

## Het juridische ICT due diligence onderzoek voorafgaand aan een overname

### Inleiding

Ondernemingen komen steeds vaker in aanraking met de productiefactor informatie- en communicatietechnologie (hierna: ICT). Dit is dan ook een van de redenen waarom het betreffende onderwerp steeds belangrijker wordt om te komen tot een geslaagde overname van een onderneming.

In deze op de praktijk gerichte bijdrage zal worden ingegaan op het ICT due diligence onderzoek dat juristen verrichten tijdens de fase die voorafgaat aan de overname van een onderneming. Eerst zal worden uiteengezet wat een due diligence onderzoek en in het bijzonder een ICT due diligence onderzoek inhoudt. Vervolgens zal worden uiteengezet wat wordt verstaan onder ICT-overeenkomsten. Ook zal worden ingegaan op de wijze van het analyseren van de ICT-voorzieningen (in het kader van deze bijdrage worden hieronder verstaan de hardware, software en telecommunicatiefaciliteiten) binnen een onderneming tijdens het ICT due diligence onderzoek. Uiteengezet zal worden waarop de jurist uitdrukkelijk dient te letten en wat de eventuele knelpunten kunnen zijn bij het analyseren van ICT-overeenkomsten en overige van belang zijnde ICT-gerelateerde documenten. Ten slotte volgt een conclusie.

### Het doel en de reikwijdte van het juridische ICT due diligence onderzoek

#### *Het algemene juridische due diligence onderzoek*

Het algemene juridische due diligence onderzoek gaat vooraf aan de fusie, overname, beursgang, financiering of joint venture van één of meer ondernemingen. Benadrukt zij dat in deze bijdrage alleen de overname zal worden belicht. Op grond van jurisprudentie is bepaald in welke mate de verschillende betrokken partijen bij een overname over en weer een meldings- en onderzoeksplicht hebben. Zo is het Hoog Catharijne-arrest<sup>1</sup> voor de overnamepraktijk van groot belang. Op grond van dit arrest van de Hoge Raad staat vast dat de kopende partij bij een bedrijfsovername een vergaande onderzoeksplicht heeft en dat door diezelfde partij niet blindelings vertrouwd mag worden op de garanties en mededelingen van de verkopende partij. Deze stelling moet enigszins worden genuanceerd indien de verkopende partij expliciete mededelingen in de vorm van garanties aan de kopende partij doet, die als gevolg daarvan bepaalde onderwerpen niet meer onderzoekt. De verkopende partij kan zich dan op grond van de redelijkheid en billijkheid niet beroepen op de onderzoeksplicht van de kopende partij. Opgemerkt zij dat het begrip garantie

in deze context geen vaststaande betekenis heeft en dat grote zorg dient te worden besteed aan de formulering van garantiebepalingen.

Hoewel de Hoge Raad hiermee een aantal handvatten heeft geformuleerd ten aanzien van due diligence onderzoeken, heeft de Hoge Raad in latere jurisprudentie<sup>2</sup> verschillende keren beslist dat de omstandigheden van het geval een grote rol spelen bij de beslissing omtrent de reikwijdte van de meldings- en onderzoeksplicht.<sup>3</sup> Dit laatste maakt het voor (juridisch) adviseurs lastig om in algemene termen regels te formuleren bij het due diligence onderzoek.

#### *Het juridische ICT due diligence onderzoek*

Uit het voorgaande kan worden geconcludeerd dat het Hoog Catharijne-arrest en de daaropvolgende jurisprudentie duidelijk hebben gemaakt dat de onderzoeksplicht van de kopende partij verder gaat dan daarvoor werd aangenomen. Dit heeft ook mede tot gevolg gehad dat gespecialiseerde juristen, waaronder ICT-juristen, tegenwoordig worden ingezet bij het due diligence onderzoek, dat voorheen voornamelijk door in het ondernemingsrecht gespecialiseerde juristen werd uitgevoerd. ICT-kosten binnen ondernemingen nemen als gezegd toe en ICT is een belangrijke productiefactor geworden. Ter illustratie: bij financiële instellingen, zoals banken en verzekeraars, vormen de ICT-kosten circa 20% van de totale operationele kosten.<sup>4</sup>

### Waarop dient te worden gelet bij het juridische ICT due diligence onderzoek?

In het navolgende zal telkens, voor zover nodig, worden uitgegaan van het volgende voorbeeld. Een onderneming (hierna: Koper) is voornemens een andere onderneming (hierna: Verkoper) over te nemen. Verkoper is een financiële instelling waarbij ICT een belangrijke productiefactor is die bestaat uit bedrijfskritische hard- en software. Alvorens de overname rond is, zal een ICT due diligence onderzoek worden gedaan naar Verkoper door een jurist die optreedt voor Koper. Aan de hand van deze ten opzichte van de werkelijkheid vereenvoudigde casus zal worden uiteengezet waar de jurist op dient te letten tijdens een dergelijk onderzoek.

#### *ICT-overeenkomsten*

Van de documenten die worden aangeleverd door Verkoper, zijn de ICT-overeenkomsten die zijn gesloten tussen Verkoper en derden, van groot belang om zorgvuldig onderzocht te worden door Koper. ICT-overeenkomsten hebben als voorwerp producten of diensten op het terrein van informatietechnologie en telecommunicatie.<sup>5</sup> Er zijn veel soorten ICT-overeenkomsten, die soms in elkaar overlopen, maar grofweg is de volgende indeling te maken:

- 
2. Zie voorts HR 16 juni 2000, RvdW 2000, 157 C (L.E. Beheer/Stijnman) en HR 14 mei 2004, NJ 2004, 361 (M&M Beheer).
  3. S.Y.Th. Meijer, *Bedrijfsovername*, Deventer: Kluwer 2005, p. 69.
  4. H.M.P. Kersten, *IT Due Diligence*, Banking Review 2002, vol. 13, p. 6.
  5. H. Franken, *Recht en Computer*, Deventer: Kluwer 2004, p. 79.

---

1. HR 22 december 1995, NJ 1996, 300.

## 1. Softwareovereenkomsten

Softwareovereenkomsten zien voornamelijk op de aanschaf van standaard- of maatwerksoftware en kunnen weer worden onderverdeeld in gebruiksrechtsovereenkomsten en softwareontwikkelingsovereenkomsten. Gebruiksrechtcontracten worden veelal ook aangeduid als softwarelicenties waarbij de licentiegever een gebruiksrecht op de software verleent aan de licentienemer. Bij een softwarelicentie is doorgaans geen sprake van een overdracht van rechten. Er is slechts sprake van een obligatoire overeenkomst waarin het gebruiksrecht van de licentienemer is vastgelegd. Dit gebruiksrecht is doorgaans in aard, omvang en duur onderhevig aan overeengekomen beperkingen. Het voornaamste doel van een softwarelicentie is dan ook te regelen wat de licentienemer 'mag' met de software. Softwareontwikkelingsovereenkomsten zitten echter complexer in elkaar en zien naast overeengekomen licentie bepalingen ook op het ontwerp, de bouw en de acceptatieprocedure van maatwerksoftware. Overeenkomsten die standaardsoftware regelen, maar ook voorzien in maatwerk aanpassingen, komen ook veel voor.

## 2. Hardwareovereenkomsten

Hardwareovereenkomsten zijn veelal van een eenvoudiger karakter en zien op de koop of huur van computers, mobiele telefoons, printers, scanners en overige apparaten.

## 3. Dienstenovereenkomsten

Dienstenovereenkomsten kunnen betrekking hebben op vele aspecten van ICT, zoals het adviseren over strategie of probleemsituaties, het invoeren van systemen of het opleiden van personeel. Deze overeenkomsten zijn voor een vaste prijs of tegen nacalculatie ('time-and-materials') aangegaan.

## 4. Service- en onderhoudsovereenkomsten

Service- en onderhoudsovereenkomsten worden aangegaan voor het preventief en/of correctief onderhoud van zowel software als hardware. In de overeenkomst wordt vastgelegd hoe, onder welke omstandigheden en binnen welke tijdstippen diensten worden geleverd of onderhoud wordt gepleegd door de leverancier van de onderhoudsdiensten. Dit laatste wordt tegenwoordig steeds vaker vastgelegd in de zogenoemde afzonderlijke Service Level Agreement, die als bijlage onderdeel kan uitmaken van de onderhoudsovereenkomst.<sup>6</sup>

## 5. Outsourcingovereenkomsten

Indien alle of een deel van de ICT-faciliteiten binnen een onderneming, dan wel diensten die daarop betrekking hebben, worden uitbesteed aan een derde partij, zullen outsourcingovereenkomsten van toepassing zijn. Deze overeenkomsten behoren tot de complexere ICT-overeenkomsten,

aangezien in de meeste gevallen naast software en hardware en het beheer en onderhoud daarvan, ook personeel wordt overgedragen aan de derde partij. Net als bij onderhoudsovereenkomsten kan bij outsourcingovereenkomsten de Service Level Agreement als bijlage worden opgenomen, waarin de vele technische specificaties met betrekking tot de uitbestede ICT-faciliteiten kunnen worden opgenomen.<sup>7</sup>

## 6. Telecommunicatie gerelateerde overeenkomsten

Telecomgerelateerde overeenkomsten zijn onder andere van toepassing indien een onderneming diensten levert via het internet of één of meer websites exploiteert. Gedacht kan worden aan hostingovereenkomsten waarbij de 'hosting provider' webruimte, webdiensten en het onderhoud van bestanden voor websites aanbiedt. Daarnaast vallen hieronder de overeenkomsten die zijn afgesloten met leveranciers van vaste en mobiele telecommunicatiediensten. Telefonie via het internet, ofwel VoIP, wordt een groeiend aandachtspunt.

### *Algemene bepalingen uit ICT-overeenkomsten die onderzocht dienen te worden*

#### – *Intellectuele eigendomsrechten*

ICT bestaat grotendeels uit immateriële activa. De gebruiker van software voelt zich vaak 'eigenaar', bijvoorbeeld omdat hij voor de producten betaald heeft. In werkelijkheid is hij dat alleen als hij de auteursrechten heeft.

#### – *Termijn*

De termijn die is opgenomen in de ICT-overeenkomsten, maakt voor Koper duidelijk of al dan niet sprake is van overeenkomsten van bepaalde duur. Gebruiksrechten kunnen eindigen. Onderhoud kan eindigen, waardoor fouten in de systemen mogelijk niet meer kunnen worden hersteld. Outsourcingovereenkomsten kunnen eindigen en welke rechten heeft de koper dan met betrekking tot de ICT? Het is dus ook van belang te weten of een eventuele verlenging van de termijn mogelijk is met het oog op de continuïteit van de ICT-faciliteiten, waaronder het onderhoud daarvan. Mogelijk dient Koper hierover op korte termijn in onderhandeling te treden met de desbetreffende dienstverlener.

#### – *Boeteclausules*

Boeteclausules in ICT-overeenkomsten dienen zorgvuldig te worden onderzocht. Koper kan bijvoorbeeld voornemens zijn bepaalde ICT-overeenkomsten voortijdig te beëindigen in verband met te hoge kosten of plannen om nieuwe ICT-faciliteiten te implementeren bij Verkoper na de overname. Indien clausules in de desbetreffende ICT-overeenkomsten hoge boetes opleggen in geval van voortijdige beëindiging, zullen deze dienen te worden gesignaleerd door de jurist. Koper kan vervolgens een afweging maken tussen het betalen van de boete en de voordelen

6. P. Wit & C.E. Drion, De Service Level Agreement: een bijzondere overeenkomst?, *Contracteren* 2005, p. 32.

7. Zie voorts *Computerrecht* 2005, nr. 4, een special over outsourcing.

die voortvloeien uit voortijdige beëindiging van de ICT-overeenkomst. Ook komt het voor dat boeteclausules in relatie staan tot zogenoemde 'change of control'-clausules. Bij een wijziging van zeggenschap van Verkoper wordt dan een boete opgelegd.

*Specifieke bepalingen uit ICT-overeenkomsten die onderzocht dienen te worden*

Bij sommige ICT-overeenkomsten is het van belang dat er naast de algemene bepalingen ook nog wordt gelet op een aantal specifieke bepalingen, die achtereenvolgens aan bod zullen komen.

– *Licentiebepalingen*

Bij het beoordelen van de gebruikslicentie in een ICT-overeenkomst dient allereerst te worden vastgesteld of deze voor bepaalde of onbepaalde tijd is verleend door de licentiegever. Daarnaast dient te worden gelet op wat voor gebruik van de software door de licentie wordt toegestaan. Mag de licentie worden overgedragen of in (sub) licentie worden gegeven, mag de software ook worden gebruikt door dochterbedrijven en zijn er beperkingen aan het gebruik gesteld? Al deze aspecten van de licentie kunnen voor Koper van belang zijn bij het beoordelen van de waarde van de bij Verkoper aanwezige softwareovereenkomsten. Bij het uitvoeren van het due diligence onderzoek moet worden nagegaan op welke wijze de software daadwerkelijk wordt gebruikt bij Verkoper en dit dient te worden vergeleken met het gebruik dat door de licentie wordt toegestaan. Gesprekken met ICT-specialisten van Verkoper zijn dan ook onontbeerlijk. Ook kan het van belang zijn te weten of de koop plaatsvindt door middel van een activa-passiva-overdracht of via een aandelenoverdracht.

– *Escrowbepalingen*

Een tweede aspect met betrekking tot ICT-overeenkomsten zijn de zogenoemde escrowbepalingen. Het komt vaak voor dat met de leverancier van de software overeengekomen wordt dat de broncode (de software in voor mensen begrijpelijke programmeertaal) van de software bij een notaris of een speciaal escrowbureau wordt opgeslagen, indien de intellectuele eigendomsrechten op de software bij de leverancier berusten. Dit kan van groot belang zijn voor de continuïteit van de onderneming waar de software gebruikt wordt. In de escrowbepaling wordt een aantal afgiftegronden opgenomen. Indien de leverancier van de software bijvoorbeeld in de toekomst failliet gaat, of de ondersteuning van de software staakt, dan heeft de gebruiker van de software alsnog toegang tot de broncode om zelf het onderhoud aan de software te (laten) verrichten, wat zonder de broncode niet (goed) mogelijk is.<sup>8</sup> Bij het ICT due diligence onderzoek dient te worden nagegaan of sprake is van een dergelijke bepaling en zal

moeten worden gecontroleerd of de broncode van de software ook daadwerkelijk bij de notaris of het escrowbureau in bewaring is genomen.

– *Geschillen met betrekking tot de software*

Nagegaan dient te worden of op het moment van het ICT due diligence onderzoek geschillen (hebben) bestaan rondom het gebruik of het onderhoud van de software tussen Verkoper en derden. Zijn er claims van derden-rechthebbenden geweest inzake inbreuk op auteursrechten? Bestaan er bij Verkoper andere geschillen met de leverancier van de software? Zijn er gerechtelijke uitspraken geweest? Zijn er kritieke fouten in de software aan het licht gekomen of voldoet de software op een andere manier niet aan wat door de leverancier werd gegarandeerd? Deze informatie kan van groot belang zijn voor Koper. Geschillen of claims die nog niet zijn afgehandeld op het moment dat Verkoper wordt overgenomen, vallen immers na de overname onder de verantwoordelijkheid van Koper. Dit laatste kan ernstige financiële gevolgen hebben voor Koper. Een recent voorbeeld uit de praktijk is de overname van YouTube door Google. YouTube, een populaire website waar gebruikers filmpjes met elkaar kunnen delen, werd voor de overname reeds belaagd door grote film- en muziekmaatschappijen wegens vermeende inbreuken op auteursrechten van die maatschappijen. De kans dat de maatschappijen de rechtszaken zullen doorzetten nu YouTube is overgenomen door het vermogende Google, zal zeer waarschijnlijk toenemen, overigens los van de vraag of dergelijke claims standhouden.

De jurist zal altijd dienen te onderzoeken op welke wijze Verkoper juridische problemen signaleert, hoe hierover gerapporteerd wordt en hoe ontwikkelingen worden gevolgd. Op deze wijze kan worden bepaald of juridische problemen in het geheel niet zijn gesignaleerd, dan wel onvoldoende nauwlettend door het management van Verkoper worden gevolgd. Daarnaast dient de jurist rechtstreeks bij het management van Verkoper te informeren naar belangrijke lopende rechtszaken en potentiële juridische problemen. In dit kader zou relevante correspondentie tussen de vennootschap en advocaten, notarissen, fiscalisten, accountants en overige adviseurs kunnen worden opgevraagd over bijvoorbeeld drie afgelopen boekjaren. Er dient een overzicht te worden gegeven van lopende procedures en eventueel dreigende procedures. Hetzelfde geldt voor gewezen (arbitrale) vonnissen of andere beslissingen.

– *Privacybepalingen*

Een vaak over het hoofd gezien onderdeel van het ICT due diligence onderzoek is het onderwerp 'privacy'. Het komt in de praktijk regelmatig voor dat ondernemingen in het kader van hun bedrijfsvoering persoonsgegevens verwerken van consumenten of werknemers. Hierbij valt te denken aan klantenkaarten die door een onderneming zijn uitgegeven, of klantgegevens die worden opgeslagen bij een verkoop via het internet. Dergelijke klantgegevens

---

8. A.M.Ch. Kemna, *Source code depot*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 25-27.

van consumenten die worden vergaard en opgeslagen, vallen onder de Wet bescherming persoonsgegevens (hierna: Wbp). Het is van belang bij het due diligence onderzoek na te gaan of deze verwerking is gedaan met inachtneming van de voorwaarden die gesteld zijn in de Wbp. Is de verwerking gemeld bij het College Bescherming Persoonsgegevens (CBP), is er om toestemming gevraagd van de betrokkenen voordat hun persoonsgegevens zijn verwerkt, valt de verwerking onder een uitzondering van de Wbp, zijn de persoonsgegevens gebruikt conform het beoogde doel waarvoor zij zijn verwerkt, en zijn er gevoelige persoonsgegevens verwerkt? Gevoelige persoonsgegevens zijn op grond van artikel 16 Wbp persoonsgegevens betreffende iemands godsdienst of levensovertuiging, ras, politieke gezindheid, gezondheid, seksuele leven, evenals gegevens betreffende het lidmaatschap van een vakvereniging. Het niet voldoen aan de voorwaarden van de Wbp kan leiden tot door het CBP opgelegde boetes of mogelijke schadeclaims van betrokkenen jegens de verwerker van de persoonsgegevens. Ook is het van belang na te gaan of de betrokkenen naast de toestemming voor het verwerken van hun persoonsgegevens tevens toestemming hebben gegeven voor de overdracht van deze gegevens aan een derde partij. Indien deze toestemming niet is gegeven, zal Koper toestemming dienen te verkrijgen van alle betrokkenen voor hij deze gegevens mag gaan gebruiken. Met het oog op de overname van Verkoper kan dit laatste grootschalige organisatorische consequenties met zich brengen.

### Conclusie

Zoals naar voren is gekomen in deze bijdrage, is het ICT due diligence onderzoek van steeds groter belang bij overnames van ondernemingen. De complexiteit van de ICT-overeenkomsten en de grotere afhankelijkheid van de productiefactor ICT binnen ondernemingen maakt het noodzakelijk een gespecialiseerd ICT due diligence onderzoek uit te voeren. Telkens zal de jurist aan de hand van het (strategische) doel van de overname moeten bepalen wat wel en wat niet van belang is om op te nemen in het ICT due diligence rapport. Zo zal een zogenoemd 'red flag' ICT due diligence onderzoek slechts gericht zijn op de meest in het oog springende bevindingen en zal een compleet ICT due diligence onderzoek gericht zijn op alle bevindingen, ook als deze minder relevant zijn voor de kopende partij. Telkens is uitgegaan van de situatie waarbij een koper een ICT due diligence onderzoek verricht bij een geplande overname. Het kan echter ook voorkomen dat de verkopende partij een eigen ICT due diligence onderzoek verricht. Ook in dat geval geldt dat een koper op grond van zijn eigen onderzoeksplicht niet blind mag vertrouwen op mededelingen van de verkoper.

*Mr. W.J. Tielemans  
Stibbe*