商或供货商的雇员。

他们对所作披露有合格的特权, 也不会因此而负上任何民事, 刑事或行政上的责任。此外, 他们有权要求因可能作出披露而令他们被他人造成损害, 或威胁他们遭受的损失赔偿。这表示赔偿是可能没有上限的。

上市公司和国有企业必须建立和维持一个系统来保密地接收本节所描述的披露及作出行动, 并定期对分节 4所指的人士公开该系统。明显地, 公司会利用热线作为主要工具。

总而言之, 本节的影响可能很深远而且需要有策略地管理, 使公司不会不知情地让自己面对此种索赔。

Développements en Afrique du Sud – les déclenchements d’alerte et la nouvelle loi sur les sociétés commerciales

By Gill Bolton, South Africa

Gill Bolton, associée en Afrique du Sud, explique la manière dont la nouvelle loi sud-africaine sur les sociétés commerciales contribue à la protection des sonneurs d’alerte.

Destinée à entrer en vigueur au plus tôt à compter du 8 avril 2010, la nouvelle loi 71 de 2008 offre une protection accrue pour les sonneurs d’alerte dans le domaine professionnel. Les sociétés présentes en Afrique du Sud se doivent d’examiner dès que possible les dispositions prévues afin d’engager toute mesure nécessaire pour s’y conformer.

En quoi consistent les dispositifs d’alerte professionnelle?

Par « sonneur d’alerte » on entend en général une personne qui communique une information relative à une conduite ou pratique de l’entreprise qui, de l’avis du sonneur d’alerte, est illégale ou contraire à l’éthique.

Le sonneur d’alerte peut être un salarié ou même un tiers, par exemple un prestataire potentiel mécontent car soupçonnant que l’octroi d’un marché à son concurrent a pu faire suite à un pot de vin.

Quelles sont les dispositions légales régissant les alertes professionnelles en Afrique du Sud?

Les salariés alertant sur des conduites illégales ou irrégulières sont actuellement protégés en vertu de la Protected Disclosures Act (loi PDA ou loi régissant les déclarations protégées).

Cette loi a pour but de protéger les salariés sonneurs d’alerte de toute mesure de rétorsion et de leur fournir certains remèdes en cas de sanction induite. Elle s’applique aux salariés des secteurs tant public que privé.

Dans la pratique, toutefois, la protection actuellement conférée par la loi PDA n’est pas très efficace. Notamment, elle n’est guère de secours face aux formes souvent très subtiles que peut prendre la discrimination déployée à l’encontre des sonneurs d’alerte, aux traumatismes émotionnels que l’expression d’une alerte peut induire et au fait que les victimes n’ont souvent pas d’autre recours, pour obtenir le bénéfice de la protection offerte, que d’engager une action devant les tribunaux.

Que dit la nouvelle loi sur les sociétés au sujet des alertes professionnelles?

Le chapitre 7 de la loi est intitulé Remèdes et Application et son article 159 accorde certaines mesures de protection aux sonneurs d’alerte en Afrique du Sud. Il est important de noter que la nouvelle loi prévoit que, dans la mesure où elle crée des droits, ou établit des mesures de protection, au profit d’un salarié tel que défini dans la loi PDA, les droits ainsi établis s’ajoutent à toute protection déjà fournie en vertu de la loi PDA.

L’article précise aussi que toute disposition des statuts, du règlement intérieur ou de tout autre accord de l’entreprise sera frappée de nullité si elle contredit ou vise à contourner le contenu de l’article.

La nouvelle loi sur les sociétés précise que toute déclaration sera protégée si elle est faite de bonne foi auprès d’une personne ou entité appropriée – et la loi fournit une liste de celles-ci.

Au moment de son alerte, le sonneur d’alerte doit avoir un soupçon raisonnable que la société ou individu objet de son alerte :

- A violé la loi sur les sociétés commerciales ou toute autre loi mentionnée en son Annexe 4 ; ou
- A manqué à, ou est en train de manquer à, une obligation statutaire de l’entreprise ; ou
- A entrepris une conduite mettant en danger, ou susceptible de mettre en danger, la santé ou la sécurité d’un individu ou de nuire à l’environnement ; ou
- Est responsable d’une discrimination tombant dans le champ de l’article 9 de la Constitution, ou de la Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act de 2000 ; ou
- A violé toute autre disposition législative d’une manière susceptible d’engager la responsabilité de l’entreprise ou portant nécessairement préjudice aux intérêts de l’entreprise.

Les personnes éligibles aux mesures de protection, sous réserve de leur bonne foi et soupçon raisonnable, ne se limitent pas du tout aux seuls salariés comme dans le cas de la loi PDA. La liste fournie par la nouvelle loi inclut : un actionnaire, un administrateur, le secrétaire juridique de l’entreprise, un autre dirigeant, un salarié, un syndicat reconnu agissant pour le compte de salariés ou d’un représentant du personnel, un fournisseur ou prestataire de services de l’entreprise ou un salarié du fournisseur ou prestataire.

Ces personnes bénéficieraient d’un droit de rétention limité concernant leur déclaration et seraient exonérées de toute responsabilité civile, pénale ou administrative par suite de leur déclaration. En outre, elles pourraient prétendre à l’indemnisation de tout préjudice qui leur serait occasionné, par suite d’une déclaration ou d’une intention de déclarer, de la part de toute personne les sanctionnant ou menaçant de les sanctionner. Cette indemnisation serait potentiellement sans limite.

Les entreprises cotées et du secteur public sont tenues d’instituer et de maintenir un système destiné à recueillir, de manière confidentielle, les déclarations prévues ; d’engager des actions appropriées à la suite des déclarations reçues ; et d’informer régulièrement les personnes éligibles quant au canal de communication (par exemple un hotline) ainsi mis à leur disposition.

En conclusion, l’article 159 de la nouvelle loi sur les sociétés a une portée potentiellement très étendue et son application devra être gérée d’une manière stratégique afin d’éviter aux entreprises de s’exposer par mégarde à des demandes conséquentes.

Desarrollos en Sudáfrica – Denuncia de Mal Proceder (“Whistle Blowing”) y la nueva Ley de Compañías (Companies Act)

By Gill Bolton, South Africa

Gill Bolton, un socio en Sudáfrica, explica como la nueva Ley de Compañías (“Companies Act”) protege a los denunciantes de mal proceder.

Aún y cuando no entrará en vigor antes del 8 de Abril de 2010, la nueva Ley de Compañías 71 de 2008 (la “Ley”) establece una mayor protección para los denunciantes de mal proceder en el sector corporativo. Las compañías que operan en Sudáfrica deben revisar las diversas provisiones de la Ley tan pronto como sea posible y tomar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento.

Que es la denuncia de mal proceder?

La mayor parte de la gente entiende a un denunciante de mal proceder como una persona que trasmite información sobre alguna conducta en la organización, que el denunciante de mal proceder entiende o supone como ilegal o falta de ética en alguna forma.

El denunciante de mal proceder puede ser un empleado o una persona ajena, como por ejemplo, un proveedor de servicio agraviado, que considera que un soborno pudo haber sido la razón para la adjudicación de una oferta en particular.

Cuales leyes regulan la denuncia de mal proceder en Sudáfrica?

Los empleados que denuncian conductas ilegales o irregulares están protegidos por la Ley de Revelaciones Protegidas (“Protected Disclosures Act”) o por sus siglas en inglés “PDA”).

Pretende proteger a los empleados denunciantes de mal proceder del llamado detrimento ocupacional y proveer ciertos remedios en caso de que sufran dicho detrimento en consecuencia. Aplica tanto a los empleados del sector público como del privado.

En la práctica, no obstante, la protección que confiere la PDA tiende a no ser muy efectiva. No cubre las frecuentemente sutiles formas de discriminación y de detrimento de que son objeto los denunciantes de mal proceder, el trauma emocional que sobreviene y al hecho de que frecuentemente deben recurrir a la Corte para proteger sus puestos de trabajo.

Que es lo que dice la Ley de Compañías sobre la denuncia de mal proceder?

El Capitulo 7 de la Ley se titula Remedios y Aplicación (Remedies and Enforcement) y la sección 159 establece ciertas protecciones para los denunciantes de mal proceder en Sudáfrica. Significativamente, establece que en la medida que de origen a cualquier derecho de, o establezca cualquier protección para, un empleado (según tal término se define en la “PDA”) lo ahí establecido es en adición a lo establecido en la “PDA”.

Esta sección también establece que cualquier artículo en el acta constitutiva (“Memorandum of Incorporation”) de la compañía, o en regulaciones internas, o en un contrato, será nulo en caso de ser inconsistente con, o si trata de burlar, esa sección.

De acuerdo con lo establecido en la Ley, cualquier revelación de información será protegida si se efectúa de buena fe a la persona u organismo apropiado y la Ley lista cuales son éstos.

El denunciante de mal proceder debe tener una creencia razonable al momento de hacer la denuncia, que el individuo o la compañía:

- Contravino la Ley, u otra ley mencionada en el Anexo 4 de la Ley o
- Incumplió o estaba incumpliendo cualquier obligación estatutaria de la compañía; o
- Llevó a cabo una conducta que puso en peligro o era probable que pusiera en peligro la salud, o seguridad del individuo o dañara el ambiente, o
- Discriminó injustamente cualquier persona según establece la Sección 9 de la Constitución y la Ley para Promover la Igualdad y Prevenir la Discriminación Injusta de 2000 (“Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act, 2000”) o
- Contravino cualquier otra legislación en alguna forma que pudo exponer la compañía a un riesgo de contingencia o es inherentemente perjudicial a los intereses de la compañía.

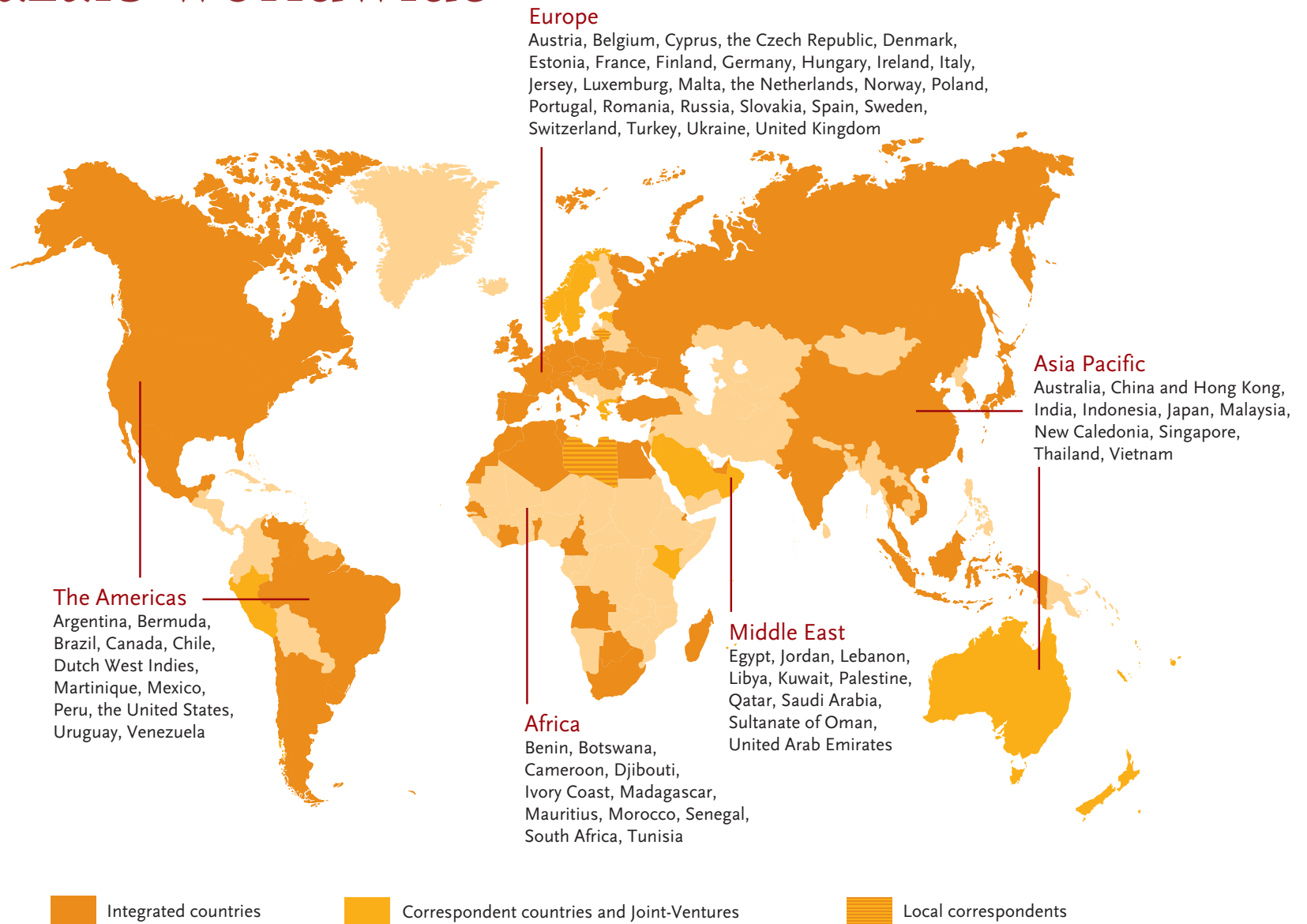
Las personas que calificarían para ser protegidas en relación con los requisitos de buena fe y la creencia razonable referidos, es un concepto más amplio que el del empleado previsto en la PDA. La lista, según se establece en la subsección 4, incluye a: un accionista, un director, el secretario de la compañía, un ejecutivo preestablecido, un empleado, un sindicato registrado que represente a los empleados de la compañía u otro representante de los empleados, un proveedor de bienes o servicios de la compañía, o un empleado de dicho proveedor.

Ellos tendrían privilegio calificado en relación con la revelación o denuncia y serían inmunes a cualquier contingencia civil, administrativa o penal resultado de la revelación o denuncia. Adicionalmente, tendrían derecho a una compensación por daños sufridos como resultado de la revelación (ya sea que acontezca o solo sea posible que acontezca) de cualquier otra persona que cause detrimento a ellos, o que los amenace con dicho detrimento. Esto significa que potencialmente no existe límite a la compensación.

Una compañía pública o de participación estatal, debe establecer directa e indirectamente y mantener, un sistema para recibir denuncias de conformidad con lo establecido en dicha sección en forma confidencial, y debe dar seguimiento a dichas denuncias y publicitar la disponibilidad de dicho sistema a las personas referidas en la subsección 4. Claramente una línea telefónica de denuncia sería la herramienta primaria que podrá ser utilizada por las compañías para este efecto.

En conclusión, las implicaciones de esta sección son potencialmente, de un gran alcance y requerirán ser administradas estratégicamente de forma que las compañías no se expongan inconscientemente a demandas con base en estas provisiones.

Mazars worldwide



Mazars LLP is the UK firm of Mazars, an international advisory and accountancy group with an integrated practice in 56 countries. As a member of the Praxity alliance, Mazars extends its international reach to 76 countries.

Please get in touch...

with one of our National Contacts listed below or your usual forensic contact:

Belgium

Lieven Acke
T: +32 9 265 83 20
E: lacke@mazars.be

Czech Republic

Zachary Rosen
T: +420 224 835 730
E: zachary.rosen@mazars.cz

Hong Kong

Ken Morrison
T: +852 2909 5599
E: ken.morrison@mazars.com.hk

France

Luc Marty
T: +33 1 49 97 61 85
E: luc.marty@mazars.fr

Germany

Stephan Kleinmann
T: +49 30 200774-10
E: stephan.kleinmann@mazars.de

Hungary

Zsuzsa Fekete
T: +36 1885 0279
E: zsuzsa.fekete@mazars.hu

India

Monish Chatrath
T: +91 124 4814 404
E: monish.chatrath@mazars.co.in

Ireland

Tom O'Brien
T: +353 1 449 4458
E: tjobrien@mazars.ie

Italy

Carlo Consonni
T: +39 02 5820 1321
E: carlo.consonni@mazars.it

Japan

Bruce Darrington
T: +813 5464 3077
E: bruce.darrington@mazars.jp

Malaysia

Kin Kheong Tang
T: +603 2161 5222
E: kin-kheong.tang@mazars.my

Mexico

Mauricio Rioseco
T: +52 5 55 980 5200
E: mauricio.rioseco@mazars.com.mx

Poland

Monika Kaczorek
T: +48 22 345 5200
E: m.kaczorek@mazars.pl

Russia

Jean-Marc Tinel
T: +7 495 792 52 45
E: jean-marc.tinel@mazars.ru

South Africa

Gillian Bolton
T: +27 21 405 4128
E: gill.bolton@mazars.co.za

Switzerland – Geneva

Jacques Fournier
T: +41 (0)22 708 1080
E: jacques.fournier@mazars.co.uk

Switzerland – Zurich

Franco Straub
T: +41 (0)0 44 384 9371
E: franco.straub@mazars.ch

Thailand

Rob Hurenkamp
T: +66 2 670 1100
E: rob.hurenkamp@mazars.co.th

The Netherlands

Aarnout de Bruijne
T: +31 10 2771510
E: aarnout.debruijne@mazars.nl

Turkey

Gokhan Almaci
T: +90 212 288 72 22
E: galmaci@mazarsdenge.com.tr

UAE

Ghassan Sakhnini
T: +971 4 357 3111
E: gsakhnini@mazars.ae

UK

Nigel Grummitt
T: +44(0)20 7063 4101
E: nigel.grummitt@mazars.co.uk

USA

Pamela O'Neill
T: +1 212 375 6510
E: pamela.oneill@weiser-mazars.com