SOFTWAREPAKKET KOPEN? DIT ZIJN DÉ 5 JURIDISCHE TOPICS IN ICT

ADVOCATENKANTOOR

LEGALZ

ICT & RECHT

INHOUDSOPGAVE

Colofon

Copyright © 2020 Advocatenkantoor Legalz B.V.
Kantoorgebouw Minervahuis III
Rodezand 34
3011 AN Rotterdam

www.legalz.nl
contact@legalz.nl
010 2290 646

Auteur: Mr. Robert Grandia

Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd en/of openbaar worden gemaakt door middel van druk, fotokopie, geluidsband, elektronisch of op welke wijze dan ook, zonder schriftelijke toestemming van Advocatenkantoor Legalz B.V.

HOOFDSTUK 1: VALKUILEN IN IT-CONTRACTEN

Staat u op het punt om een softwarepakket aan te schaffen? Dan wilt u zekerheid. Dat de (cloud-)software goed werkt, aansluit bij uw eisen en geregeld geüpdatet wordt.

Hoe krijgt u die zekerheid?

Door middel van een IT-contract. Met specifieke topics die u in geen ander contract tegenkomt. Basiskennis over IT-contracten is dan ook essentieel voor het laten slagen van de overeenkomst.

Om u hierbij te helpen, benoemen we hieronder de 5 grootste valkuilen in IT-contracten en gaan we dieper in op boetebedingen. Tot slot delen we in dit hoofdstuk een handige checklist waarmee uzelf een snelle juridische beoordeling van software- en SaaS-contracten kunt doen.

1.1 Voorkom déze struikelblokken bij het sluiten van IT-contracten

De kans op falen bij ICT-projecten is groot. Zeker bij een grote omvang of enige mate van complexiteit. Vaak krijgt het IT-contract de schuld. Daarom zetten we de 5 grootste struikelblokken voor IT-contracten op een rij.

1. Contracten gedicteerd door 1 partij

Het sluiten van een contract is een proces, geen momentopname. Een goed doorlopen proces resulteert in een beter contract. Dit vraagt om samenwerking tussen leverancier(s) en opdrachtgever.

Goede communicatie, tijdige informatie en adequate besluitvorming zijn randvoorwaarden. Idealiter zijn stakeholders van beide partijen betrokken, leveren input en hebben hun doelstellingen scherp in beeld. Vanuit één partij gedicteerde afspraken of contractvoorwaarden zijn een slecht vertrekpunt voor een goed IT-contract.

2. Contract slechts zien als juridisch document

IT-contracten zijn juridisch, maar dat is slechts 1 dimensie. Een IT-contract wordt nog te vaak (op het laatste moment) opgesteld door juristen en/of inkopers die onvoldoende aansluiten bij commerciële, bedrijfskundige, organisatorische en/of technologische doelstellingen.

Een goed IT-contract behelst een holistische benadering waarin alle dimensies aan bod komen. Daarvoor is (tijdige) participatie van alle stakeholders cruciaal met als sluitstuk een goed contract.

3. Een statische scope toepassen

De kern van IT-contracten wordt gevormd door de scope ('the work to be done'). Essentieel is een vraag als: wat mag de opdrachtgever verwachten en wanneer?

De scope is echter vaak niet voldoende duidelijk in IT-contracten. Dit komt door de onzekerheden en onduidelijkheden die daarover nog bestaan op het moment dat het IT-contract tot stand wordt gebracht. Het IT-contract blijkt dan een lege huls die in een later stadium niet past en niet in staat blijkt effectief vorm en sturing te geven aan de relatie tussen de partijen.

Contracten moeten dan ook zo worden gemaakt dat ze bruikbaar zijn bij wijzigende omstandigheden. Bijvoorbeeld door expliciet aandacht te besteden aan vergoeding van meerwerk, indien onverhoopt toch blijkt dat het pakket van af te nemen diensten verandert. Of door te bedingen dat kortingen ook zien op nader overeen te komen diensten.

4. Het contract opbergen in een la

De handtekening is gezet, het contract verdwijnt in de la. IT-contracten blijken vaak statisch, terwijl IT-projecten dynamisch zijn. Na de start kunnen omstandigheden anders blijken, veranderen de eisen en worden requirements aangepast. Het IT-contract moet dit juist faciliteren en niet dwarszitten. Overlegstructuren (communicatie), escalatievoorzieningen en een werkbare modus voor contract- en prijswijzigingen zijn dan ook vereist.

5. Focus op geschilbeslechting via de rechtbank

De dynamiek van IT-projecten kunnen leiden tot verschillen in inzicht, strijdige doelstellingen, onduidelijkheden in het IT-contract en sluimerende conflicten. De meeste IT-contracten kennen een slotbepaling over geschillen. De strekking daarvan is vaak dat geschillen worden voorgelegd aan de rechter of arbiter(s).

Een dergelijke bepaling is nuttig, maar miskent dat rechtspraak het laatste redmiddel is dat je liever niet inzet. Het is daarom beter om in het IT-contract een uitvoerige regeling op te nemen voor escalatie van allerhande geschillen die het succes van een IT-project kunnen frustreren. De escalatieregeling is onmisbaar in het IT-contract.

1.2 Trap niet in de 5 valkuilen van boetebedingen in contracten

Verplichtingen in een contract moeten worden nagekomen. Zeker als er veel op het spel staat. Om dat extra kracht bij te zetten, is de contractuele boete een effectief instrument. Dat vergt wel bijzondere aandacht, want een boetebeding moet goed geformuleerd zijn om in de praktijk bruikbaar te zijn en daar gaat het vaak fout.

Verkeerde of vergeten formuleringen maken een enorm verschil. Hieronder vijf valkuilen om alert op te zijn bij het opschrijven van een boetebeding.

Een boetebeding in het kort

Het (contractueel) boetebeding kent een aparte regeling in de wet. Het doel van het boetebeding is een (financiële) prikkel tot nakoming. Het doel kan ook zijn om het bedrag van schadevergoeding vast te zetten in plaats van de schade door de rechter te laten bepalen.

Een boetebeding kan u beschermen. Schendt een leverancier een verplichting uit het contract? Dan kan een goed boetebeding ervoor zorgen dat de leverancier een geldsom of andere prestatie moet voldoen. Ook een leverancier kan er baat bij hebben om boetebedingen in een contract op te nemen. Denk aan een boete bij schending van de geheimhouding of inbreuk op intellectuele eigendomsrechten van de leverancier.

Dé vijf valkuilen bij boetebedingen

Boetebedingen worden in de praktijk geregeld verkeerd geformuleerd. Als inkoper heeft u een signaleringsfunctie en kunt u invloed uitoefenen op het contract. Daarom zetten wij hieronder de vijf meest voorkomende valkuilen op een rij, zodat u weet waar u alert op moet zijn.

Valkuil 1: geen aanspraak maken op wettelijke schadevergoeding

Een boetebeding wordt vaak gebruikt als financiële prikkel om afspraken in het contract na te komen. De wet neemt als uitgangspunt dat een afgesproken boete in plaats treedt van het recht op schadevergoeding op grond van de wet. Dat moet u niet willen.

Een boete in het contract kan immers vele malen lager zijn dan waar u wettelijk recht op zou hebben als gevolg van de ontstane schade. U wilt uiteraard voorkomen dat uw organisatie geen aanspraak kan maken op wettelijke rechten en de daarbij behorende schadevergoeding.

Daarom moet altijd in het contract tot uitdrukking worden gebracht dat een verschuldigde boete geldt naast de schadevergoeding die op grond van de wet zou gelden. Advies is dan ook om op te nemen dat de boete verschuldigd is, “onverminderd het recht van de Opdrachtgever tot het vorderen van volledige schadevergoeding, alsmede alle overige rechten die de wet toekent.”

Valkuil 2: consequenties ná ingebrekestelling

Voor het vorderen van schadevergoeding op grond van de wet is verzuim vereist. Oftewel, in veel gevallen moet u bij een tekortkoming de leverancier eerst in gebreke stellen, voordat de gevolgen van een boetebeding in werking treden. Ook dat werkt niet in uw voordeel.

De andere partij kan het boetebeding dan immers overtreden en deze overtreding staken zodra er een ingebrekestelling volgt. Zonder dat die andere partij daar de consequenties van ondervindt. Daarom is het advies om in een boetebeding op te nemen dat bij een tekortkoming “verzuim direct intreedt zonder nadere ingebrekestelling”.

Valkuil 3: boetebedingen die alles bestrijken

Geregeld komen we boetebedingen tegen die eigenlijk alle verplichtingen uit het contract tegelijk bestrijken. Zoals: “Indien Opdrachtnemer de verplichtingen uit deze overeenkomst niet of niet volledig nakomt, zal hij door dit enkele feit, zonder nadere ingebrekestelling direct in verzuim zijn en per gebeurtenis aan Opdrachtgever een onmiddellijk opeisbare boete van € 10.000,- verschuldigd zijn.”

Dergelijke bedingen houden meestal slechts beperkt stand als ze voor een rechter komen. Ze zijn dikwijls aanleiding tot matiging van de door de rechter opgelegde boete. Het advies is om een boetebeding specifiek en gericht te maken. Bijvoorbeeld door te verwijzen naar een of meer bepaalde (specifieke) verplichtingen in het contract, waarop het betreffende beding van toepassing is.

Valkuil 4: niet voor rechterlijke matiging vatbaar

In contracten van internationale of Anglo-Amerikaanse oorsprong – die soms in Nederlandse vertaling worden gebruikt – komt geregeld de zinsnede voor dat de boete “niet voor rechterlijke matiging vatbaar” is. Onder het Nederlands recht is een dergelijk beding niet toegestaan.

De rechter kan onder Nederlands recht middels matiging de verschuldigde boete verlagen, wat de partijen daarover ook mochten hebben opgeschreven. De bevoegdheid van de rechter tot matiging is van dwingend recht en afwijking van die wettelijke regeling in het contract is dus niet toegestaan. Haal een dergelijke zin dus uit het contract als de overeenkomst onder het Nederlands recht valt.

Valkuil 5: onherkenbare boetebedingen

Een boetebeding is vaak herkenbaar aan het woord “boete”, “boetebeding” of “boeteclausule”. Maar veel vaker is een boetebeding minder expliciet en dreigt dan niet als zodanig herkend te worden. De boete kan ook ‘verstopt’ liggen in afspraken over de creditering of restitutie van reeds betaalde bedragen (zoals de verschuldigde fee voor de diensten). Zo kan bepaald worden dat de afnemer recht heeft op creditering van bijvoorbeeld een deel van de door de afnemer verschuldigde vergoeding. Bijvoorbeeld een restitutie van een naar rato deel van de maandelijkse fee indien de beschikbaarheid van 98,7% niet wordt gehaald.

De afnemer krijgt dan een deel van de prijs terug. Dat is prettig maar in voorkomende gevallen een slechte deal. Want wat heb je aan terugbetaling van een deel van de maandelijkse fee als een bedrijfskritische applicatie dagenlang niet beschikbaar is? Wees alert op verkapte boetebedingen. Als de boete niet als zodanig wordt herkend, kan men immers ook niet toetsen of deze wel voldoet aan de eisen die gelden voor boetebedingen op grond van de wet.

1.3 Checklist sofware- en SaaS-contract beoordelen

Staat u op het punt om een software- of SaaS-contract te sluiten? Dan wilt u zeker weten dat alle essentiële topics in het contract zijn opgenomen. Niet alleen de algemene zaken als scope, looptijd en aansprakelijkheid, maar juist ook de voor software specifieke topics als acceptatietest, releasebeleid en licentiemodel. De voor softwarecontracten typerende onderwerpen hebben we opgenomen in een handige checklist, waarmee u uw contract kunt beoordelen.

Software inkopen vereist specifieke kennis

Voor software en Software as a Service (SaaS) gelden specifieke aandachtspunten, die u niet in andere contracten tegenkomt. In onze checklist vindt u alle relevante topics waarop u een softwarecontract kunt beoordelen.

Beoordeel uw contract met behulp van deze checklist en vink de topics eenvoudigweg af.

Mist u iets in uw contract? Onderneem dan actie, want u wilt niet voor verrassingen komen te staan tijdens of aan het einde van de looptijd.

HOOFDSTUK 2: VEILIG IN DE CLOUD

Vrijwel iedere organisatie haalt IT uit de cloud. Met name Software as a Service (SaaS) is ongekend populair. Slimme appjes en handige tools schieten als paddenstoelen uit de grond.

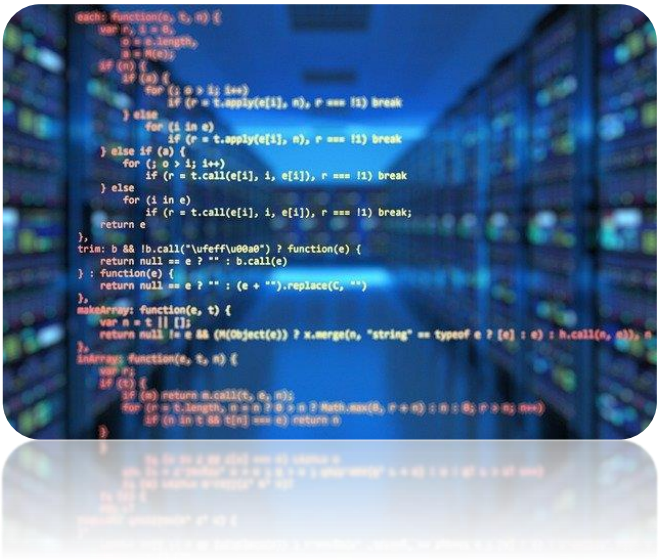
Even in het kort het verschil tussen SaaS en 'gewone' software. Waar traditionele software vaak in het datacenter van de klant draait, is een SaaS-applicatie geen eigendom van de klant. De klant betaalt vaak naar gebruik (subscription model) in plaats van deze eenmalig aan te schaffen. De software wordt veelal door een hosting provider beschikbaar gesteld via internet. Beheer en onderhoud van de software zitten in de dienst inbegrepen.

Dat levert heel nieuwe uitdagingen op. We schetsen de belangrijkste risico's en geven u een paar juridische aandachtspunten bij de aanschaf van clouddiensten en SaaS.

2.1 Alles in de cloud: kent u de 3 belangrijkste risico's?

CRM-pakket, klantportal, verzuimapp of…. Alles is mogelijk in de cloud. Standaard, relatief goedkoop en dus aantrekkelijk om in te kopen. Toch is voorzichtigheid geboden. Er zijn namelijk drie risico's die in de praktijk vaak tot (juridische) problemen leiden als ze niet goed geregeld zijn.

Risico 1: externe hosting



Bij SaaS wordt de software via internet of een ander netwerk beschikbaar gesteld. De meeste SaaS-leveranciers hebben geen eigen datacenter, maar zetten hiervoor een hostingprovider in. En dat is nu precies waar de eerste valkuil ligt.

Stel dat de hosting provider wordt overvallen door een DDoS-aanval. Uw klantportal of CRM-systeem ligt plat. U belt uw SaaS-leverancier, maar die kan het niet oplossen en legt de verantwoordelijkheid bij de hosting provider. Daar schiet u niets mee op. Essentieel is dat u bij het aangaan van het contract met uw SaaS-leverancier afspraken heeft gemaakt in een SLA over de beschikbaarheid, ook voor wat betreft de hosting. Heeft uw leverancier een goede SLA met de hosting provider afgesloten en zo ja, wat staat hierin? Bij de keuze voor SaaS is het essentieel dat de wijze van hosting, de betreffende hosting provider en de afspraken met deze partij kritisch beoordeeld worden.

Risico's 2: discontinuïteit bij faillissement

Ook mogelijk: uw SaaS-leverancier gaat failliet. Uw software draait nog steeds bij de hosting provider. Hoe zorgt u dat zij hiermee doorgaan en vooral dat niet al uw data verloren gaat?

Uw eerste gedachte gaat naar traditionele broncode depots ofwel source code escrow regelingen. Hierbij komen leverancier, afnemer en een derde partij (de escrow agent) met elkaar overeen dat de broncodes van de software in depot worden gehouden door de escrow agent. Bij het optreden van discontinuïteit krijgt de afnemer de beschikking over de broncode.

Toch gaat deze traditionele escowregeling u niet helpen. De kern van SaaS is immers de voortdurende beschikbaarheid van de SaaS-dienstverlening. Onderhoud, wijzigingen en kennis liggen allemaal bij de SaaS-leverancier. De broncode zelf zegt dan niet zoveel. Daarom heeft u een additionele SaaS-escrow of continuïteitsregeling nodig, die ervoor zorgt dat uw hosting provider de hosting van de software tijdelijk continueert. Ook bij faillissement van de SaaS-leverancier, want dan zou u te maken krijgen met de curator en de kans lopen dat deze de overeenkomst op korte termijn beëindigt en de SaaS-dienstverlening stopzet.

SaaS-escrow of een passende continuïteitsregeling is niet standaard geregeld als u software uit de cloud inkoopt. Het geeft u en uw organisatie echter wel zekerheid als het misgaat en de tijd om een structurele oplossing te vinden. Zeker bij bedrijfskritische software onmisbaar.

Risico 3: uitbesteden verwerking persoonsgegevens

In vrijwel elke app of software worden persoonsgegevens verwerkt. Die verwerking besteedt u uit aan uw SaaS-leverancier. Daar komt de AVG om de hoek kijken. U heeft in ieder geval een verwerkersovereenkomst nodig. Dat luistert nauw, want bij SaaS zijn de risico's op het gebied van privacy en security groter dan bij het gebruik van 'standaard' software.

Zeker omdat vele SaaS-leveranciers gebruikmaken van hosting buiten Europa. De doorgifte van persoonsgegevens naar niet-EU landen is volgens de AVG verboden, tenzij die landen een 'passend beschermingsniveau' bieden. Kortom, de keuze voor SaaS vraagt ook om nader onderzoek op het gebied van privacy en de AVG. U wilt de Autoriteit Persoonsgegevens immers niet op de stoep hebben staan met een last onder dwangsom of boete.

Hoe zit het dan met de Microsofts van de wereld?

Het sluiten van een contract met de grote partijen als Microsoft, Google en Amazon is vaak weinig anders dan het accepteren van de contractuele voorwaarden die zij bieden. Standaard is de enige optie. Grote partijen wentelen risico's, aansprakelijkheden en verantwoordelijkheden op u als afnemer af. U hoeft zich bij deze grote partijen echter minder zorgen te maken om faillissement en om zaken met de vele Europese bedrijven te kunnen blijven doen, hebben ze de basics rondom de AVG vaak wel geregeld.

Software uit de cloud kopen?

Zeker geen slecht idee. Ga ervoor, maar dan wel goed doordacht en kritisch. Houd daarbij de bovenstaande risico's goed in het vizier.

2.2 De juridische gevolgen van 'as is' en 'as available' in IT-contracten

Wie met enige regelmaat een contract voor het gebruik van software onder ogen krijgt, kent de term 'as is'. Varianten die tegenwoordig opduiken zijn 'as is, where is' en 'as is, as available'. Waar staan deze termen voor en wat moeten we ermee?

Software is een ingewikkeld product. Bij een ingewikkeld product komen complexe vragen kijken. Ook bij de beoordeling of de software die wordt (op)geleverd, voldoet aan hetgeen de afnemer op grond van de overeenkomst mag verwachten.

Want wat mag de afnemer eigenlijk van software verwachten?

- dat de software tenminste voldoet aan gangbare kwaliteitsstandaarden/eisen van vakmanschap?
- dat de software voldoet aan vooraf opgestelde specificaties van functionaliteit en eigenschappen van de software ('conformance to specifications')?
- dat de software daadwerkelijk geschikt is voor (normaal) gebruik ('fitness for use')?
- dat de software geschikt is voor door de afnemer beoogde gebruiksdoelen ('fitness for purpose')?

Aan welke eisen moet software volgens de wet voldoen?

De wet kent geen specifieke regeling die bepaalt aan welke eisen software moet voldoen. Wel kan getoetst worden aan de bepaling van artikel 7:17 BW. Dat artikel (eigenlijk bedoeld voor koop van zaken) bepaalt dat een zaak moet beantwoorden 'aan de overeenkomst' en dat is niet het geval indien de zaak:

“mede gelet op de aard van de zaak en de mededelingen die de verkoper over de zaak heeft gedaan, niet de eigenschappen bezit die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten.”

De koper mag verder verwachten dat de zaak de eigenschappen bezit die voor een ‘normaal gebruik’ daarvan nodig zijn en waarvan hij de aanwezigheid niet behoefde te betwijfelen. Alsmede mag hij de eigenschappen verwachten die nodig zijn voor een bijzonder gebruik dat bij de overeenkomst is voorzien.

De wettelijke regeling is echter van regelend recht, zodat professionele partijen daarvan kunnen afwijken (dat is overigens wel anders bij contracten met consumenten).

Van groot belang is dan ook wat partijen zelf in hun contract zijn overeengekomen. Het gaat er niet om of de software op zich ‘goed’ of ‘slecht’ is, maar of deze voldoet aan de eisen die in het contract worden gesteld. Een slecht contract zet dus de deur open voor slechte software.

Wees alert op ‘as is’, ‘where is’ en ‘as available’

De ‘as is’-bepaling vindt zijn oorsprong in Anglo-Amerikaanse contracten. Zeker Amerikaanse leveranciers maken vaak in de Terms & Conditions of in de EULA gebruik van een clausule van de strekking dat de software (of de software-as-a-service) wordt geleverd ‘as is’. Oftewel zonder enige recht of garantie ten aanzien van gebruik, geschiktheid of anderszins. Ook in Nederland komen we de bepaling geregeld tegen.

In de varianten van de ‘as is’-bepaling met de toevoegingen ‘where is’ of ‘as available’, wordt doorgaans gedoeld op de beschikbaarheid: waar of wanneer ook ter wereld. Bij Software-as-a-Service of andere online dienstverlening kan immers een onbeschikbaarheid tot kwalijke gevolgen en schade bij de afnemer leiden. In de varianten ‘as is, where is’ of ‘as is, as available’, wordt beoogd de verantwoordelijkheid van de leverancier daarvoor uit te sluiten.

Het is raadzaam om alert te zijn op de aanwezigheid van ‘as is’-bepalingen in contracten. Accepteer deze bij voorkeur niet. Met een enkele clausule wordt namelijk de wet opzij geschoven en uitgehold wat normaal gesproken zou mogen worden verwacht.

HOOFDSTUK 3: AVG & SOFTWARE

In 2018 was het een hot topic: de AVG. Op 25 mei van dat jaar moesten alle organisaties voldoen aan de nieuwe Europese wetgeving. Ook bij de aanschaf van software is het van belang om de AVG nauwlettend in het oog te houden.

De verantwoordelijkheid voor privacybescherming in de software ligt in veel gevallen bij u als afnemer. U bent namelijk 'gegevensverantwoordelijke' en bepaalt het doel en de middelen van de verwerking van persoonsgegevens.

3.1 Wat betekent de AVG voor mijn software?

U als gegevensverantwoordelijke moet volgens de AVG passende technische en organisatorische maatregelen treffen om persoonsgegevens te beschermen. Dit geldt zowel bij de bepaling van de verwerkingsmiddelen (denk aan software) als bij de verwerking zelf. De maatregelen moeten ervoor zorgen dat alleen persoonsgegevens worden verwerkt die noodzakelijk zijn voor elk specifiek doel van de verwerking.

Dit geldt voor de hoeveelheid verzamelde persoonsgegevens, de mate waarin zij worden verwerkt, de termijn waarvoor zij worden opgeslagen en de toegankelijkheid daarvan. De maatregelen moeten er ook voor zorgen dat persoonsgegevens "in beginsel niet zonder menselijke tussenkomst voor een onbeperkt aantal natuurlijke personen toegankelijk worden gemaakt".

Privacy by default en privacy by design

Persoonsgegevens dient u te beschermen door middel van ontwerp (privacy by design) en door standaardinstellingen (privacy by default). Om privacy by default en privacy by design mogelijk te maken, moet privacybescherming een integraal deel zijn van de ontwerpkeuzes en de inrichting van software.

Al in de architectuur moet vastliggen dat niet meer gegevens worden verwerkt dan noodzakelijk voor het doel en dat ze niet langer dan noodzakelijk worden bewaard. Daarnaast moet het voor betrokkenen mogelijk zijn om hun persoonsgegevens in te zien, te corrigeren en te wissen.

Een belangrijke rol om privacy by design te bereiken, is weggelegd voor beveiligingsmaatregelen. Denk daarbij aan acces control door het toekennen van gedifferentieerde autorisaties van onderscheiden gebruikers (need to know/need to access), maar ook aan algemene maatregelen zoals firewalls en encryptie van data of anonimisering ervan.

Welke stappen kan ik als afnemer nemen om te voldoen aan de AVG?

Afnemers van software dienen zich bij de uitvraag of keuze voor software te beraden op de wijze waarop privacy by design voor hun organisatie en werkwijze wordt vertaald naar de software. Voor praktische handvatten kunt u bijvoorbeeld aansluiten bij publicaties als de Handleiding Privacy by Design van het Centrum voor Informatiebeveiliging en Privacybescherming.

Checklist verwerkersovereenkomst

Besteedt u de verwerking van persoonsgegevens uit aan een derde partij? Dan dient er schriftelijk een verwerkersovereenkomst te worden gesloten. De verwerkersovereenkomst bevat onder meer een omschrijving van het onderwerp, de duur, de aard en de doeleinden van de verwerking.

In onze checklist verwerkersovereenkomst staan alle vereisten die de AVG stelt aan deze overeenkomst.

HOOFDSTUK 4: DE ROL VAN ONDERHOUD

Bij de aanschaf van software heeft u een lange waslijst van eisen en wensen waaraan de nieuwe oplossing moet voldoen. Usability, security, data opslag, kosten etc. De grote vraag is echter welke positie software-onderhoud heeft op die lijst. In de praktijk zien we het vaak ergens onderaan bungelen. Onterecht, want onderhoud vormt de achilleshiel van menig IT-contract. Daarom wijden we een hoofdstuk aan het belang van onderhoud bij het inkopen van software.

4.1 Neem software-onderhoud mee in het contract

Onderhoud is een belangrijk onderwerp bij het sluiten van contracten voor software. De TCO (total cost of ownership) van software bestaat voor een groot deel uit onderhoudskosten gedurende de levenscyclus ervan. Onderhoud is daarnaast cruciaal voor de continuïteit van het gebruik van de software. Toch valt op dat in softwarecontracten de focus sterk ligt op de ontwikkelfase en veel minder op de onderhoudsfase. Gelukkig hebben we de algemene voorwaarden nog…

Vertrouwen op algemene voorwaarden voor borgen software-onderhoud

Voor het borgen van software-onderhoud wordt veelal vertrouwd op de (standaard) algemene voorwaarden, waarin ook software en het onderhoud in enige vorm zijn geregeld. Het gaat dan om de algemene voorwaarden van de leverancier of de (eigen) inkoopvoorwaarden van uw organisatie.

Vanuit de overheid worden vaak de GIBIT (2016) en de ARBIT (2018) gehanteerd voor het contracteren van IT-producten en -diensten en voor andere sets inkoopvoorwaarden geldt dat deze doorgaans gelijkenis vertonen met deze sets. De hamvraag is of onderhoud daarmee adequaat is geregeld. Hieronder een nadere blik op hetgeen er qua onderhoud in de GIBIT en de ARBIT is vastgelegd.

Software-onderhoud volgens de GIBIT (2016)

De GIBIT zijn de Gemeentelijke Inkoopvoorwaarden bij IT. De set algemene voorwaarden is een uitgave van de Vereniging Nederlandse Gemeenten (VNG) en wordt gebruikt door gemeenten. De GIBIT kennen specifieke bepalingen op grond waarvan de leverancier, tenzij anders overeengekomen, correctief, preventief en innovatief onderhoud verricht vanaf acceptatie van de ICT-prestatie. De leverancier dient, bij overeengekomen onderhoud, aan een aantal garantieplichten te voldoen. Zo moet de leverancier garanderen dat hij tot tenminste 2 jaar na acceptatie onderhoud kan plegen op de ICT-prestatie.

Daarnaast zegt de leverancier hiermee toe om op verzoek van een opdrachtgever een of meer Service Level Agreements (SLA's) te sluiten. Hierin worden concrete service levels voor onderhoud vastgelegd en maatregelen afgesproken voor het al dan niet halen van deze service levels.

De GIBIT vormen een begin, maar daarmee is onderhoud zeker niet geborgd. Een garantie van 2 jaar voor onderhoud gerekend vanaf acceptatie is kort en de situatie in de jaren daarna ongewis. Ook de verplichting om in overleg te gaan over het sluiten van SLA's is niet veel waard, omdat de SLA's nog niet concreet zijn en onduidelijk is welke (meer)kosten hierbij komen kijken.

Software-onderhoud volgens de ARBIT (2018)

Ook de Algemene Rijksvoorwaarden bij IT-overeenkomsten (ARBIT) adresseren het onderwerp onderhoud van software. In de ARBIT is de garantie opgenomen dat de leverancier de ICT-prestatie tot 5 jaar na datum van acceptatie kan onderhouden.

Over SLA's wordt nagenoeg niets bepaald in de ARBIT. Een garantie van 5 jaar is een langere garantieperiode dan de GIBIT biedt, maar ook hier geldt de vraag of dit genoeg is. Mede doordat de 5 jaar ingaan na acceptatie. Tegen de tijd dat een overstap op andere software aan de orde is, is die termijn misschien al voorbij en de tijd die staat voor een gemiddelde ERP-implementatie ligt al snel rond 1 tot 3 jaar.

Ga voor software-onderhoud!

Algemene voorwaarden zijn per definitie generiek. Onderwerpen zijn mogelijk weliswaar geregeld, maar niet voor het specifieke contract dat u sluit. Zeker softwarecontracten zijn maatwerk en een nadere uitwerking van de algemene voorwaarden is dan ook vereist. Anders vormen onderhoud en continuïteit op termijn de achilleshiel, die u bij de inkoop had kunnen voorkomen.

HOOFDSTUK 5: INTERNATIONAAL CONTRACTEREN

Contracteren met een partij buiten Nederland? Dan is extra aandacht voor het contract op zijn plaats. Internationale contracten kennen namelijk een aantal specifieke valkuilen die vermeden moeten worden. In dit hoofdstuk schetsen we drie aandachtspunten bij het aangaan van internationale contracten.

5.1 De juridische aandachtspunten

Tijdens internationale contractonderhandelingen willen beide partijen vaak vasthouden aan hun eigen contractmodellen en algemene voorwaarden. Bij internationale contracten kan dat ertoe leiden dat de onderhandelingen vastlopen of leiden tot onduidelijke compromissen of ongunstige contractuele afspraken. Wat zijn de essentiële punten om in het vizier te houden?

1. Toepasselijk recht: keuze vereist

Internationale contracten vergen duidelijkheid over de vraag welk (nationaal) recht van toepassing is op de overeenkomst. Als de partijen in het contract geen toepasselijk recht hebben bepaald, dan zal de rechter dienen te bepalen welk recht toepasselijk is. Binnen Europa is het recht op dit gebied geharmoniseerd. Voor lidstaten van de EU geldt dat de Rome I-Verordening bepaalt welk rechtsstelsel toepassing vindt.

Hoofdregel, maar uiteraard met uitzonderingen, is dat het recht geldt van het land van de partij die de kenmerkende prestatie verricht. Bij een koopovereenkomst is dat bijvoorbeeld het recht van het land van de verkoper (en dus niet van de koper) en bij dienstverleningsovereenkomsten het recht van het land van de dienstverlener (en dus niet de opdrachtgever). Buiten Europa ligt het echter lastiger want dat zal aan de hand van internationale verdragen, voor zover deze er zijn, moeten worden vastgesteld welk recht van toepassing is en bij gebreke daarvan zal de (nationale) rechter die een geschil krijgt voorgelegd, aan de hand van het eigen recht hebben te bepalen welk toepasselijk recht heeft te gelden. Kortom onzekerheid troef.

Een internationaal contract moet dan ook bij voorkeur een bepaling bevatten dat expliciet de keuze vastlegt voor het op de overeenkomst toepasselijk recht.

2. Forumkeuze

Een keuze voor het toepasselijk recht is iets anders dan de keuze voor de instantie die kennis neemt van geschillen die tussen de partijen kunnen rijzen. Partijen kunnen een “forumkeuze” opnemen in het contract, dat de bevoegde rechter aanwijst. Uiteraard is het verleidelijk om een voorkeur te hebben voor de Nederlandse rechter want dat klinkt vertrouwd. Belangrijk is echter ook wat een vonnis dan brengt. Een vonnis van de Nederlandse rechter kan in Europa ten uitvoer worden gelegd. Voor een Nederlands vonnis buiten de EU is dit echter afhankelijk van het bestaan van een executieverdrag tussen Nederland en het desbetreffende andere land. Soms kan de keuze voor de rechter van het land van de andere partij dus beter uitpakken omdat dit de tenuitvoerlegging van een vonnis in dat land vergemakkelijkt.

Partijen kunnen, in plaats van de gang naar de rechter, ook kiezen voor geschilbeslechting door middel van arbitrage. Arbitrage is “particuliere rechtspraak” via een arbitrage-instituut. Een voordeel is dat veel landen zijn aangesloten bij het Verdrag van New York (1958). Dit verdrag vereist dat de nationale gerechtelijke instanties van de aangesloten landen een overeenkomst tot arbitrage tussen partijen erkennen. Daarnaast regelt het verdrag de tenuitvoerlegging van een (buitenlands) arbitraal vonnis. Met een arbitraal vonnis kan men dan ook in voorkomende gevallen sterker staan met het vonnis van een rechter.

Maak bij het sluiten van een contract dan ook een voor de in dat voorliggende geval beste vorm van geschilbeslechting.

3. Spraakverwarring oplossen

Is “force majeure” hetzelfde als overmacht? Hoe verhouden “guarantee “of “warranty” zich met garantie en zijn “best endeavours” inspannings- of resultaatsverbintenissen, of toch iets anders? En wat betekent het precies als in de overeenkomst gesproken wordt over “termination”? Is dat ontbinding, opzegging of annulering van de overeenkomst? Dat maakt nogal verschil.

Het zijn slechts een aantal van de bekend klinkende (Anglo-Amerikaanse) termen die veel voorkomen in (Engelstalige) internationale contracten. Bekend wil echter niet zeggen goed. Deze begrippen hebben namelijk geen eenduidig vast te stellen betekenis. Als contracten dergelijke begrippen bevatten en naar Nederlands recht moeten worden uitgelegd, dan ontstaan uitlegproblemen omdat deze moeilijk of soms zelfs niet te matchen zijn met het Nederlandse contractenrecht.

Als een overeenkomst onder Nederlands recht geldt, dan is het zaak om dergelijke begrippen niet klakkeloos over te nemen. In plaats daarvan hanteert u de correcte juridische terminologie, op een juiste wijze vertaald en, waar nodig en nuttig, toegelicht door vermelding erbij van de bedoelde Nederlandse term.

Geschillen over contracten gaan in de regel over de vraag wat partijen zijn overeengekomen en wat de rechtsgevolgen daarvan dienen te zijn. Dat hoeft niet nog ingewikkelder te worden gemaakt door vragen over de (mogelijk onbedoelde) betekenis die aan gehanteerde Anglo-Amerikaanse begrippen moet worden toegekend.

Aandacht bij internationaal contracteren

Internationaal contracteren vergt kennis van zaken. Wie de drie hiervoor genoemde aandachtspunten in het oog houdt, kan grote valkuilen vermijden.

Over Legalz

ICT-advocatenkantoor Legalz in Rotterdam is gespecialiseerd in de juridische zaken rond de ontwikkeling, levering en exploitatie van ICT-producten en -diensten. Zo helpen wij al jarenlang ontwikkelaars, leveranciers en afnemers van apps, platforms en software bij de totstandbrenging van de contracten en het oplossen van geschillen. Ook staan wij opdrachtgevers bij die over dezelfde kennis en ervaring willen beschikken bij het sluiten van contracten of oplossen van geschillen met leveranciers.

ICT-advocatenkantoor Legalz werd in 2011 opgericht door ICT-advocaat Robert Grandia. Hij en zijn team werken vanuit de filosofie dat zaken op het terrein van ICT-recht expertise vergen van een ICT-advocaat of ICT-jurist die over kennis van beide domeinen beschikt.

Wilt u meer weten over de juridische aspecten van het inkopen van IT? Kijk dan eens op onze website of neem contact met ons op via contact@legalz.nl of door te bellen naar 010 2290 646.