

Due diligence en de juridische aspecten van ICT

Mr. P.P.J.L. Enneking

In het kader van een due diligence-onderzoek zullen, naast financiële en commerciële risico's, ook de relevante ICT-risico's van de over te nemen onderneming moeten worden onderzocht. Juridische aspecten zijn daaraan onlosmakelijk verbonden. Dit artikel beoogt een algemeen overzicht te geven van dergelijke juridische aspecten in relatie tot ICT.

Inleiding

In de praktijk betekent een due diligence-onderzoek bij een overname van een (deel van een) onderneming dat de kopende partij zeker wil stellen dat een reële prijs wordt betaald en geen onverantwoorde financiële of andere risico's worden gelopen. Hetzelfde geldt in principe ook in de situatie dat twee bedrijven bijvoorbeeld in het kader van een fusie worden samengevoegd. Risico's zullen natuurlijk niet geheel kunnen worden uitgebannen; ondernemen is tenslotte synoniem aan het nemen van risico's.

De (Engelse) definitie, zoals die door KPMG wordt gehanteerd voor het begrip due diligence (DD) luidt: *'DD is an investigative analysis of the financial and operating activities of an entity (Target) in connection with a proposed transaction that would result in a significant change in the ownership or capital structure of Target.'*

De definitie spreekt van 'een onderzoek en analyse van de financiële en operationele activiteiten'. Tot het object van onderzoek bij de analyse van de operationele activiteiten behoort in ieder geval ook de automatisering. Vrijwel geen enkele onderneming kan immers meer goed functioneren zonder toepassing van automatisering. Het niet goed functioneren van de automatisering kan vergaande consequenties hebben voor de continuïteit van de bedrijfsvoering en de betrouwbaarheid van de gegevensverwerking en heeft daarmee een directe relatie tot de (potentiële) waarde van een bedrijf.

Veel ICT-gerelateerde risico's hebben tevens een juridisch element. Te denken valt aan de omvang van gebruiksrechten voor software, de continuïteit van onderhoud, de overname van bestaande ICT-contracten en dergelijke.

Al deze zaken kunnen extra kosten en/of risico's veroorzaken. Het spreekt voor zich dat daarmee rekening moet worden gehouden bij de beslissing tot aankoop of samenvoeging van ondernemingen.

Allereerst wordt een globaal overzicht gegeven van de ICT-gerelateerde juridische aspecten die – afhankelijk van de situatie – aan de orde zouden kunnen komen bij een DD-onderzoek. Volledigheid is hierbij niet nagestreefd omdat iedere situatie weer haar eigen bijzonderheden kent. Vervolgens zal per geschetst onderwerp een toelichting worden gegeven. Buiten de reikwijdte van dit artikel

vallen de 'normale' juridische en fiscale aspecten die in het kader van een DD-onderzoek worden onderzocht.

Juridische aspecten in relatie tot ICT, een overzicht

In zijn algemeenheid kan worden gesteld dat vrijwel iedere toepassing van ICT in een onderneming ook een juridische component heeft. Software wordt veelal gebruikt op basis van een licentiecontract, aan het gebruik van hardware ligt soms een leasecontract ten grondslag en onderhoud en overige dienstverlening geschieden meestal op grond van een onderhouds- of dienstverleningsovereenkomst.

De overname van een bedrijf of de samenvoeging van twee bedrijven kan een behoorlijke juridische impact hebben ten aanzien van de ICT-toepassingen. Het is in het kader van een due diligence van belang deze impact goed in beeld te krijgen en een inschatting te maken van eventuele te verwachten kosten.

Ten aanzien van de softwarecontracten die het betrokken bedrijf met zijn leveranciers heeft gesloten, moet bij een activa-passivatransactie bijvoorbeeld in acht worden genomen dat licenties voor software in het algemeen niet zonder meer overdraagbaar zijn.

Bij samenvoeging of integratie van twee bedrijven die verschillende ICT-systemen in gebruik hebben, zal vaak de keuze worden gemaakt over te stappen op één van de twee systemen. Past het nieuwe aantal (gelijktijdige) gebruikers of de voorgenomen configuratie dan nog wel binnen de contractuele afspraken?

Een veelvoorkomende situatie is ook dat bedrijven hun ICT-activiteiten hebben geoutsourced. Wat te doen indien in het kader van de samenvoeging wordt besloten de ICT-activiteiten weer in huis te nemen?

En hoe te handelen indien blijkt dat nog een ICT-project aan de gang is, of indien blijkt dat het betrokken bedrijf een verschil van mening heeft met zijn ICT-leverancier over de (kwaliteit van de) geleverde systemen of diensten?

Tot slot kan de vraag worden gesteld of en zo ja, hoe de overdracht van intellectuele eigendomsrechten moet worden gerealiseerd.

Bij de beoordeling van juridische aspecten bij een DD-onderzoek is het van belang dat kennis wordt genomen van de afgesloten ICT-contracten door een juridisch des-



kundige. Bij deze beoordeling zullen onder meer de volgende vragen moeten worden beantwoord:

- 1 Hoe kunnen de lopende ICT-contracten van het overgenomen bedrijf worden overgedragen aan het overnemende bedrijf?
- 2 Is de continuïteit van het gebruiksrecht en het onderhoud ook na de overname of de fusie gegarandeerd en zo ja, zijn daarbij nog extra kosten te verwachten?
- 3 Moet de reikwijdte of de scope van bestaande ICT-contracten (zoals bijvoorbeeld licentiecontracten) worden aangepast?
- 4 Hoe kan men van eventuele nog lopende ICT-contracten af, bijvoorbeeld omdat na de samenvoeging geen behoefte meer bestaat aan de geleverde diensten, of bijvoorbeeld omdat wordt besloten de uitbestede diensten weer zelf te gaan uitvoeren?
- 5 Hoe moet worden omgegaan met eventuele lopende geschillen met ICT-leveranciers?
- 6 Hoe moet worden omgegaan met de overdracht van intellectuele eigendomsrechten op bijvoorbeeld software die men zelf heeft ontwikkeld?
- 7 Hoe om te gaan met de fiscale en civielrechtelijke administratieve en archiveerverplichtingen van bestanden die slechts kunnen worden bewerkt met software die na de samenvoeging niet meer zal worden gebruikt of waarvoor de betreffende licentie niet wordt overgedragen?
- 8 Hoe heeft het overnemende bedrijf de millenniumproblematiek opgepakt en zijn in dit verband nog specifieke risico's te verwachten ten aanzien van de continuïteit van de bedrijfsvoering of claims van afnemers?

Voor beantwoording van deze vragen is het van groot belang zich te realiseren op welke wijze de overname zijn beslag zal krijgen: gaat het om een overdracht van aandelen of gaat het om een activa-passivatransactie?

Een overdracht van aandelen heeft in het algemeen minder vergaande consequenties ten aanzien van ICT-contracten dan een activa-passivatransactie. Bij de aandelenoverdracht blijft de rechtspersoon die de betreffende ICT-contracten is aangegaan immers in principe dezelfde. De tenaamstelling van deze ICT-contracten blijft dan ongewijzigd. Dat wil overigens niet zeggen dat bij een aandelenoverdracht de bestaande ICT-contracten niet moeten worden onderzocht. Er kunnen immers andere (continuïteits)risico's een rol spelen. Indien bijvoorbeeld blijkt dat een gebruiksrecht binnenkort afloopt, zal de betrokken onderneming dientengevolge nieuwe software moeten aanschaffen en implementeren. Dit zijn concrete risico's die direct impact kunnen hebben op de overnameprijs.

Auteursrechtelijk gezien hebben ICT-leveranciers bij een bedrijfsovername het recht een nieuwe licentievergoeding te vragen.

Bij de activa-passivatransactie worden alle (of een deel van de) activa en passiva van de ene rechtspersoon over-

gedragen aan de andere. Bij overdracht van ICT-contracten zal dan sprake zijn van contractoverneming. Dat betekent dat de koper en de verkoper van de betrokken onderneming zullen overeenkomen welke contracten onderwerp van overdracht zullen zijn en vervolgens zal in principe met iedere contractpartij van de betrokken onderneming overleg moeten plaatsvinden over de wijziging van de tenaamstelling.

Indien het over te nemen bedrijf zelf in de ICT-branche opereert, zal bovendien moeten worden onderzocht in hoeverre klanten hun instemming aan de wijziging van de tenaamstelling zullen onthouden en daardoor mogelijk hun contract zullen beëindigen. Dit risico, dat overigens in de praktijk veelal meevalt, laat ik hier verder buiten beschouwing.

Overdracht van lopende ICT-contracten

Zoals gezegd, zijn bij een zuivere aandelenoverdracht in beginsel weinig problemen te verwachten bij contractoverneming. Een activa-passivatransactie kan gecompliceerder zijn. De medewerking van de ICT-leverancier is noodzakelijk voor een correcte overdracht van de contracten op grond waarvan ICT-middelen en -diensten worden ingekocht. In de praktijk levert dit meestal geen problemen op, hoewel er soms aanvullende zekerheden tot nakoming vereist worden.

Sommige ICT-leveranciers voeren echter het beleid om bij overdracht van licentiecontracten eenvoudigweg een nieuwe licentievergoeding te vragen. Met andere woorden, een nieuwe rechtspersoon verwerft een nieuw licentierecht, en deze zal daarvoor de geldende licentievergoeding dienen te betalen. Naar de mening van deze leveranciers is het daarbij niet relevant dat er sprake is van een bedrijfsovername (activa-passivatransactie), waarbij feitelijk dezelfde onderneming de betrokken software blijft gebruiken. Auteursrechtelijk gezien hebben ICT-leveranciers het recht een nieuwe licentievergoeding te vragen, doch dit wordt veelal als absurd ervaren. Desalniettemin zijn er enkele leveranciers die bij hun standpunt blijven, ook als er sprake is van outsourcing, waarbij exact dezelfde mensen dezelfde hardware en software blijven gebruiken. Het is raadzaam dit risico in te calculeren in de aan/verkoopprijs, zeker indien vaststaat dat het noodzakelijk is dat de betreffende software verder in gebruik zal blijven en toch een nieuwe licentievergoeding zal moeten worden betaald.

Soms wordt ook een oplossing gevonden door de betrokken software niet in de overname te betrekken en uit te zien naar alternatieven, bijvoorbeeld door te onderzoeken in hoeverre de aankopende onderneming zelf reeds de beschikking heeft over een gebruiksrecht voor de betrokken software.

Continuïteit van gebruiksrechten en onderhoud

In de meeste gevallen wordt het gebruik van software op basis van een licentiecontract verworven tegen betaling van een eenmalige licentievergoeding. Aannemelijk is dan dat het gebruiksrecht voor onbepaalde duur wordt verkregen en dat dit niet zonder meer door de leverancier kan worden opgezegd, tenzij sprake is van een sub-

stantiële toerekenbare tekortkoming (wanprestatie) van de afnemer. Soms is echter in een licentiecontract een einddatum genoemd. In dat geval zal het gebruiksrecht dus per de einddatum eindigen en is de afnemer noodzaak opnieuw een gebruiksrecht voor (eventueel andere) software te verwerven en deze te implementeren. Dat zijn derhalve kosten waarmee rekening moet worden gehouden bij de aankoopbeslissing.

Het komt nogal eens voor dat een gebruiksrecht voor software wordt verworven tegen betaling van een periodieke vergoeding. In deze situatie bestaat het risico dat een leverancier het gebruiksrecht op enig moment zal opzeggen. Dit zal in de praktijk echter niet erg vaak voorkomen. Bovendien zal de leverancier dan veelal een redelijke opzegtermijn in acht nemen, zodanig dat de afnemer in de gelegenheid is vervangende software te zoeken en te implementeren.

Onderhoudscontracten worden veelal aangegaan voor een periode van een jaar en worden steeds stilzwijgend met een jaar verlengd. Soms worden langere perioden overeengekomen, met name voor de eerste jaren dat de betrokken software in gebruik is. De afnemer is echter voor het goed functioneren van de software sterk afhankelijk van de continuïteit van het onderhoud.

In de meeste onderhoudscontracten is vastgelegd dat de afnemer bij het onderhoud maximaal één versie mag achterlopen. Het komt regelmatig voor dat afnemers de overgang naar een nieuwe versie uitstellen omdat voor de nieuwe versie additionele investeringen in hardware, systeemsoftware of databasesoftware vereist zijn.

Daarnaast is veelal contractueel geregeld dat de onderhoudstarieven jaarlijks kunnen worden verhoogd. Soms is een dergelijke verhoging niet gekoppeld aan een indexcijfer.

Opzegging van het onderhoud, introductie van een nieuwe versie of een te sterke verhoging van de onderhoudsvergoeding kan dus met zich meebrengen dat de afnemer feitelijk wordt gedwongen een nieuwe versie in gebruik te nemen of andere software aan te schaffen en te implementeren¹. Dit kan met aanzienlijke investeringen gepaard gaan, zowel ten aanzien van de aanschaf en implementatie van nieuwe software, aanpassing van eventueel maatwerk, als ten aanzien van aanschaf van nieuwe hardware en systeem- of databasesoftware. Dit zijn additionele risico's en kosten, die bij de beslissing tot aankoop van de betreffende onderneming moeten worden meegenomen.

Aanpassing en uitbreiding van bestaande ICT-contracten

Veelal is de verschuldigde licentievergoeding gebaseerd op het aantal gelijktijdige gebruikers en/of de gebruikte hardwareconfiguratie. Het ligt in veel gevallen voor de hand dat de productieprocessen en administraties van de over te nemen c.q. samen te voegen bedrijven zullen worden geïntegreerd. Het gebruik van de betreffende software zal dan toenemen en derhalve effecten hebben in de verschuldigde licentievergoeding en de veelal daaraan gekoppelde onderhoudsvergoeding.

Voor lopende implementaties zal de samenvoeging van twee bedrijven verstreckende consequenties kunnen hebben. Naast de meestal toch al complexe implementatie van een nieuw automatiseringssysteem zullen de bedrijven worden geconfronteerd met problemen die voortvloeien uit een – nog veel complexere – integratie van de twee bedrijven. In sommige gevallen verdient het daarom ook aanbeveling eventuele implementatietrajecten uit te stellen of tijdelijk stil te leggen. Dat kan echter lang niet altijd. Een zeer strak management van zowel het ICT-implementatietraject als het bedrijfsintegratietraject is dan zonder meer vereist. Het risico dat een en ander langer gaat duren en meer zal kosten dan voorzien, zal moeten worden ingecalculerd. Het kan daarbij noodzakelijk zijn nadere (aanvullende) afspraken te maken met de betrokken ICT-leveranciers. Hieruit zullen in de meeste gevallen extra kosten voortvloeien vanwege extra werkzaamheden en reservering van extra resources.

Beëindigen van ICT-contracten

Contracten voor onbepaalde tijd kunnen in beginsel met inachtneming van een redelijke (naar verkeersopvattingen gebruikelijke) termijn worden opgezegd, tenzij dat in het contract anders is geregeld. Een contract dat eenmaal is uitgevoerd (bijvoorbeeld de verkoop van apparatuur), kan uiteraard niet worden teruggedraaid, tenzij er sprake is van ontbinding. Ontbinding is echter alleen mogelijk voor de situaties die zijn beschreven in het contract of in geval van substantiële wanprestatie.

Ten aanzien van een verstrekte licentie voor software is het de vraag of deze door de leverancier van de betreffende software kan worden ingetrokken. Dat zal veelal onredelijk zijn indien een licentie voor onbepaalde tijd is verstrekt, de eenmalige gebruiksrechtvergoeding is voldaan en door de afnemer geen substantiële wanprestatie wordt gepleegd. Hierboven is hier reeds op ingegaan.

Het tegenovergestelde, dus dat de afnemer de licentieovereenkomst opzegt, is veelal wel mogelijk, maar meestal weinig zinvol. Een betere optie is om (indien als gevolg van de fusie de betreffende software niet meer zal worden gebruikt) het bestaande contract gewoon 'slappend' aan te houden en geen gebruik te maken van de gebruiksrechten. Dat kan anders zijn indien de 'slappende' contracten bij een activa-passivatransactie achterblijven bij de (uiteindelijk) lege rechtspersoon en men voornemens is deze ook echt 'leeg' (en daarmee beter verkoopbaar) te maken.

Voorts is het aan te raden 'slappende' contracten te beëindigen indien een periodieke vergoeding is verschuldigd, zoals bij sommige licentiecontracten en bij de meeste onderhoudscontracten het geval is. In dat geval is opzegging per de eerstvolgende verlengingsdatum meestal wel aan te raden. Waarom zou men immers kosten betalen indien men helemaal geen gebruik meer maakt van de betreffende software of de onderhoudsdiensten?

Contracten voor bepaalde tijd (bijvoorbeeld onderhouds- of outsourcingcontracten) kunnen in beginsel niet tussentijds worden opgezegd, tenzij dat in het contract is geregeld. Wil men er eerder van af (bijvoorbeeld omdat wordt besloten de uitbestede diensten weer in

1) Zie bijvoorbeeld de uitspraak Kalamazoo vs Ford Dealers Associatie, Rechtbank Den Bosch, 5 november 1998, Computerrecht 1999/3. Dit betreft een uitspraak ten aanzien van de millenniumproblematiek, doch de situatie betrof de opzegging van een onderhoudscontract. (Zie ook EDP Auditorium in deze Compact.)



huis te nemen), dan zal met de betrokken partij moeten worden overlegd over voortijdige beëindiging. Het ligt dan voor de hand dat deze een schadevergoeding verlangt wegens gederfde omzet. Deze kosten kunnen zeer aanzienlijk zijn en zullen moeten worden verdisconteerd in de aan/verkoop prijs.

Geschillen over lopende ICT-contracten

Het kan zijn dat ten tijde van de overname een dispuut speelt met een ICT-leverancier. Bijvoorbeeld omdat verschil van mening bestaat over de correcte uitvoering van de ICT-overeenkomst. Een geschil kan uiteindelijk forse (financiële) risico's met zich meebrengen. Bij het DD-onderzoek is het daarom van belang om naast het contract tevens kennis te nemen van door de onderneming eventueel opgebouwde dossiers inzake geschillen.

De meest wenselijke situatie is wanneer het geschil vóór de samenvoeging wordt afgewikkeld, maar dit is gezien de tijdsdruk niet altijd mogelijk. Het is daarom van groot belang dat in samenspraak met de eigen juridische deskundige een inschatting wordt gemaakt van de risico's en geprobeerd wordt om de risico's contractueel af te dekken en/of te verdisconteren in de prijs.

Overdracht van intellectuele eigendomsrechten

Het is van groot belang om overdracht van intellectuele eigendomsrechten bij de overname contractueel correct te regelen. Dit is vooral van belang bij een activa-passiva-transactie, waarbij bijvoorbeeld auteursrechten ter zake van software één van de items is die onderwerp van de overdracht vormen.

Indien de over te nemen onderneming software heeft ontwikkeld of andere producten heeft vervaardigd waarop rechten van intellectuele eigendom kunnen berusten, dan zal terdege moeten worden onderzocht in hoeverre de onderneming daadwerkelijk de intellectuele eigendomsrechten bezit. Grofweg kunnen de volgende typen van intellectuele eigendom relevant zijn:

- * auteursrechten, bijvoorbeeld ter zake van software, documentatie, beschrijvingen van methoden;
- * octrooirechten, bijvoorbeeld ter zake van apparatuur, specifieke softwaregerelateerde uitvindingen, werkwijzen;
- * overige rechten van intellectuele eigendom, zoals merken- en modellenrechten.

Ten aanzien van auteursrechten moet worden beseft dat deze rechten van rechtswege ontstaan op het moment dat het betreffende werk ontstaat en dat deze rechten in beginsel toekomen aan degene die daadwerkelijk het betreffende werk heeft vervaardigd. Voorts moet in ogenschouw worden genomen dat voor een rechtsgeldige overdracht een schriftelijke overeenkomst (akte) is vereist².

Indien het over te nemen bedrijf bij de softwareontwikkeling bijvoorbeeld een ander bedrijf of freelancers heeft ingeschakeld, dan zal zeker moeten worden gesteld dat de auteursrechten daadwerkelijk zijn overgedragen conform de wettelijke voorschriften. Dit brengt nogal eens specifieke problemen met zich mee. Soms heeft men zich niet gerealiseerd dat een schriftelijke akte aan de overdracht van de auteursrechten ten grondslag moet liggen,

en zal dat alsnog moeten worden geregeld. Dat blijkt dan veel meer voeten in de aarde te hebben dan aanvankelijk werd gedacht en soms wil het betreffende bedrijf of de freelancer niet meewerken aan een overdracht.

Soms blijkt dat is afgesproken dat de auteursrechten gezamenlijk worden gehouden. Dit maakt exploitatie zonder de medewerking van alle auteursrechthebbenden vaak erg lastig. Ook komt het nogal eens voor dat met het bedrijf of de freelancer in kwestie een royaltyregeling is overeengekomen. Op basis van zo'n regeling wordt bijvoorbeeld afgesproken dat het betreffende bedrijf of de freelancer gerechtigd is de software te exploiteren of door te ontwikkelen en dat per verkocht exemplaar een zekere royalty wordt afgedragen. De voorwaarden en financiële consequenties van dergelijke royaltyregelingen moeten bij het DD-onderzoek goed in ogenschouw worden genomen. Ze kunnen natuurlijk een zekere bron van inkomsten genereren, maar het kan ook zijn dat daardoor een deel van de markt van de samen te voegen bedrijven reeds bediend wordt.

In relatie tot arbeidscontracten speelt de juridische vraag aan wie de auteursrechten ter zake van ontwikkelde software toekomen meestal slechts een kleine rol. Hoofddregel in de Auteurswet op dit aspect is dat de werkgever van rechtswege de auteursrechthebbende wordt³. Zodra in arbeidscontracten iets anders is geregeld, zal in het kader van het DD-onderzoek hier aandacht aan moeten worden besteed.

Overigens is het van belang dat de relatie met de bij de softwareontwikkeling betrokken werknemers steeds goed wordt onderhouden. Veel van de kennis omtrent de softwareontwikkeling ligt immers bij deze medewerkers. De status en de actualiteit van de ontwikkeldocumentatie zal voor de ICT-auditor in zo'n geval onderwerp van onderzoek moeten zijn.

Als we ervan uitgaan dat het over te nemen (ICT-)bedrijf inderdaad auteursrechthebbende is ter zake van de software, dan zal moeten worden onderzocht aan wie en onder welke voorwaarden het bedrijf de betreffende software in gebruik (in licentie) heeft gegeven. Dit is nodig om te kunnen bepalen wat de over te nemen klantenkring is, maar ook om te kunnen inventariseren in hoeverre ten opzichte van klanten nog aansprakelijkheden kunnen ontstaan voor het geval blijkt dat de geleverde software niet functioneert conform hetgeen is overeengekomen. Hetzelfde geldt voor andersoortige overeenkomsten zoals distributieovereenkomsten en agentuur-overeenkomsten.

Voorts zullen – indien sprake is van een activa-passiva-transactie – de bestaande afnemers van de software moeten worden geïnformeerd over het feit dat de auteursrechten zijn overgedragen en dat de overnemende partij in het vervolg de contractpartij is. Formeel gaat het hierbij om contractoverneming, waaraan alle betrokken partijen hun medewerking moeten verlenen. In de meeste gevallen zal dit weinig problemen opleveren, maar het komt voor dat er afnemers zijn die geen heil zien in de nieuwe leverancier en hun (onderhouds)contract opzeggen. De (verwachte) omzetzijde zou dan kunnen worden verdisconteerd in de overnameprijs.

2) Artikel 1 en 2 van de Auteurswet 1912.

3) Artikel 7 Auteurswet 1912.

Voor een overname op basis van aandelenoverdracht zou de bovengenoemde problematiek in principe niet hoeven te spelen (de rechtspersoon blijft immers dezelfde contractpartij), maar ook in die situatie kunnen klanten besluiten af te haken.

Ook hier geldt weer hetzelfde voor andersoortige overeenkomsten zoals distributieovereenkomsten en agentuurovereenkomsten.

De octrooi- en overige rechten van intellectuele eigendom spelen veelal alleen in zeer specifieke zaken een rol. Een uitgebreide behandeling daarvan zou hier te ver gaan. Overigens geldt voor de meeste zaken dezelfde problematiek als hierboven beschreven. Bij octrooirechtelijke zaken moet echter in ogenschouw worden genomen dat de octrooiverlening en overschrijving van een octrooi via een wettelijke procedure verloopt. Het verdient aanbeveling tijdig een terzakekundig juridisch adviseur te raadplegen.

Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke administratieve verplichtingen

Iedere rechtspersoon en ieder die een beroep of bedrijf uitoefent, is verplicht een administratie te voeren en de boeken, bescheiden en overige gegevensdragers behorend tot die administratie zodanig te bewaren dat te allen tijde de rechten en verplichtingen en de overigens voor de belastingheffing van belang zijnde gegevens duidelijk blijken. Voorts dienen deze boeken, bescheiden en overige gegevensdragers gedurende ten minste de wettelijke bewaartermijn van zeven jaar beschikbaar te blijven⁴. Dit zijn – globaal beschreven – de algemene civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke administratieve verplichtingen voor ondernemingen.

Indien twee ondernemingen samengaan en in het kader daarvan overgaan op één automatiseringssysteem, dan zal rekening moeten worden gehouden met de goede nakoming van de administratieve verplichtingen. Veelal zullen gegevens op een elektronische wijze zijn vastgelegd en slechts leesbaar kunnen worden gemaakt met behulp van het automatiseringssysteem waarmee de betreffende gegevens indertijd zijn gegenereerd. Indien als gevolg van de fusie het betreffende systeem buiten gebruik zal worden gesteld, zal op een of andere wijze zeker moeten worden gesteld dat de gearchiveerde gegevens gedurende de wettelijke bewaartermijn weer leesbaar kunnen worden gemaakt.

Dat kan door de gegevens bijvoorbeeld te converteren of anderszins over te zetten op een ander systeem of op te slaan als flat files. Binnen bepaalde grenzen biedt de wet daar ook de mogelijkheid toe.

Een andere mogelijkheid is het oude systeem nog (deels) operationeel te houden. Welke optie ook wordt gekozen, een en ander zal in ieder geval de nodige kosten met zich meebrengen. Deze kosten zouden kunnen worden verdisconteerd in de prijs.

Millenniumproblematiek

Vrijwel alle bedrijven hebben te maken met de millenniumproblematiek, en de meeste hebben inmiddels een millenniumproject opgestart. Het is echter niet zeker of alle bedrijven op tijd gereed zijn voor de eeuwwisseling.

Dat komt onder meer doordat veel bedrijven afhankelijk zijn van diverse externe factoren. In het kader van de tot 1 januari 2000 te voeren DD-onderzoeken zal de status van de oplossing van het millenniumprobleem veelal punt van aandacht moeten zijn.

Indien zich als gevolg van de millenniumproblematiek problemen voordoen zal dat tot uiting kunnen komen in de continuïteit en de betrouwbaarheid van de geautomatiseerde gegevensverwerking. En problemen op dit vlak zullen zich veelal laten vertalen in onjuiste of te late levering van producten of diensten aan klanten, met alle financiële en juridische gevolgen van dien.

Bij de juridische inventarisatie zal moeten worden gekeken naar de inkoopzijde en naar de verkoopzijde van de onderneming.

Ten aanzien van de inkoopzijde zal een inschatting moeten worden gemaakt in hoeverre eventuele schade als gevolg van de millenniumproblematiek op de betreffende leverancier kan worden verhaald. Dat zal in een aantal gevallen lastig kunnen zijn, bijvoorbeeld omdat de aanspraak reeds is verjaard doordat de betreffende onderneming niet voldoende tijdig en adequaat haar ICT-leveranciers heeft aangesproken op tijdige oplossing van de problematiek⁵.

Ten aanzien van de verkoopzijde zal een inschatting moeten worden gemaakt in hoeverre eventuele schade als gevolg van te late of onjuiste levering is beperkt of uitgesloten.

In de meeste contracten zal weinig tot niets inzake de millenniumproblematiek zijn geregeld. Zowel bij de inkoopzijde als bij de verkoopzijde zal derhalve de correspondentie ten aanzien van het millenniumprobleem in ogenschouw moeten worden genomen. In hoeverre zijn reeds aanspraken gemaakt op herstel van het probleem en verhaal van eventuele schade? Hoe is geantwoord op dergelijke aanspraken van klanten? Hoe hebben aangeschreven leveranciers gereageerd? Allemaal zaken die meespelen in de bepaling van hetgeen over en weer redelijkerwijs van elkaar mag worden verwacht ten aanzien van de oplossing van de millenniumproblematiek en de eventuele aansprakelijkheden uit hoofde daarvan.

Conclusie

Ook vanuit juridische optiek zal een goede inschatting moeten worden gemaakt van de ICT-gerelateerde risico's bij een overname van een onderneming. Te denken valt daarbij aan onderwerpen als de overdracht van ICT-contracten van het overgenomen bedrijf, de aanpassing van bestaande contracten, de continuïteit van het onderhoud, het beëindigen van ICT-contracten, de overdracht van intellectuele eigendomsrechten, de administratieve verplichtingen en de millenniumproblematiek. Uit al deze aspecten kunnen additionele risico's en kosten voortvloeien. Zaken waarmee rekening moet worden gehouden bij de beslissing tot overname en de vaststelling van de overnameprijs.

Mr P.P.J.L. Enneking is als senior adviseur informaticarecht werkzaam bij KPMG EDP Auditors te Amstelveen. Voorts is hij als parttime docent verbonden aan de postdoctorale opleiding Internal Operational Auditing van de Erasmus Universiteit te Rotterdam.

4) Artikel 2:10 en 3:15a Burgerlijk Wetboek en artikel 47 e.v. Algemene Wet Rijksbelastingen. Voorts zijn in specifieke belastingwetten nadere regelingen vastgelegd.

5) Zie ook mr. P.P.J.L. Enneking en mr. M. Seelt in *Aansprakelijkheid bij de millenniumbug in standaardsoftware*, Compact jubileumuitgave, juni 1999.