



如何应对亚太地区并购业务中 数据保护和网络安全问题

Hogan
Lovells

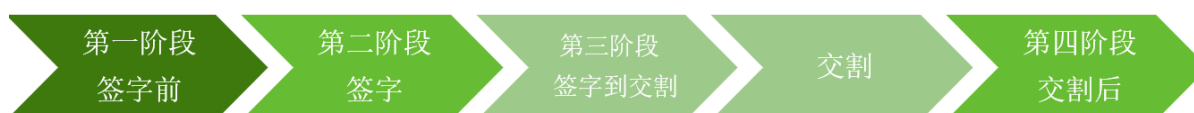
十一月 2020

概述

数据在并购交易中的重要性日益凸显，为满足亚太地区日益增长的数据保护和网络安全监管要求，开展有效的尽职调查、交易结构化及实施的重要性，再强调亦不为过。

本指南对数据保护和网络安全法规能在哪些最重要方面影响到并购交易作简要介绍。

我们按时间轴组织本指南的结构，对交易的每个阶段（签字前、签字、签字到交割、交割后）进行分析。



并购中的数据保护：亚太地区数据保护和网络安全法规导引

数据保护和网络安全法规在亚太地区的并购交易中的重要性愈发凸显。了解该等合规要求，对保障目标公司数据资产的价值并使之最大化，对评估伴随收购而来的风险而言，举足轻重。做好合规工作对交易的尽职调查以及收购方和卖方之间的过渡服务安排的实施来说，同样事关重大。

数据的价值

毋庸置疑，数据对企业具有重大意义。这一点在数字经济中尤为明显，数据可能成为收购目标的唯一最具价值的资产。但是，从技术以外的行业来看，各行各业的企业正越来越多地利用技术来驱动竞争优势。与客户及前景相关的信息，在数字平台上取得的从联络信息到交易数据及各种见解，可能成为交易业务价值的重要组成部分。收购的业务战略将不可避免地包括继续向上述客户销售的愿望，并且通常希望通过在整个整合业务中营销收购方的产品方式推动协同效应。确保目标公司的数据能以收购方所预期的方式使用，取决于适用的数据保护法律。有效的尽职调查是其中关键所在。

……及风险

与数据中巨大的潜在价值相对应的，是相关的合规风险。近年来，亚太地区的数据保护和网络安全法规有了长足进步。该地区的多数主要经济体均设有数据保护机构，并且地区立法机构均趋向于效仿欧盟《通用数据保护条例》（“GDPR”），合规要求越来越高，罚款越来越高。有效的交易尽职调查将考量目标公司的合规状况。目标公司是否在数据保护和网络安全合规方面有充分投入？是否存在待审诉状及调查，影响到收购方按预期使用数据能力或导致重大罚款或补救成本？

如欲减轻风险，收购方向对问题是关键。

收购方应提出的关键问题：

- 我们购买的是我们想要购买的数据吗？
 - 我们能将数据用于预期的用途吗？
 - 我们能将数据与我们当前持有的数据进行整合吗？
 - 目标公司是否遵守了数据保护和网络安全法规？
 - 如否，我们需要做些什么？作为收购方我们有何风险？我们要不要接受赔偿，调整估值，或要求卖方在出售前进行补救？
-

第一阶段—签字前

第一阶段 签字前

- 充实资料室
- 尽职调查
 - 明确重大风险和责任
 - 补救
 - 数据整合
 - 选择交易结构

1. 充实资料室

采用虚拟资料室支持尽职调查，现在并购交易中已司空见惯。其中往往涉及到目标公司雇员数据的转移和 / 或披露，需遵守相关司法管辖区的数据保护法律。这就不可避免地需要全面地了解目标公司的隐私政策及目标公司所在司法管辖区的数据保护法律。征得同意通常是个人数据披露的基本要求，但在某些司法管辖区，通知就已足够，或可默示同意。还有些司法管辖区的数据保护法律对交易尽职调查的同意要求有具体的豁免。

无论是否需要同意，多数亚太地区的数据保护法律包括了数据最小化概念，要求处理个人数据的组织将个人数据的处理和披露限制在目的所需的范围内。由此可见，在尽职调查过程的每个阶段，均需对是否需要披露雇员个人数据进行仔细评估。在尽职调查的早期阶段，收购方有可能希望了解雇员成本及潜在裁员责任。个别雇员的身份，一般来说与上述目的并不相关，这意味着可能有汇总数据就够了。在尽职调查的后期阶段，了解具体关键雇员或高级管理人员或雇员相关具体纠纷的详情，可能很重要，但还应仔细评估是否有此必要。

当事人与尽职调查过程有关的文件，除了与目标公司保密业务信息的披露有关的常规条款外，还应当涉及数据保护合规方面的考量因素。如果涉及到个人数据的跨境转移，则该等协议中涵盖个人数据安全规定和 / 或标准数据转移条款，就极为重要了。

最佳实践:

- 对是否需要披露雇员个人数据进行仔细评估，及汇总数据或经编辑的数据是否已足敷用。
- 考量同意要求及数据保护法律项下的适用豁免。
- 对资料室内提供的文件中的个人信息（例如姓名、地址）加以编辑 / 限制。
- 提供劳动合同模板，而不是全部合同。
- 不得披露敏感的个人信息。
- 遵照数据保护法律选择安全的资料室提供商。
- 确保所有取用资料室内所提供的个人数据的人受到保密义务制约。

2. 尽职调查

收购目标的数据持有情况可能是其估值的关键。尽职调查还可能会揭露数据保护和网络安全违法情况的潜在责任。

明确重大风险和责任

亚太地区各国的数据保护和网络安全法律错综复杂。目前澳大利亚、中国大陆、香港、日本、马来西亚、新西兰、菲律宾、新加坡、韩国、台湾及泰国已实施全面的数据保护法律，印度有望在不久的将来颁布综合性法律。继 GDPR 后，该等法律正在更新，被赋予了更多权限，使得合规性方面的挑战远大于过去。虽然网络安全法规作为一种信息技术安全专项法规在亚太地区的发展较慢，但中国在 2017 年出台的《网络安全法》却率先在该地区对信息技术系统和网络进行更为严格的监管。

随着该地区对合规性的日益重视，目标公司与数据保护和网络安全有关的政策与流程，显然应当作为尽职调查的一部分进行评估。其中的关键是要了解目标公司已取得了其处理、转移及披露其所持有的个人数据所需的同意。目标公司应在个人数据处理中采取适当的安保措施，并应当在第三方处理数据、数据分享安排及数据保留等方面制定适当的政策。需要特别关注的领域包括目标公司对直接营销规定的遵守情况，虽然亚太地区的相关规定各异，但在许多情况下，目标公司在电话、传真或短信联系消费者前，须取得特定的“勾选框”形式的同意，并查阅“请勿来电”登记册。尤其是在资产转让情况下，了解目标公司能否将个人数据转移给收购方用于直接营销目的，尤为重要。无论采用何种交易架构，目标公司能否将个人数据转移给其新的关联机构用于营销目的，将很可能是目标公司与收购方现有业务整合中的考量因素。

数据保护和网络安全尽职调查还应调查不合规事件，其中包括重大投诉、数据安全漏洞、监管查询及执法行动。取决于具体情况，检查外包及数据处理协议，了解目标公司是否遵守安全处理、网络安全及日益适用于个人数据在亚太地区境内及从亚太地区到国际的

地区及国际转移的跨境转移限制，也极为重要。



最佳实践：

- 采用充分考量数据保护和网络安全问题的尽职调查调查问卷。
- 确保由尽职调查团队相关标的专家审查数据保护政策和流程。
- 考量是否有任何尽职调查重大发现足以影响到估值，要求卖方作为交易的一部分作出补偿或进行补救。

补救

尽职调查通常显示目标公司在数据保护及网络安全合规方面投入不足。数据泄露和网络攻击的速度、范围及复杂程度愈演愈烈，因此，公司的数据安全实践被置于消费者、私人诉讼当事及人监管机构更为严格的审视之下。上述数据泄露可导致数百万个人消费者数据外泄，从而引发潜在重大责任。此类泄露事件将导致公司付出（经济上的）直接代价以及（品牌声誉、客户忠诚度下降等）间接代价。

如目标公司未划拨充足的资源保护其数据，恶果将由买方承担。一旦在交割后得知须在 IT 方面额外支出一大笔费用，买方通常会大惊失色，因此，其急于在交割前了解该笔投入，从而考虑是否应压低收购价格，以体现必要的补救措施所需成本，抑或是否应要求卖方在交割前加以改进。收购方可能计划将目标公司并入自身 IT 系统及基础设施，但此举必然也会产生一笔费用，同样应考虑将该笔费用纳入交易整体估值之中。

针对必要的补救活动开展的尽职调查通常由法律及 IT 专业人员共同开展。

最佳实践：

- 核查资本支出预测，确保网络安全方面的 IT 投入预算充足。
- 考虑因未能合规导致的任何其他必要投入，并考量收购方为目标公司制定的整合方案对该笔投入将会产生何种影响。

数据整合

由于数据日益成为有价值的战略企业资产，公司也希望借着引入客户数据库实现交易价值最大化。数据库整合通常会导致数据保护合规问题。目标公司现有数据主体的同意及其他合规措施可能不涉及合并后的公司范畴，也可能不符合该等合并后公司的法律架构。由于收购方追求合并利益，使用整合后个人数据的意向也可能更为强烈。

禁止或限制数据中心合并及其他操作的跨境数据转移管制措施可能对整合后的公司的预期运营效率形成考验，尤其是在亚太各国更多司法管辖区纷纷采用更为严格的个人数据保护管制措施的大背景之下。

除监管合规问题外，数据库整合成本高昂，还可能导致交易风险，从而引发对于相关操作可能令数据受损的担忧。

最佳实践：

- 将数据整合策略纳入尽职调查方案。
- 比对数据保护要求评估上述策略，了解策略是否可行。

选择交易架构

资产收购涉及具体资产及债务的转让。个人数据并非传统公司资产，因为数据主体通常享有批准转移其个人数据的同意权。起草得较为精细的隐私政策应涉及今后合并、收购或重组可能性等问题，但这一预防性的措施通常缺失，换言之，我们有必要仔细审读适用数据保护法的规定。

以股份转让形式开展的交易可能不会引发上述问题。部分司法辖区内的数据保护法包含针对公司交易的具体豁免规定，也可缓解这一棘手问题。



最佳实践：

- 如同合同一样，并非所有个人数据都能通过交易实现转让。上述限制可能影响交易架构。
- 需在交割前考虑采取征得数据主体的同意等临时措施。

第二阶段—签字



- 起草股份转让协议：陈述和保证
- 其他合同条款
- 附属合同

起草股份转让协议：陈述和保证

应通过在交易文件中对适当的陈述和保证条款达成协商确定数据的相关价值及风险。该等陈述条款内容依行业及风险水平而定，但通常涉及下列内容：

- 遵守数据保护及网络安全法及合同规定；
- 信息技术资产安全；
- 检测网络漏洞及数据泄露；
- 披露数据相关索赔及合规调查；
- 披露与第三方分享或由第三方分享数据的安排；以及
- 安全评估及对任何缺口进行的补救。

上述陈述还应涉及尽职调查中的任何重大发现及假设，且一旦尽职调查中发现任何特定风险或不合规事件，还需增添提供补偿等陈述内容。

其他合同条款

根据尽职调查结果，或需考虑其他条款，其中包括：

- 针对数据相关责任的特别补偿；
- 涉及实施缺失的 IT 保障措施或合规缺口的交割条件；以及
- 同意解决持续保障敏感信息安全的问题。



最佳实践：

- 考虑通过股份转让协议采用与处理环境风险类似的方式处理数据保护问题，包括可能通过审查确立基线及补救措施。
- 数据保护可能影响股份转让协议中有关劳动聘用、前提条件及签字至交割前协议的陈述及保证。

附属协议

交易中可能还需签署多份有关个人数据的附属协议，其中包括：

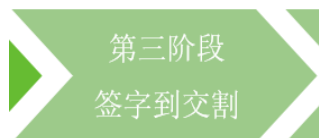
- 涉及交割后数据整合及服务的过渡服务协议；
- 管辖交割前数据转移事项的数据分享协议；
- 其他用于交割后业务运营的许可及数据处理协议（如适用）。



最佳实践：

- 股份转让协议的起草人应全面考虑数据转移、共享及使用等问题，从而确保附属协议妥善涵盖上述问题。
- 交割后，数据合规责任即转移至买方，换言之，过渡服务协议等附属协议应涉及安全处理及跨境转移限制等内容。

第三阶段—签字到交割



• 交割前整合

交割前整合

签字后至交割前，买方的整合团队应制定将被收购企业的雇员及信息系统整合入买方自有组织的方案。整合规划可能涉及由目标公司在交割前将重要个人数据转移给买方。

在交割前将雇员数据转移给买方的操作会引发一定的数据保护问题。交割前，对目标公司而言，买方或买方团队是第三方。因此：

- 目标公司可能必须向有关数据保护机构申报上述转移操作。
- 目标公司必须能以合理理由证明上述转移操作仅涉及整合活动所绝对必须的数据，且数据接收人仅限于买方组织内部整合团队成员。
- 买方应承诺，一旦因任何原因未能交割，其应归还或销毁数据，且自然而然地应承担保密义务及不将相关数据用于整合规划之外的其他用途的义务。

对涉及大量数据的复杂整合项目而言，买方及目标公司可考虑设立一套治理框架，从而确保在整合流程的各阶段体现数据保护关注点。



最佳实践：

- 买方及目标公司之间订立数据保护框架协议以管理并保障交割前数据转移。
- 仅限于向整合团队披露数据。
- 若交割前一方将代表另一方处理个人数据（如，处理通过资产出售转移的雇员个人数据），应订立数据处理协议。

第四阶段—交割后

第四阶段 交割后

- 数据使用及数据库整合
- 过渡服务协议
- 交割后重组及补救

数据使用及数据库整合

买方通过收购购买数据资产，并不因此取得在交割后不受限制地使用数据的权利。多数亚太国家数据保护法对公司集团内部的个人数据转移所采取的限制与其对非关联方之间的个人数据转让所采取的限制如出一辙，且加诸目标公司个人数据获准用途的所有限制条件，也会“顺势沿用至”收购方。与消费者之间的数字互动可能为扫除组织数据库整合障碍提供了一个契机，但必须比对数据保护法仔细核查相关方案，尤其是在收购方计划将数据用于营销的情况下。

过渡服务协议

交割后，交易各方可能需要在一段时间内继续迁移并整合业务运营。在此期间，目标公司可继续代表买方开展一系列数据处理操作。

上述交割后数据处理操作一般属于“过渡服务协议”（TSA）所涵盖的更为广泛的一系列技术及运营服务。从数据保护的角度看，过渡服务协议将被视为作为“数据控制人”的买方及作为“数据处理人”的目标公司之间订立的数据处理协议。

亚太地区各国司法管辖区采用的数据保护法规定，在“数据控制人”聘用“数据处理人”的情况下，必须施加安全处理要求，且许多司法管辖区还施加了相关的跨境转移限制措施。

交割后重组及补救

将收购所得的公司整合入买方的数据保护治理方案之中堪称最为棘手的交割后操作之一。这一过程堪比买方在新收购的公司全面推行买方全球合规方案。



最佳实践：

新公司应引入专门的培训措施、任命数据保护官并识别和补救合规缺口

Contacts



Mark Parsons
Partner, Hong Kong
T +852 2840 5033
mark.parsons@hoganlovells.com



Tommy Liu
Senior Associate, Hong Kong
T +852 2840 5072
tommy.liu@hoganlovells.com



Matthew Bousfield
Counsel, Singapore
T +65 6302 2565
matthew.bousfield@hoganlovells.com



Angele Lok
Associate, Hong Kong
T +852 2840 5042
angele.lok@hoganlovells.com

Alicante
Amsterdam
Baltimore
Beijing
Birmingham
Boston
Brussels
Budapest
Colorado Springs
Denver
Dubai
Dusseldorf
Frankfurt
Hamburg
Hanoi
Ho Chi Minh City
Hong Kong
Houston
Jakarta
Johannesburg
London
Los Angeles
Louisville
Luxembourg
Madrid
Mexico City
Miami
Milan
Minneapolis
Monterrey
Moscow
Munich
New York
Northern Virginia
Paris
Perth
Philadelphia
Rome
San Francisco
São Paulo
Shanghai
Silicon Valley
Singapore
Sydney
Tokyo
Ulaanbaatar
Warsaw
Washington, D.C.
Zagreb

Our offices

Associated offices

www.hoganlovells.com

"Hogan Lovells" or the "firm" is an international legal practice that includes Hogan Lovells International LLP, Hogan Lovells US LLP and their affiliated businesses.

The word "partner" is used to describe a partner or member of Hogan Lovells International LLP, Hogan Lovells US LLP or any of their affiliated entities or any employee or consultant with equivalent standing. Certain individuals, who are designated as partners, but who are not members of Hogan Lovells International LLP, do not hold qualifications equivalent to members.

For more information about Hogan Lovells, the partners and their qualifications, see www.hoganlovells.com.

Where case studies are included, results achieved do not guarantee similar outcomes for other clients. Attorney advertising. Images of people may feature current or former lawyers and employees at Hogan Lovells or models not connected with the firm.

©Hogan Lovells 2020. All rights reserved.