

## 咨询 | 《多德-弗兰克法案》

2011年6月7日

### 证券交易委员会通过举报人最终规则：其实践意义何在？

证券交易委员会（“证券委员会”）上周以3比2的投票结果通过了《多德-弗兰克法案》下新的举报人方案最终实施规则。该最终规则至少在理论层面回答了获得举报奖励的适格者以及在何种情形下能够获得奖励等相关问题。

比如，我们现在得知证券委员会并未要求公司员工进行内部举报，而是在规则中增加了各种激励措施，使内部举报对员工更具吸引力。这些措施能否奏效尚待观察。我们还得知在特定情形下，董事、管理人员以及担任理事职务的其他人士也能够有资格获得举报奖励。获奖适格员工的范围与提案规则相比有所缩减，但其能够获得举报奖励的情形却有所增加；公司还面临迅速向证券委员会自我报告潜在不当行为的压力。最后一点是，规则对反报复保护范围的规定甚至可能比最初预期的更加广泛。尽管证券委员会尚未就该等条款发布细则（因此联邦法院拥有该等条款的解释权），但证券委员会已经说明反报复保护依赖于员工如何“合理认为”其信息性质的性质。

最终规则在前述各方面的最终效果将随时间推移而逐渐清晰。目前公司应详细地关注其合规文化以及组织动态；最终规则在原则上强调有必要“迅速”应对举报人的指控和要以谨慎态度对待举报人。公司也应思考在进行与指控相关的内部调查时，如何尽量为内部调查保密。鉴于《多德-弗兰克法案》向举报人提供了有力的激励措施，公司还应考虑主动向执法机构进行披露相关的风险与利益。

### 关键条款

**举报人方案基本要点。**《多德-弗兰克法案》规定，对于主动向证券委员会提供原始信息的人士，如果该等信息导致联邦证券执法成功并产生超过100万美元的罚款，证券委员会将向举报人授予现金奖励。奖金额是证券委员会及任何相关行动产生罚金的10%至30%。该法案还就防止雇主报复规定了广泛的保护措施。

**主动提交信息。**最终规则没有对“主动”提交信息的要求进行过多解释，但相关解释将会非常重要。符合最终规则下“主动”提交信息的条件是，在证券委员会或其他指定机构就举报事件向举报人本人询问之前，该等举报人应已经提交信息。向该等举报人的雇主发出的询问不足以使举报人丧失获奖资格，即使该等举报人拥有调查范围内的信息或文件。对提案规则作出的这一修订将使员工更易获得奖励。而且，该修订加大了下述风险：任何得知证券委员会或其他特定机构正在进行调查的人士（无论是员工还是公司之外的第三方）都可能成为举报人。

**鼓励内部举报的激励措施。**正如企业界所指出的，证券委员会没有要求内部举报作为获奖适格性的条件，但增加了鼓励内部举报的三条措施：

- **奖励数额。**最终规则要求在确定奖励数额（10%-30% 的法定范围）之时需要考虑举报人参与内部举报的情况。参与内部合规方案可能提高奖金额；干预内部举报方案可能降低奖金额。
- **延长的“回顾期”。**证券委员会已知的“信息”不能视为“原始信息”。这条规定确保了第一个向证券委员会举报的人士。但员工可以先在公司内部向雇主举报；且如果其在 120 天内向证券委员会举报，证券委员会将因其之前进行原始内部举报而授予其奖励。该“回顾期”（将提案规则中的 90 天进行了延长）旨在赋予举报人和公司在证券监督委员会参与之前解决问题的机会（如适用）。
- **公司自我报告的获奖情形。**如果某一举报人进行内部举报导致公司就全部或部分举报内容提起内部调查，而且举报人在内部举报后 120 天内向证券委员会举报，该举报人能够就公司后来自我报告的全部信息获得奖励。

**排除“特殊人员”和特权信息。**依照最终规则，从某实体的合规项目、内部审计和调查程序中获得的信息一般不得被管理人员、董事、合规和内部审计人员、以及聘请的调查者（统称“特殊人员”）利用。但特殊人员下列情形下可以使用上述信息：如果其有合理根据认为该公司正在进行的活动会妨碍对不当行为的调查，或者认为有必要使用上述信息以阻止可能对该实体或投资者带来巨大损害的行为。此外，下列情形下特殊人员可以不受限制地在提交举报信息时使用该等信息（从特权沟通中获得的信息除外）：特殊人员获知保密信息的情形表明在该实体的审计委员会、法律总监、首席合规官、或该特殊人员的上级已知道该等信息，则特殊人员获知该等信息 120 天后；或者在特殊人员向上述机构的其中之一进行举报 120 天后。

类似地，通过律师（内部律师或外部律师）与客户之间的沟通获得的特权信息不得用于提交举报信息，律师行为准则另行批准某律师进行上述行为的除外。禁止规定与例外规定适用于律师及非律师；换言之，如果律师获准披露特权信息，非律师也同样如此。通过对公司财务报表进行审计获得的信息一般也不得用于提交举报信息。

**禁止报复。**最终规则将举报人的定义修改为：提供一项关于“已经发生的、正在发生的、或将要发生的”“可能”违反证券法规定的相关舞弊信息的人士（取代了提案规则中的“潜在违规”标准）。此外，在反报复条款中，举报人只需“合理认为”提供的信息与违规相关；“合理认知”必须真实客观，而且处于相似情境的员工也可能合理持有同样看法。证券委员会也没有在最终规则中规定雇主可以因员工举报之外的原因对员工采取不利行为。从法规字面上看这一点应该是不言自明的，但是还需根据每一案例分析不利行动“是否”源于举报活动。

## 不确定与模糊规定

内部举报激励措施的有效性也许在一段期间内不会有定论。首先，不知道举报人是否真正看重内部举报可能引起的奖励，即使证券交易委员会认为内部举报是确定奖金数额的因素

之一。其次，尽管“回顾期”明确地给予员工和公司留出处理潜在举报问题的时间，未能及时向证券委员会举报的人将面临一种“反向风险”：即另一举报人可能在“回顾期”向证券委员会举报，促进证券委员会的调查，并因此可能有权分享最终奖励。上述“战术问题”（得到充分信息的举报人可能会理解这种战术问题）可能仅与下列举报人最相关：那些非常不愿（无论其出于何种原因）向证券委员会举报的人士，即使最终规则保证举报人匿名。第三，对于一般举报人而言，因公司向证券委员会自我报告而有可能获得奖励似乎过于投机。例如可能有人会问，举报人是否确信其举报行为可能在 120 天内引发公司调查，而且公司会选择自我报告调查将产生的结果？

特殊人员的排除与例外情形可能是最难理解的。“有合理依据认为”这一标准是客观吗？如果每一被排除类别的人员都能够确定其“认为”的除外情形是否适用于立即举报，该排除是形同虚设？从表面看 120 天例外情形，仅凭时间推移这一条件就能允许特殊人员为个人获益而使用调查信息。但如果公司在 120 天届满之前向证券委员会汇报，特殊人员举报时信息已经被证券委员会知悉。这是否意味着只要公司在 120 天之内向证券委员会自我报告特殊人员将要提供的信息，该等信息就不再是“原始信息”呢？看上去似乎如此，但从最终规则字面中这个答案并非显而易见。

尽管法院在适用《虚假申报法》和《萨班斯-奥克斯利》时已经对反报复相关的“合理认知”进行了阐述，但很难确定是否应允许雇主对那些可能是举报人的员工（即使其应该受到处罚）采取处罚措施。

## 公司如何应对？

- 确保有效合规监管。首要一点是，公司应当确保有效的内部合规方案。该合规方案应通过多种方式（包括匿名举报）为内部举报提供便利。
- 培育“合规文化”。“合规文化”以及树立正确的“高层态度”在任何时候都非常重要。清晰地沟通政策（包括内部举报以及反报复政策），确保该实体的在各个层次的行为都符合该等政策，并通过员工培训强化这些政策。
- 认识到潜在的举报人不一定是员工。应当对举报以及应对方案进行检测，使其能够处理来自非员工（包括客户、供应商、分销商、其他业务伙伴、股东和公众）的投诉。
- 确保法律部门及早参与。律师-当事人信息披露豁免权一直非常重要；鉴于律师与客户之间的特权信息一般排除在提交的举报信息之外，律师-当事人信息披露豁免权更具有重要性。
- 迅速调查并确定管理战略。因为举报人能够选择在任何时间向证券监督委员会举报，公司应当及时针对核心指控进行的高效谨慎的调查。最终目的是发现足够的事实，使公司能够分析核心指控的依据并决定是否提前向证券委员会自我报告。公司提前自我报告可能降低证券委员会参加的可能性。如果公司不自我报告，举报人的举报可能促使证券委员会参与。
- 以十分谨慎的态度对待可能影响举报人的人事事务。记住即使举报人有错，其还可能受不利雇用行动之规定的保护。

- 分析举报人并与其沟通。没有两位举报人是相同的。有一些举报人受到道德或伦理的影响，另外一些是为了金钱。但是许多举报人仅希望有人倾听。理解举报人关心的问题，按照承诺的方式依照其意愿行事。如果可能，让举报人知道其关切的问题正在得到解决。

\* \* \*

如果您希望更广泛地探讨本最终规则或举报人问题，请联系本所下列成员：

Eric Carlson (柯礼晟)	86.10.5910.0503	<a href="mailto:ecarlson@cov.com">ecarlson@cov.com</a>
Steven Fagell	202.662.5293	<a href="mailto:sfagell@cov.com">sfagell@cov.com</a>
Haywood Gilliam	415.591.7030	<a href="mailto:hgilliam@cov.com">hgilliam@cov.com</a>
Barbara Hoffman	212.841.1143	<a href="mailto:bhoffman@cov.com">bhoffman@cov.com</a>
Nancy Kestenbaum	212.841.1125	<a href="mailto:nkestenbaum@cov.com">nkestenbaum@cov.com</a>
David Martin	202.662.5128	<a href="mailto:dmartin@cov.com">dmartin@cov.com</a>
John Rupp	+44.(0)20.7067.2009	<a href="mailto:jrupp@cov.com">jrupp@cov.com</a>

本咨询并非旨在提供法律意见。读者依照本咨询提及的主题事项行事之前，请寻求具体法律意见。

科文顿是一家国际化律师事务所，提供公司、诉讼和监管专业服务，以协助客户达成目标。本通讯旨在给予本所客户的相关部门及感兴趣的其他同事。如果您将来不希望收到电子邮件或电子期刊，请回信至 [unsubscribe@cov.com](mailto:unsubscribe@cov.com)。

© 2011 科文顿·柏灵律师事务所。The New York Times Building, 620 Eighth Avenue, New York, NY 10018-1405. 所有权利保留。