

Morrison & Foerster Legal Update

2020年9月28日

ビッグデータがかかわるM&Aにおける三大法務リスク

執筆者: ゲアリー M. スミス 及び 早川 真人

ビッグデータ及びかかるデータを分析・処理する関連技術プラットフォームは、今日の M&A 取引において必要不可欠な役割を果たします。データはそれ自体、M&A の評価額を算定する上で重要な要素となるコア資産であることが多いのですが、ビッグデータを分析・処理するプラットフォーム及びツールも、買収会社の中核事業に不測の影響を及ぼし得る事業上重要な法務リスクを引き起こします。

IoT(モノのインターネット)の一部として機能するタイヤ、自動運転車両及び工業用機械等の自律システム、ウェアラブルデバイス及び医療デジタル機器並びにフィンテックに関する製品・サービスであれ、これらをサポートするデータアナリティクス、人工知能(AI)及び機械学習ツール・プラットフォームであれ、意図せず現実世界に損害をもたらす可能性のあるこれらの製品・サービスを扱う会社にとって、かかるリスクは一層高まります。

デューデリジェンスの実施が果たす重要な機能の一つは、対象会社が、自社の利用するデータを収集、処理及び共有するための十分な権利を確保しているかを評価することにあります。何に重点を置き、そして何を優先するかは判断は、前述の問題に効率的にアプローチする上で必要不可欠です。例えば、データマッピングの細部に入る前に、まず規制当局による監視や規制上のリスクを最も引きつけるデータが何であるかとともに、対象会社の事業価値の核となるデータが何であるかを判断し、次に、対象会社がその価値を保護しリスクに対処するための十分な予防措置を講じているのか否かを評価すべきです。

以下では、このような M&A 取引において検討すべき三つの重要課題と、デューデリジェンス及び買収契約の観点からこれらの課題に対処する方法についての重要ポイントを解説します。

1. 対象会社はコアデータ資産に対する十分な権利を有しているか。

データ資産の権利を評価する際に有効なアプローチは、知的財産及びコモンローの観点から、規制コンプライアンス上の懸念とデータ資産の権利とを切り離して考えることです。

まず、コンプライアンスについて、対象会社の事業が個人の所在地や氏名等の個人情報の処理に依拠する場合、又は、とりわけ個人情報が対象会社のコア資産である場合、デューデリジェンスの調査で重点を置くべきなのは、対象会社が個人情報の処理を確実に適用法令に適合させるための十分な手続を実施しているのかという点です。この手続には通常、処理される個人情報の本人に通知すること及び一定の場合に本人から承諾を得ることが含まれますが、これは、当該データの種類や機密性に加え、当該データが誰に関するもので、どのように収集されその後処理されていくのかにもよります。

個人情報の正確な定義は世界各地で大きく異なるため、十分な通知として何が必要で、いつ承諾が必要となるのかは法域ごとに異なる場合があります。例えば、ヘルスケアや電気通信等の規制対象産業では、米国法がかなり詳細に規定を設けています。他方、米国外では、個人情報の利用、その後の共有及び処理について、本人がより大きな影響力を及ぼす傾向があります。いずれにしても、一般的には、データの機密性が高ければ高いほど、そして予定されるデータの利用が特殊であればあるほど、本人への通知義務と本人からの承諾取得義務は厳格になります。

プライバシーステートメント、プライバシーポリシー及びプライバシーノティスは、社内用のものか社外用のものを問わず、プライバシー法上の要件に対応させるための典型的なツールの一つです。しかし、プライバシー法上の要件は、プライバシー・ポリシーを遥かに超えています。例えば、カリフォルニア州消費者プライバシー法(California Consumer Privacy Act)

をはじめとするデータ保護法は、データのライフサイクルを通してプライバシーに細心の注意を払うことを要求しています。新たに「プライバシー・バイ・デザイン」が要求されたことにより、トラッキング、プロファイリング及び自動化された意思決定に対する規制は強化され、これらはいずれもビッグデータに関連して使用される人工知能、アナリティクス及び対象広告技術の多くの核心にかかわるものです。また、仮に対象会社が現在データプライバシー上の課題に適切に対処していたとしても、その対象会社には、買収された後の事業運営で予定していた方法で個人情報を処理するための十分な権利がないかも知れません。このようなデータを、買収会社の法域を含む他の法域へと移転する場合に課され得る制約の重大性を判断することは、デューディリジェンス手続の重要な要素です。

デューディリジェンスにおける調査では、テクノロジー企業に対して行われる通例のデューディリジェンスの実施に加え、対象会社が生データを知的財産の観点からどのように扱っているのかにも注目すべきです。著作権法や特許法は、事実については事実の集積に費やされた労力の多寡に関係なく自由にアクセスできるように図りながら、人が生み出したオリジナルの創作物については保護することを目的としているため、生データに対する知的財産権は原則として制限されています。そのため、企業の多くは別の方法で自社のデータを保護しなければなりません。例えば、取引先や顧客から収集されたデータは、状況によって営業秘密と考えられるか、当該データの利用を制限する秘密保持契約の下で秘密情報に該当する場合があります。さらに、ビッグデータ中心の技術を持つ評価の高い対象会社の多くは、時間をかけて開発・改良されたアルゴリズムに基づくデータアナリティクスプラットフォームとツールの構築に力を注いでいます。そのようなアルゴリズムの開発とデータモデルのトレーニングを第三者から提供されたデータを用いて行う場合、対象会社が当該データをかかえる目的で利用する権利を有しているかについて確認することが、買収会社にとって重要となります。さもなくば、対象会社がアクセスするシステムの所有者から、対象会社がその製品・サービスに関連して行ったデータ収集は権限のないものであると主張されるおそれがあります。かかる主張を受けるリスクは、対象会社の事業についての透明性や開示が欠如する場合には高くなり、とりわけ、人又は組織を害することが明白であればなおさらです。

M&A 取引のストラクチャーもデータについての権利に影響を及ぼし得ます。例えば、対象会社が買収会社に吸収される順合併 (forward merger) においてデータ提供者からデータの譲渡・移転を行うための明確な権利がない場合又は取引のストラクチャーが事業譲渡 (asset sale) である場合、データについての権利は存続しない可能性があります。そのため、買収会社はデータ資産の移行が可能であること及び当該資産に伴う権利が取引条件に対する不利な変更なく移転することを確認するためにデューディリジェンスの実施を望む場合が多くあります。個人情報がかかわる場合、プライバシー法、プライバシーステートメント及びプライバシーポリシーを精査し、それらに、買収、合併その他対象会社の支配権の変更の際にデータを移転する権利が規定されているのか否かを確認すべきです。また、プライバシー法の精査にあたっては、取得したデータをクローリング後に移転するための買収会社の権利についても検討すべきです。

要約すると、規制コンプライアンス上の課題又はデータについての権利に関する課題に対する配慮が不十分なために、対象会社の中核的価値に影響が及んだり、買収会社に重大な責任が生じたりするおそれがある場合には、常により詳細なデューディリジェンスを実施するのが良いでしょう。

重要ポイント：

- 買収会社に移転し、若しくは買収会社によって利用されるデータが、買収会社の事業に期待される価値を制約し得るかその他買収会社に不測の障害を生じさせる、当該移転又は利用についての契約外の制限の対象となっているかを判断する。
- (海外法域のものを含む) 規制コンプライアンスに関する義務のうち、データの収集、処理及び共有に適用されるものはどれかを評価するほか、コンプライアンス徹底のための手続を対象会社が導入しているのかを評価する。
- (ビッグデータ中心の技術に関する設計を含む) プライバシーに関する対象会社の事業・手続を精査するほか、対外的なプライバシーポリシーやプライバシーノティスの中で対象会社が開示した事業が、同社の実際の事業と合致していることを確認する。
- 合理的な保護を定めた具体的な表明保証条項及び補償条項を買収契約に設けるほか、必要に応じて、表明保証保険を補償の代わりに、又は補償に加えて付保することを検討する。

2. その他、対象会社が直面する知的財産上のリスクは何か。

もう一つの重要な潜在的懸念事項として、IoT その他コネクテッド製品及びコネクテッドサービスについては、おそらく他の技術分野以上に、特許侵害のリスクがあります。これらコネクテッドエコシステムでは多く積み上げられた技術スタックが採用されているため、特許侵害のリスクが高まります。このように積み上げられた技術には、コネクテッドデバイスの機能の中心となるネットワーク技術、ネットワークプロトコル、通信技術及び通信プロトコル等の多くが含まれており、強固な特許保護の対象とされてきました。

M&A のこの領域に特に関連する知的財産上の問題として、オープンソースプロジェクトへの参加があります。オープンソースプロジェクトに寄与することで、対象会社が意図せずに明示的又は黙示的に特許ライセンスを他者に付与していることもあるため、買収会社は、対象会社の技術担当者がオープンソースプロジェクトに関与・寄与しているのか否かについて、より詳細に調査することが望ましいと言えます。さらに、これらのライセンスの対象範囲は(親会社を含む)関係会社にも及ぶことがあるため、買収後における参加・寄与によって、買収会社自身の特許ポートフォリオやそのライセンスが供与される方法に影響を与えることもあります。

重要な質問事項:

- 第三者の知的財産権その他の権利が侵害されている旨の主張がなされているか、そのおそれはあるか。
- 知的財産権の侵害の主張を受けるリスクを低下させるために、対象会社はどのような措置を講じているか。
- 対象会社は特許侵害がない旨の意見書を取得しているか。取得している場合、当該意見書がなぜ取得されたのかに関する背景のほか、当該意見書の内容について詳細な調査を実施することが望ましい。
- 対象会社はどの標準化団体に属するか。対象会社による当該標準への参加に関連して対象会社及びその関係会社に適用される知的財産ライセンスを評価する。
- 知的財産権に関する表明保証条項及び補償条項を買収契約に設けるほか、必要に応じて、表明保証保険を補償の代わりに、又は補償に加えて付保することを検討する。

3. 対象会社は、IoT 及びビッグデータ中心の技術システムについて、その他のリスク(製造物責任、サイバーセキュリティ及び製品ライフサイクルに関するもの等)に適切に管理しているか。

ビッグデータ中心の技術の及ぶ範囲がエンドユーザーだけに留まらない場合、M&A 取引における製造物責任のリスクプロファイルは著しく高まります。損失リスク及び製造物責任リスクが高まることに鑑み、特に、スマートタイヤ、自動運転車両及びホームモニタリングシステム等の安全性向上を謳うビッグデータ中心のコネクテッドシステムがかかわる M&A 取引に従事する場合、買収会社は、対象会社の製造物責任に関するリスクプロファイルと、対象会社がかかるリスクを緩和するためにとっている対策を評価するための追加措置を講ずる必要があります。

同様に、今日では大半の企業が、サイバーセキュリティのための備えを自社のプロセスとどう統合するかを検討しています。データが対象会社の重要資産の一つである場合又はデータが対象会社の製品・サービスの開発や運営に必要な場合、前述の問題は単なる慎重さの問題に留まらず、買収の中核的価値に影響を及ぼすものになります。そのため、対象会社が過去に生じたサイバーセキュリティ上の脅威に効果的に対処しており、そして将来における危機対応の態勢が十分に整っているのか否かを理解することは非常に重要です。

また、IoT その他の自律システム及びコネクテッドシステムについては、これらのシステムに対する所有権の移転及びかかるシステムの廃止の「ライフサイクル」を、対象会社がどのように管理していたか(又は管理していなかったのか)を理解することが重要です。IoT は、あらゆる種類の機器との間でデータの収集、処理及び送受信をするコネクテッドセンサーの多数のネットワークから構成されます。これらのセンサーのネットワークがひとたびインストール・起動されると、それを顧客に悪影響及ぼすことなく停止することは困難です。売却により持ち主が変わるコネクテッドカーや家電製品を考えてみてください。このようなライフサイクル上の問題について調査を行うことで、寿命を終えた製品・サービスを長期間にわたって管理する対象会社自身の能力と同様に、顧客が製品・サービスを他の者に移行できるようにする対象会社の能力について、買収会社はよりよく理解することができます。

重要ポイント:

- セキュリティ専門の担当者が対象会社の主要システム及び主要プロセスについての技術デューデリジェンスを実施し、データセキュリティ、ネットワークセキュリティ、物理セキュリティその他セキュリティ上・安全上の問題に関連して、セキュリティ上の脆弱性が存在するのか、また、どのような脆弱性が存在するのかを評価するよう徹底する。
- 過去に起きたデータ漏洩その他のサイバーセキュリティ・インシデント、どのようなデータ及びシステムが不正にアクセスされたのか、並びに、対象会社がどのような対応をとったのか、及びとった対応が適用される規制要件に適合しているかを精査する。
- 過去にインシデントが発生している場合、現在及び将来におけるリスクや責任のうち、当該インシデントと関連するものはどれかを評価し、その懸念に対処するための表明保証条項及び補償条項を作成する。
- 対象会社が付保している保険及びその保険契約の妥当性を評価する。
- 関連するリスクに備えるための表明保証条項及び補償条項を買収契約に設けるほか、必要に応じて、表明保証保険を補償の代わりに、又は補償に加えて付保することを検討する。

ビッグデータ中心の技術がかかわる M&A を成功に導くための備え

経済活動の中でも発展途上にある興味深い領域において、価値のあるビッグデータ群、及び、人工知能、マシンラーニング、IoT その他のビッグデータ中心の技術がかかわる M&A 取引が行われます。取引を完了させる前に十分なデューデリジェンスを実施し、買収契約に盛り込む保護規定について交渉する者は大きな恩恵に与る一方で、それらを怠る者は深刻なダウンサイドリスクを背負うこととなります。しかしながら、かかるリスクは前もって緩和させることが可能です。デューデリジェンスで発覚しなかった懸念事項に対処できるように、集中的なデューデリジェンスをした上で、表明保証条項及び補償条項の目的に応じた調整を行うことが重要となります。また、表明保証保険もリスク緩和につながります。

執筆協力: シャンテル・サザーランド モリソン・フォースター外国法事務弁護士事務所

* * *

コンタクト

ゲアリー M. スミス

東京

03 3214 6522

GSmith@mofo.com

早川 真人

東京

03 3214 6522

MHayakawa@mofo.com

シャンテル サザーランド

東京

03 3214 6522

CSoutherland@mofo.com

モリソン・フォースターについて

モリソン・フォースターは優れた実績を誇る世界的な法律事務所です。クライアントには大手金融機関、投資銀行、Fortune 100 企業、テクノロジー・ライフサイエンス関連企業等が名を連ねています。American Lawyer 誌の A-List に過去 13 年間連続で選ばれただけでなく、Fortune 誌が「働きたい全米トップ 100 企業」として当事務所を挙げています。モリソン・フォースターの弁護士はクライアントのために最良の結果を出すことに全力を注ぐ一方で、より強固な事務所となるべく各弁護士の個性を失わないよう配慮しています。詳しくは、当事務所のウェブサイト(www.mofo.com)をご覧ください。

本稿は一般的なもので、ここに含まれる情報はあらゆる事案に適用されるものではなく、また個別の事案に対する具体的な法的アドバイスを提供するものでもありません。過去の結果が今後も同様に当てはまることが保証されているものではありません。