

Fusies en overnames van ICT-leveranciers

Aandachtspunten bij het fuseren met en overnemen van ICT-leveranciers



CHUBB

LawyersforIT

Cordemeyer & Slager / Advocaten

Deze handleiding is bedoeld om enkele tips en aandachtspunten vanuit juridisch perspectief te geven wanneer u betrokken bent bij een fusie met of overname van een ICT-leverancier.

De verschillende onderwerpen die hierna aan bod komen zijn onder andere relevant in het kader van een due diligence onderzoek door een potentiële koper. Tegelijkertijd zijn dit ook de onderwerpen waar een verkoper naar zal moeten kijken ter voorbereiding op de verkoop van zijn onderneming. Ook bij het aantrekken van nieuwe investeerders en het waarderen van de onderneming, zullen deze onderwerpen relevant zijn.

De bevindingen van het due diligence onderzoek zullen de basis vormen voor de afspraken in de koopovereenkomst over de verdeling van de risico's (en de daarmee gepaard gaande kosten) van de target vennootschap.

Deze handleiding is voor u opgesteld in samenwerking met Cordemeyer & Slager / Advocaten, gespecialiseerd in juridische dienstverlening voor ICT-leveranciers.

Eigendom en aandelenopties

Bij een overname is het altijd van belang om het juridisch eigendom van de target vennootschap vast te stellen. Met name bij tech start-ups en scale-ups is het daarbij relevant om aandacht te hebben voor de aanwezigheid van eventuele converteerbare leningen of optieplannen.

Omdat de waarde van start-ups met name in het groeipotentieel zit, is het in de beginfase van de onderneming lastig om vast te stellen wat de waarde van aandelen is. Om die reden zie je dat zogenaamde *venture capital* of *angel* investeerders regelmatig mede middels een converteerbare lening investeren in tech start-ups. Met een converteerbare lening wordt een geldlening verstrekt die (naar keuze van de geldverstrekker) op een later moment kan worden omgezet in aandelen.

Met name bij start-ups en scale-ups komt het voor dat werknemers naast loon, opties op aandelen hebben. Met een optierecht op een aandeel heeft iemand het recht om een vooraf vastgesteld aantal aandelen voor een

vooraf vastgestelde prijs te verwerven op (uiterlijk) een vastgesteld moment in de toekomst. Op die manier wordt geprobeerd met weinig geld bij de start toch getalenteerde en dure werknemers aan te trekken.

Contractbeheer en leveringsvoorwaarden

Om te beoordelen welke risico's spelen bij een target vennootschap, moet onder andere gekeken worden naar de (belangrijkste) commerciële overeenkomsten die de target vennootschap met haar klanten en toeleveranciers sluit. In de overeenkomsten zijn de verantwoordelijkheden (en daarbij horende aansprakelijkheden) van de target vennootschap tegenover klanten en toeleveranciers opgenomen.

Indien er een beleid met betrekking tot het contractenbeheer bestaat bij de target vennootschap en uit het due diligence onderzoek blijkt dat door de target vennootschap (structureel) niet wordt voldaan aan dat beleid of dat beleid afwijkt van het beleid van de kopende partij, is dit ook een relevante bevinding voor de koper om rekening mee te houden na voltooiing van de overname en bij de integratie van de target vennootschap in de onderneming van de koper.

We zullen hierna nader ingaan op een aantal belangrijke onderwerpen die bij ICT-leveranciers spelen en die ook relevant zijn bij het bekijken van de commerciële overeenkomsten van de target vennootschap.

Naast de in deze handleiding genoemde onderwerpen zijn er ook meer algemenere aandachtspunten bij het bekijken en beoordelen van de (belangrijke) commerciële overeenkomsten van de target vennootschap. Denk hierbij aan bepalingen over de toepasselijkheid van algemene voorwaarden, aansprakelijkheid, fatale (leverings-)termijnen, garanties & vrijwaringen, opzegging en beëindiging. Voor meer informatie en achtergrond over die

onderwerpen, verwijzen we naar de Chubb Pro ICT Fact Sheet – Contractbeheer.

Intellectueel eigendom, databanken en bedrijfsgeheimen

Het is van belang om het intellectueel eigendomsrecht van een ICT-leverancier te verifiëren, omdat vast moet worden gesteld in hoeverre de ICT-leverancier daadwerkelijk gerechtigd is om de intellectuele eigendomsrechten te gebruiken en te exploiteren.

Het kan ook zijn dat de target vennootschap software van een toeleverancier levert, al dan niet als onderdeel van zijn eigen software. In dat geval is het van belang om na te gaan onder welke voorwaarden die software mag worden meegeleverd door de target vennootschap. Hoe groot is de afhankelijkheid van de toeleverancier, hoe makkelijk kan de toeleverancier een prijsverhoging afdwingen en is de target vennootschap vatbaar voor een zogenaamde *vendor lock in*? Indien de toeleverancier het gebruiksrecht gemakkelijk kan beëindigen, maar de software van de toeleverancier bij de target vennootschap niet zo maar vervangen kan worden, kan dit grote gevolgen hebben voor de target vennootschap en haar klanten.

Een ander aandachtspunt is de vraag of en, zo ja, in hoeverre er gebruik is gemaakt van open source software bij het ontwikkelen van het relevante softwareproduct van de onderneming. Open source software is software die aan het publiek ter beschikking is gesteld onder bepaalde gebruiksvoorwaarden en is dus geen eigendom van de onderneming die de open source software gebruikt voor het ontwikkelen van haar eigen software product.

Andere relevante intellectuele eigendomsrechten die vaak spelen bij ICT-leveranciers zijn octrooirechten, ook wel patenten genoemd. Een octrooirecht biedt bescherming voor uitvindingen van een technisch

product of ontwerp. In dit kader is het bijvoorbeeld van belang om te verifiëren of het octrooi op juiste wijze en op de naam van de target vennootschap is geregistreerd. Daarnaast is relevant hoe lang het octrooi nog geregistreerd is. Een octrooi biedt voor maximale periode van 20 jaar bescherming.

Databanken (en databankrecht) worden vaak in één adem genoemd met intellectueel eigendomsrecht. Een databank is een digitale verzameling van gegevens of data. Bij databanken wordt echter de economische investering beschermd en niet zozeer de geestelijke schepping. Inbreuk op een databankrecht is verboden.

Voor (overige) bedrijfsgevoelige informatie kan de bescherming van de Wet Bescherming Bedrijfsgeheimen daarnaast uitkomst bieden: bij schending van een bedrijfsgeheim staan de eigenaar van die bedrijfsgeheimen vergaande handhavingsrechten ter beschikking.

Exploitatie intellectueel eigendom

Het is daarnaast van belang om in de klantovereenkomsten die de target vennootschap sluit na te gaan wat er is afgesproken over het gebruik van de intellectuele eigendom van de onderneming door die klanten.

Het verstrekken van een gedefinieerd (niet-exclusief) gebruiksrecht door de target vennootschap verdient hierbij in veel gevallen de voorkeur boven het overdragen van intellectuele eigendomsrechten. Bij overdracht verliest de verkoper de zeggenschap over de overgedragen rechten en daarmee in veel gevallen ook het recht om de software aan andere klanten te (blijven) leveren of aan te passen.

De omgang, duur en gevolgen van beëindiging van een gebruiksrecht zijn ook relevant wanneer de target vennootschap de software van een andere partij, al dan niet verwerkt in haar eigen product, levert aan haar klanten. Mogen bestaande contracten met eindklanten bijvoorbeeld worden

uitgediend na beëindiging van de overeenkomst tussen target vennootschap en de toeleverancier? Is er een overgangperiode waarin de (eind)klanten de software mogen blijven gebruiken totdat er een alternatief voor handen is?

In het geval van clouddiensten (zoals SaaS, PaaS of IaaS) is het relevant om na te gaan in hoeverre een wijziging in de dienst bij één klant effect heeft op de dienst bij de andere klanten. Indien een wijziging in de dienst voor één klant ook effect heeft op de dienst voor alle andere klanten, is het van belang dat de klantcontracten zo veel mogelijk gelijk lopen waardoor de target vennootschap zo min mogelijk beperkt wordt in het leveren van de dienst.

De omvang en duur van een gebruiksrecht in combinatie met de gebruiksrechtvergoeding zijn ook van belang voor al dan niet toepasselijkheid van wettelijke bepalingen ter zake koop. Een gebruiksrecht van onbeperkte duur voor standaard programmatuur waarvoor een éénmalige vergoeding wordt betaald, wordt in de jurisprudentie gelijkgesteld met koop en krijgt aanvullende wettelijke bescherming (conformiteitsvereiste e.d.).

Informatiebeveiliging

Bij levering van ICT producten en diensten speelt beveiliging vaak een cruciale rol: bijna net zo vaak wordt daarover in de contracten onvoldoende beschreven met alle consequenties voor de aansprakelijkheid van de ICT-leverancier van dien. Het is belangrijk om te bekijken wat precies is afgesproken in de klantcontracten over de te nemen beveiligingsmaatregelen, wat van de klant verwacht mag worden en welke verantwoordelijkheid de klant zelf heeft. Dit is ook relevant gelet op de zorgplicht van ICT-leveranciers en de potentiële aansprakelijkheidsrisico's die daarbij komen kijken (waarover hierna meer onder het kopje

“Zorgplicht”).

Los van de juridische aspecten in het kader van informatiebeveiliging, is het uiteraard van belang om – samen met een (niet juridische) ICT adviseur - te kijken naar het niveau van de door de target vennootschap geïmplementeerde beveiligingsmaatregelen, de weerbaarheid tegen beveiligingsincidenten en de mate van voorbereiding op de situatie dat er een beveiligingsincident plaatsvindt.

Heeft de target vennootschap een goed beeld van de risico's die zij loopt op het gebied van beveiliging? Is er op directieniveau een analyse gemaakt ter onderbouwing van de (al dan niet) te nemen beveiligingsmaatregelen in verhouding tot de risico's en kosten? Worden er weerbaarheidstrainingen gegeven aan het personeel? Is er een incident response plan? Wordt het incident response plan ook met enige regelmaat doorlopen en geoefend door de aangewezen personen die snel moeten handelen bij een incident?

De door de target vennootschap gehandhaafde beveiligingsmaatregelen zijn daarnaast van belang voor de verzekeraar van de target vennootschap. Indien de gehandhaafde beveiligingsmaatregelen niet op orde zijn, kan een verzekeraar daar rekening mee houden bij het accepteren van de target vennootschap als verzekerde en de toepasselijke voorwaarden van de beroepsaansprakelijkheids- en cyberverzekering. Het is in het gezamenlijke belang van verzekeraar en verzekerde om te zorgen dat verzekerde voldoende weerbaar is tegen beveiligingsrisico's en goed voorbereid is op de situatie dat ze wordt getroffen door een beveiligingsincident.

Data & Privacy

Indien persoonsgegevens worden verwerkt, en daarvan is al heel snel sprake, is de Algemene Verordening Gegevensbescherming (“AVG”) van

toepassing en moet een (sub)verwerkersovereenkomst worden gesloten.

Het schenden van de AVG leidt tot aansprakelijkheid waarbij de schadeposten hoog in de cijfers kunnen lopen. Het is daarom van belang om te onderzoeken in hoeverre target vennootschap voldoet aan de relevante wet- en regelgeving.

Dit is te meer relevant wanneer verwerking door target vennootschap of haar toeleveranciers buiten de EER plaatsvindt, nu niet alle landen zijn onderworpen aan een met de AVG vergelijkbaar regime en de verwerking van persoonsgegevens om die reden onder de AVG mogelijk (zonder aanvullende waarborgen) niet is toegestaan in dergelijke landen. Voor meer informatie over Data & Privacy verwijzen wij naar de Chubb Pro ICT Factsheet – Verwerkersovereenkomst.

E-commerce

Op elektronische overeenkomsten met consumenten is specifieke Europese wet- en regelgeving van toepassing op basis waarvan aanvullende bepalingen van toepassing zijn die dienen ter bescherming van de consument. In het geval de target vennootschap bijvoorbeeld een webshop heeft, is het dus relevant om te bekijken in hoeverre in lijn met de relevante Europese wet -en regelgeving (online) wordt gecontracteerd met consumenten.

Zorgplicht

In het algemeen rust op ICT-leveranciers een (bijzondere) zorgplicht op basis waarvan zij bij de uitvoering van hun werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht moeten nemen. De afgelopen jaren is in de rechtspraak vaak een verregaande zorgplicht van ICT-leveranciers aangenomen. Zo kan de zorgplicht bijvoorbeeld meebrengen dat de ICT-leverancier niet kan volstaan met een enkele waarschuwing en berusting in de

keuzes van de klant, maar dat de ICT-leverancier alternatieven moet aandragen, indringend en herhaaldelijk moet waarschuwen of zelfs de opdracht moet weigeren of teruggeven. Het schenden van de zorgplicht leidt tot aansprakelijkheid.

De inhoud van de zorgplicht is altijd afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Aan de hand van de omstandigheden wordt bepaald hoe zwaar de zorgplicht van de opdrachtnemer is, en welke zorgverplichtingen in een concreet geval op haar rusten. Aan de inhoud van de overeenkomst wordt hierbij veel gewicht toegekend. Het is daarom van belang om tijdens het legal due diligence te kijken naar hoe de verantwoordelijkheden over en weer, voorbehouden op het actief aandragen van adviezen aan de klant over alternatieve oplossingen en de afbakening van de opdracht is

vastgelegd in de klantovereenkomsten van de target vennootschap.

Detachering, consultancy

In de ICT sector is het niet ongebruikelijk dat werknemers van een target vennootschap werkzaamheden bij een klant verrichten onder leiding en toezicht van die klant, hetgeen in de praktijk veelal wordt aangeduid als detachering. Detachering moet worden onderscheiden van de situatie waarbij werknemers van een target vennootschap werkzaamheden bij een klant verrichten onder leiding en toezicht van de target vennootschap, hetgeen veelal wordt aangeduid als consultancy.

Wanneer er sprake is van detachering kan een onderneming onder bepaalde voorwaarden verplicht zijn zich aan te sluiten bij de pensioenregeling voor

uitzendkrachten en gedetacheerden van Stichting Pensioenfonds voor Personeelsdiensten (StiPP). Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer de detachering betrekking had op meer dan 50% van de loonsom. Indien een vennootschap zich ten onrechte niet heeft aangesloten bij StiPP, kan dat forse financiële consequenties hebben.

Wanneer er uitzendkrachten worden geleverd aan of door de onderneming is bovendien de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi) van toepassing. De Waadi bevat verschillende maatregelen ter bescherming van de uitzendkrachten. Ook hier is het van belang om na te gaan of – indien van toepassing – aan de vereisten van de Waadi wordt voldaan.

Disclaimer

Dit document is geen juridisch advies. Het bovenstaande is niet volledig en niet gericht op uw specifieke situatie.

Raadpleeg altijd een jurist of advocaat als u vragen heeft over contracteren.

Contact

Chubb European Group SE
Postbus 704 - 2130 AS Hoofddorp
Siriusdreef 2- 2132 WT Hoofddorp
T +31(0)10 2893500
info.benelux@chubb.com
www.chubb.com/nl

Cordemeyer & Slager Advocaten
Wilsonsplein 15, 2011 VG Haarlem.
T +31 (0) 23 5340100.
www.cordemeyerslager.nl