

## Tilburg University

### IT-contracten

Prins, J.E.J.; van der Klauw-Koops, F.A.M.

*Publication date:*  
1995

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

*Citation for published version (APA):*

Prins, J. E. J., & van der Klauw-Koops, F. A. M. (1995). *IT-contracten: Overeenkomsten in de automatisering*. (Topics in IT). Kluwer Bedrijfswetenschappen.

#### General rights

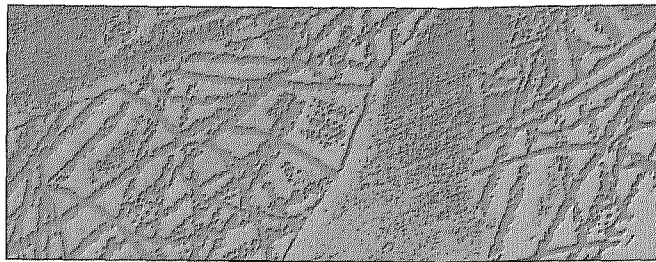
Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Topics in IT



# IT-Contracten

Overeenkomsten in de automatisering

Franke van der Klaauw

Corien Prins

bedrijfswetenschappen

In de reeks *Topics in IT* zijn tot nu toe verschenen:

- Jan van Praat, *EDP-auditing in de praktijk*, 1993, ISBN 90 267 1887 X
- Diana Hoogeveen, *De praktijk van outsourcing*, 1994, ISBN 90 267 1906 X
- Peter Langbroek en Jolijn Onvlee, *Productiviteitsverbetering op basis van Functiepunt Analyse*, 1994, ISBN 90 267 1905 1
- Geert van Rossen en Kurt Anzenhofer, *Toepassingen van client/server-architecturen*, 1994, ISBN 90 267 1965 5
- Gerard Kleyn en Bart van Strijen, *Risicomanagement in IT-projecten*, 1994, ISBN 90 267 2076 9
- Denis Verhoef en Gerard Wijers, *Automatisering van de systeemontwikkeling*, 1995, ISBN 90 267 1967 1

## Informatie

De reeks *Topics in IT* wordt uitgegeven onder auspiciën van de redactie van *Informatie, maandblad voor gegevensverwerking*.

Hoofdredactie: Drs. J. Kuijs

Uitgever: Drs. E. de Ruiter

Referent: Mevr. mr. A.W. Duthler

Redactieraad *Informatie*: Drs. J. de Boer RI (voorz.), Dr. B. de Brock, H. Huizinga, Prof. drs. H.C. Kocks RA, Drs. S.B. Luitjens, Prof. dr. F. Put, Prof. dr. G.R. Renardel de Lavalette, Prof. dr. D.B.B. Rijsenbrij, P. Rustenburg, Drs. L. Smits, Prof. dr. J. Vanthienen, Drs. J. Kuijs (coördinerend redacteur)

IT-contracten

Overeenkomsten  
in de  
automatisering

Franke van der Klaauw  
Corien Prins

Kluwer Bedrijfswetenschappen

CIP-GEGEVENS KONINKLIJKE BIBLIOTHEEK, DEN HAAG

IT-contracten : Overeenkomsten in de automatisering / F.A.M. van der Klaauw en J.E.J. Prins. - Deventer: Kluwer Bedrijfswetenschappen. - Topics in IT  
ISBN 90 267 2062 9  
NUGI 855  
Trefw.: automatisering en recht

Ontwerp omslag: Lex Straver bNO

ISBN 90 267 2062 9

© Copyright Kluwer Bedrijfswetenschappen 1995

Behoudens uitzonderingen door de wet gesteld mag zonder schriftelijke toestemming van de rechthebbende(n) op het auteursrecht, c.q. de uitgeefster van deze uitgave, door de rechthebbende(n) gemachtigd namens hem (hen) op te treden, niets uit deze uitgave worden veelevoudigd en/of openbaar gemaakt door middel van druk, fotokopie, microfilm of anderszins, hetgeen ook van toepassing is op de gehele of gedeeltelijke bewerking.

De uitgeefster is met uitsluiting van ieder ander gerechtigd de door derden verschuldigde vergoedingen voor kopiëren, als bedoeld in artikel 17 lid 2, Auteurswet 1912 en in het KB van 20 juni 1974 (Stb. 351) ex artikel 16b, Auteurswet 1912, te innen en/of daartoe in en buiten rechte op te treden.

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in any form by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise, without the written permission of the publisher.

# Inhoud

Voorwoord	7
Management samenvatting	9
1 Contracten en automatisering	11
1.1 Wat is een contract? .	11
1.2 Automatiseringscontracten	12
1.3 De precontractuele fase	13
1.4 Contractuele aansprakelijkheid	14
1.5 Standaardcontracten	16
1.6 Algemene voorwaarden	17
1.7 Geschillenbeslechting	19
2 Koop	23
2.1 Koop als prioriteit	23
2.2 Noodzaak tot beveiliging	25
2.3 Koop van wat?	28
2.4 De 'shrink wrap'-licentie	32
2.5 Overige aspecten	36
3 Lease-overeenkomsten	37
3.1 Een kort leasing-ABC	38
3.2 Europese aanbestedingsregels	41
4 Onderhoud	49
4.1 Het belang van onderhoud	49
4.2 Auteursrechten en onderhoud	50
4.3 Escrow	53
4.4 Verzekering	56

5 Outsourcing	59
5.1 Waarom outsourcen?	59
5.2 Juridische grondslag	60
5.3 De contracten	60
5.4 De bepalingen	61
6 Het telematicacontract	65
6.1 Liberalisatie van telecom-diensten	65
6.2 Bewijsaspecten	69
6.3 Bescherming persoonsgegevens en overige aspecten	72
7 Organisaties	75
Verder lezen	77
Trefwoordenindex	81

## Voorwoord

Nog altijd is automatisering niet zonder risico's. Of het nu gaat om de aanschaf van een standaardpakket, het ontwikkelen van software of het vernieuwen van een informatiesysteem, de resultaten voldoen lang niet altijd aan de verwachtingen. Dit boek geeft het belang aan van het maken van goede en duidelijke afspraken in de vorm van contracten voor verschillende situaties.

Aan de hand van voorbeelden en de beschrijving van een case aan het begin van ieder hoofdstuk wordt de juridische problematiek van automatisering en het belang van goede contracten daarbij inzichtelijk gemaakt. Het boek begint met een inleidend hoofdstuk over contracten en automatisering, waarin algemene aspecten van contracten worden behandeld. Daarna wordt per hoofdstuk ingegaan op wat meer specifieke onderwerpen als leasing, onderhoud, escrow en telecommunicatierecht. Niet alleen wordt per onderwerp ingegaan op de inhoud van de automatiseringscontracten zelf, maar ook op andere rechtsgebieden die van invloed zijn op deze contracten.

De laatste jaren is reeds het een en ander gepubliceerd over automatisering en contracten. De belangrijke toegevoegde waarde van dit boek is dat met name ook onderwerpen aan de orde komen als leasing van software en outsourcing, waarover tot op heden nog weinig juridische literatuur voor praktijkmensen is verschenen. Ook wordt duidelijk gemaakt dat automatiseringscontracten nooit op zichzelf staan, maar dat er een grote samenhang is met allerlei andere rechtsgebieden uit het informaticarecht. Zo moet bij het opstellen van automatiseringscontracten rekening worden gehouden met bepaalde wettelijke regelingen, zoals de Wet persoonsregistraties en de Wet computercriminaliteit. Andere wettelijke regelingen, waaronder de Europese Aanbestedingsrichtlijnen, bevatten weer bepalingen die van invloed zijn op de wijze waarop contracten tot stand komen en het gebruik van bepaalde modelcontracten.



Het boek maakt automatiseringscontracten en het recht rond automatisering en contracten, met name ook voor niet-juristen, op een heldere wijze toegankelijk. Zeker voor automatiseerders, informatici en EDP-auditors die een kort overzicht willen hebben van de juridische aspecten van automatiseren en contracteren, is het boek dan ook zeer aan te bevelen.

*mr. drs. A.W. Duthler*  
KPMG EDP Auditors

## Management samenvatting

Het sluiten van overeenkomsten is voor bedrijven van levensbelang. En het moet goed gebeuren want het kan tijdens de uitvoering van de werkzaamheden grote schadeposten opleveren als de overeenkomst rammelt. Het maken van nauwkeurige afspraken en vastleggen daarvan in een schriftelijk contract voorkomt veel narigheid. In tegenstelling tot waar velen zich huiverig voor tonen, vormt het maken van nauwgezette afspraken en het anticiperen op wat er te wachten kan staan geen 'motie van wantrouwen'. Het idee dat men met een contractpartij tot werkbare afspraken wil komen, die moeten leiden tot inzichtelijke en duidelijke wederzijdse verplichtingen, is juist gebaseerd op wederzijds vertrouwen, erkenning van de wederzijdse belangen en de overtuiging van beide partijen dat zij met het afsluiten en het uitvoeren van de overeenkomst succes kunnen behalen.

In deze aflevering van *Topics in IT* ligt de nadruk op contractuele aspecten in de automatisering. Aan de hand van de bespreking van een aantal voorbeelden van contractuele situaties komen onderwerpen aan de orde, die een belangrijke rol spelen in de IT-branche. Het spreekt voor zich, dat dit geen uitputtend handboek kan zijn. Wat de schrijvers wel hebben beoogd is door middel van enige achtergrondinformatie inzicht te verschaffen in punten, die in diverse automatiseringscontracten aandacht behoeven.

De indeling van dit boek is als volgt:

In *hoofdstuk 1* zijn enige algemeenheden uit het contractenrecht op een rijtje gezet. Denk bijvoorbeeld aan de noodzaak voor partijen, die het via onderhandelingen eens zijn geworden over de wederzijds te leveren prestaties, om hun afspraken zo duidelijk mogelijk in een schriftelijk contract vast te leggen. Het niet voldoen aan de contractuele verplichtingen kan onder omstandigheden leiden tot aansprakelijkheid voor de ontstane schade. In geval van strubbelingen tijdens de uitvoering van de overeenkomst kan er naast een gang naar de rechter ook gebruik worden gemaakt van

alternatieve vormen van geschillenoplossing, die erop zijn gericht om het contract alsnog met succes uit te voeren.

*Hoofdstuk 2* behandelt de aanschaf van een softwarepakket en de juridische kwalificatie van zo'n afspraak. Het heeft vele voordelen deze juridisch als 'koop' te kwalificeren. Hiernaast is het van belang om bij een aanschaf, waarbij software een rol speelt, rekening te houden met de regels van het auteursrecht.

In *hoofdstuk 3* wordt het leasen besproken. Voor hardware niets nieuws, maar voor software is het juridisch gezien de vraag hoe dit in het lease-'vat' moet worden gegoten. Ook hier is het weer zaak hiervoor een goed contract te hebben om niet te worden geconfronteerd met ongewenste effecten. Het 'leasen' van software vraagt om creativiteit van de betrokken partijen, wil je met alle belangen rekening houden. Een aparte plaats nemen overeenkomsten in met zogeheten 'aanbestedende diensten' van de overheid of nutsinstellingen. Voor overeenkomsten tot dienstverlening, levering van produkten of aanneming van bouwwerken gelden speciale aanbestedingsprocedures, die in acht moeten worden genomen.

Aanschaffen alleen is niet genoeg, zo maakt *hoofdstuk 4* duidelijk. In het belang van de continuïteit verdient het aanbeveling om bij de onderhandelingen en het afsluiten van een automatiseringscontract tevens vooruit te blikken op wat de toekomst kan brengen. Dit is het moment om zich te beraden op de mogelijkheden voor onderhoud, de (on)gewenste gevolgen ingeval van aanschaf van nieuwere apparatuur en de noodzakelijke voorzieningen om eventuele calamiteiten het hoofd te bieden.

Een fenomeen dat zich mag verheugen in een toenemende populariteit is het contract dat in *hoofdstuk 5* aandacht krijgt: Wanneer een bedrijf besluit automatiseringsdeskundigen aan andere ondernemingen ter beschikking te stellen (outsourcing). Ook nu weer is het van groot belang goede contractuele afspraken te maken over de rechten en plichten van alle betrokkenen.

Last but not least besteden we in *hoofdstuk 6* aandacht aan de diverse maatregelen van de Europese Commissie, die het mogelijk hebben gemaakt om telecommunicatiediensten in concurrentie met andere ondernemingen aan te bieden. Omdat er bij het verzorgen van telecomdiensten fouten kunnen optreden is het belangrijk goede afspraken te maken, zoals bewijsafspraken, over de positie van partijen bij elektronisch gegevensverkeer.

# I Contracten en automatisering

Partijen die het via onderhandelingen eens worden over de wederzijds te leveren prestaties doen er goed aan de afspraken zo duidelijk mogelijk in een schriftelijk contract vast te leggen. Mochten er zich tijdens de uitvoering van de overeenkomst toch problemen voordoen, dan zijn er, naast een gang naar de rechter, ook alternatieve vormen van geschillenoplossing mogelijk, die gericht zijn op het alsnog met succes uitvoeren van de overeenkomst.

---

*Opdrachtgever A en leverancier B voeren onderhandelingen in de hoop dat zij elkaar wat betreft prijs en prestatie zullen vinden. Mochten zij het hierover eens worden, dan rijzen er vragen naar de juridische betekenis van deze situatie, naar de eisen die het recht stelt, wil er sprake zijn van een geldige overeenkomst en naar de juridische mogelijkheden voor een zo gunstig mogelijke rechtspositie van de betrokken partijen. Er kunnen zich echter omstandigheden voordoen die ertoe leiden dat er bij de uitvoering van de overeenkomst problemen ontstaan. Naast de gang naar de rechter zijn er nog andere mogelijkheden van geschillenbeslechting. Het is de vraag of daar al bij het afsluiten van het contract op geanticipeerd moet of kan worden.*

---

## 1.1 Wat is een contract?

Contracten of *overeenkomsten* zijn afspraken tussen twee of meer partijen, waarin deze partijen toezeggen een bepaalde prestatie te leveren. Hierdoor ontstaan relaties waarbij de ene partij zich heeft verplicht tot een

bepaalde prestatie waarop de andere partij recht heeft. Het Nederlandse recht kent het beginsel van de *contractsvrijheid*. Dit houdt in dat partijen vrij zijn om af te spreken wat ze willen, met wie ze willen en op welke wijze zij dit willen doen. Uiteraard moeten zij hierbij binnen de grenzen van het recht blijven.

Een veel voorkomend *misverstand* is, dat een overeenkomst slechts dan juridisch tot de overeengekomen prestaties verplicht, als er een schriftelijk stuk van is opgemaakt. Dit misverstand wordt nog eens versterkt doordat in het spraakgebruik het contract wordt vereenzelvigd met een schriftelijk document voorzien van handtekeningen. Voor de meeste overeenkomsten geldt echter geen eis dat zij schriftelijk moeten zijn vastgelegd. Als partijen het met elkaar eens zijn – het recht spreekt in dat geval van het bestaan van *wilsovereenstemming* bij de partijen –, is de overeenkomst een feit. Er zijn wel enige uitzonderingen op deze algemene regel. Zo bepaalt de wet voor het totstandkomen van een huurkoopovereenkomst dat deze moet ‘worden aangegaan bij akte’, waarvan de inhoud moet voldoen aan bepaalde voorschriften.

Dit alles neemt niet weg dat het *wel* heel verstandig is om de wederzijdse rechten en plichten vast te leggen in een document. Dit schept duidelijkheid, voorkomt misverstanden en vormt een bewijs van het bestaan en de inhoud van de overeenkomst. Omvangrijke contracten, en veel automatiseringscontracten behoren daartoe, zijn dermate uitgebreid en gecompliceerd, dat een schriftelijke vastlegging onontbeerlijk is.

## 1.2 Automatiseringscontracten

Onder ‘automatiseringscontracten’ verstaan wij hier heel ruim alle afspraken tussen twee of meer partijen waarvan tenminste één van de daarbij toegezegde verplichtingen informatietechnologisch van aard is. Op deze manier kan een veelheid van afspraken worden gekwalificeerd als een automatiseringscontract. Juridisch gezien heeft de kwalificatie als ‘*automatiseringscontract*’ geen betekenis. Er zijn wel kwalificaties van overeenkomsten waarvoor dat anders is. Het gaat daarbij om veel voorkomende contracten die door de wet zijn gedefinieerd. Deze definities gaan vergezeld van wettelijke bepalingen waardoor de contractsvrijheid van partijen, ten gunste van het algemeen belang, meer of minder wordt beperkt. Voorbeelden van dergelijke juridisch relevante kwalificaties zijn ‘koop’, ‘huur’, ‘bewaarneming’, ‘lastgeving’ en de ‘arbeidsovereenkomst’.

Er is echter geen wetsartikel dat ‘automatiseringscontracten’ als zodanig noemt of dat aan de kwalificatie van ‘automatiseringscontract’ enig gevolg

toekent. Dat hier dan toch de automatiseringscontracten onder één noemer worden behandeld, heeft alles te maken met een aantal gezamenlijke kenmerken en veel voorkomende situaties van dit soort overeenkomsten, die in dit boek aan de orde zullen komen.

In deze bijdrage aan de reeks *Topics in IT* worden deze kenmerken, veel voorkomende situaties en mogelijke contractuele oplossingen voor bepaalde specifieke problemen behandeld. Het kader wordt gevormd door een aantal praktische situaties, die in de automatisering vaak voorkomen. In dit hoofdstuk behandelen we eerst nog enige algemene aspecten van contracten. In de volgende hoofdstukken komen achtereenvolgens aan de orde: koop (2), leasing (3), onderhoud (4), outsourcing (5) en telematicacontracten (6).

### **1.3 De precontractuele fase**

#### *Redelijk en billijk gedrag*

Het proces dat moet resulteren in werkbare afspraken waardoor de wederzijdse prestaties helder en eenduidig vaststaan, noemen we de *precontractuele fase*. Deze fase, waarin van een contract nog geen sprake is, wordt toch al beheerst door het recht. Partijen moeten zich in het licht van de omstandigheden ten opzichte van elkaar *redelijk en billijk* gedragen. Dit kan er zelfs toe leiden, dat de relatie zich zo heeft ontwikkeld dat het juridisch niet meer gepast is om zonder betaling van schadevergoeding uit de onderhandelingen te stappen. Of sterker nog: dat het niet meer gepast is de gerechtvaardigde verwachting van de tegenpartij, dat er een overeenkomst tot stand zal komen, te frustreren.

De precontractuele fase is daarom een heel belangrijke fase. Een bereikt automatiseringscontract kan alleen tot voor beide partijen bevredigende resultaten leiden als zij elkaar hun wensen, beperkingen, eisen, organisatie en dergelijke kenbaar maken. Redelijk en billijk gedrag vereist dan ook dat partijen meewerken bij het totstandkomen en het uitvoeren van een contract, dat ze elkaar informeren en zo nodig waarschuwen. Hierbij dient rekening te worden gehouden met de mate van (on)deskundigheid die de beide partijen bezitten.

### *Vierhoekenbeding*

Uit bovenstaande opmerkingen blijkt het belang, ook juridisch, van de precontractuele fase. Wat tijdens deze fase is onderhandeld, onderzocht, geanalyseerd en geïnformeerd, speelt een rol bij het bepalen van de wederzijdse verplichtingen van partijen.

Bij het vastleggen van de contractuele verplichtingen in een document dringt de leverancier er nog wel eens op aan om in het contract een zogeheten *entire agreement clause* op te nemen. In een dergelijke clausule, in het Nederlands wel aangeduid met de term '*vierhoekenbeding*', is vastgelegd dat slechts datgene wat in de bepalingen van het contractsdocument is opgenomen, moet worden geacht tussen partijen te zijn overeengekomen. Alle voorafgaande correspondentie en documenten verliezen derhalve hun betekenis wat de contractuele verplichtingen betreft.

Om orde te scheppen in een wirwar van concepten, correspondentie en overige documenten is een definitieve vastlegging in de vorm van contractuele bepalingen van datgene waar partijen het over eens zijn een vereiste. Indien de '*entire agreement clause*' wordt opgenomen om te bevestigen dat partijen het uiteindelijk eens waren over wat zij in het contract hebben vastgelegd, dan bestaat daartegen ons inziens geen bezwaar. Als aan de contractuele bepalingen een '*entire agreement clause*' wordt toegevoegd met als gevolg dat de juridische betekenis van de precontractuele fase aan relevantie inboet, dan zou het geldende Nederlandse recht zich ertegen kunnen verzetten.

### **1.4 Contractuele aansprakelijkheid**

Bij contractuele relaties draait alles om de rechten en plichten van de contractspartijen. Als een van de partijen niet voldoet aan zijn verplichtingen, dan kan dit schade teweeg brengen. Degene die, verwijtbaar of voor eigen risico, schade veroorzaakt, is hiervoor aansprakelijk. *Niet verwijtbaar* is schade die ontstaat als het afgesproken resultaat niet wordt gehaald ten gevolge van overmacht of van schuld van de tegenpartij. Schade komt voor iemands *risico* op grond van wettelijke bepalingen daaromtrent of op grond van een contract. Zo is een partij, die bij het voldoen aan zijn contractuele verplichtingen gebruik maakt van mensen of dingen, volgens de wet in beginsel voor hun functioneren aansprakelijk. Op grond van een afspraak kan dat anders worden geregeld. Er kan bijvoorbeeld worden bepaald dat de aansprakelijkheid van een partij op een bepaalde wijze wordt ingeperkt. Afspraken, waarbij de aansprakelijkheid wordt beperkt

of uitgesloten heten *exoneraties*. Als partijen dergelijke afspraken maken, dan hebben die gelding, tenzij de inhoud in strijd is met het recht. Zo kan volgens de wet aansprakelijkheid voor eigen *opzet* niet, en voor eigen *grove schuld* meestal niet worden uitgesloten. Daarnaast kan het onder omstandigheden ook onredelijk zijn om zich op een, op zichzelf geldige, exoneratieclausule te beroepen. Zo achtte een rechter het beroep op een uitsluitingsclausule onaanvaardbaar, omdat de leverancier van de (foutief) gewijzigde software had nagelaten de gebruiker op de hoogte te brengen van de wijzigingen en omdat hij had nagelaten het effect van de wijziging te controleren. Daardoor wentelde hij op 'welhaast roekeloze wijze' een risico op de gebruiker af.

### *Belang van formuleringen*

In dit kader wijzen we op het belang van de wijze waarop verplichtingen in het contract kunnen worden geformuleerd. Er is bijvoorbeeld een verschil in de volgende twee vereenvoudigde bepalingen:

- a* Leverancier *L* heeft op 1 juli 1995 de programmatuur vervaardigd en installeert deze op 2 juli 1995 op het computersysteem van klant *K*.
- b* Leverancier *L* doet al het mogelijke om op 1 juli 1995 de programmatuur vervaardigd te hebben om deze op 2 juli 1995 te kunnen installeren op het computersysteem van klant *K*.

In geval *a* heeft de leverancier de verplichting op zich genomen om op 1 juli 1995 het afgesproken programmeerwerk gereed te hebben, zodat hij dat kan installeren. Het resultaat moet zijn dat er 1 juli 1995 een door hem vervaardigd programma klaar is dat hij op 2 juli 1995 heeft geïnstalleerd. Als dit niet gebeurt, is er sprake van een tekortkoming in het nakomen van de contractuele verplichting van *L*. *K* kan *L* hier in beginsel op aanspreken. *L* kan hierop met een beroep op overmacht reageren.

Als een dergelijke procedure voor de rechter speelt, heeft de bovenstaande contractsbepaling ook bewijsrechtelijke implicaties. Er geldt namelijk, dat, als iemand iets stelt, hij deze stellingname moet bewijzen wanneer de tegenpartij het niet met het gestelde eens is. In dit geval stelt *K* de tekortkoming van *L*. Dat is niet zo moeilijk te bewijzen als er op 3 juli 1995 niets is gebeurd. *L* reageert met het verweer van overmacht. *L* moet dit op zijn beurt bewijzen. Hij zit, zoals dat heet, met de *bewijslast*.

Hoe gaat een en ander in zijn werk in geval *b*? *L* heeft ook in dit geval nog niets gedaan als de tweede juli is verstreken. *K* wil aantonen dat *L* tekort



komt in het nakomen van zijn contractuele verplichtingen. *K* moet daartoe stellen dat *L* niet al het mogelijke heeft gedaan om te presteren. *L* ontkent dit. Op *K* rust vervolgens de niet eenvoudige last om te bewijzen dat *L* niet al het mogelijke heeft gedaan om zijn contract na te komen.

De soorten verplichting zoals deze in bovenstaande contractsbepalingen zijn weergegeven, worden wel aangeduid als *resultaatsverplichting* (in geval *a*) en *inspanningsverplichting* (geval *b*). Het formuleren van verplichtingen in de vorm van een inspanningsverplichting, terwijl dit ook meer in de vorm van een resultaatsverplichting had gekund en andersom, is ingeval van problemen van invloed op de rechtspositie van partijen.

Bovengemeld voorbeeld toont tevens aan hoe belangrijk de formulering is die wordt gehanteerd bij het vastleggen in een contract van de wederzijdse verplichtingen.

## 1.5 Standaardcontracten

Afhankelijk van de gecompliceerdheid van de gewenste voorziening zijn er verschillende wijzen waarop een contract tot stand kan komen. Dit kan variëren van de eenvoudige aanschaf van een veel voorkomend standaardpakket 'over de toonbank' tot maandenlange onderhandelingen over een miljoenenproject op maat. In veel gevallen doemt de vraag op: hoe komen wij in ons geval aan een passend contract? Het verdient aanbeveling om voor contracten 'op maat' een gespecialiseerde jurist in te schakelen. Dit kan een bedrijfsjurist zijn, maar ook een advocaat of een juridisch adviseur. Er zijn ook 'standaard'-automatiseringscontracten in omloop, die hun diensten kunnen bewijzen. Zo zijn er contracten ontworpen door de branche-organisatie *FENIT* (Federatie van Nederlandse Brancheverenigingen voor Informatietechnologie). Deze contracten komen primair tegemoet aan de eisen die vanuit de aangesloten leveranciers zijn geventileerd. Het Ministerie van Binnenlandse Zaken heeft de zogeheten *BiZa-automatiseringscontracten* laten ontwikkelen. Deze zijn ontwikkeld voor de overheid als afnemer van IT-producten en -diensten en derhalve meer gericht op de gebruikers. Daarnaast zijn er de losbladige 'Automatiseringscontracten, modellen voor de praktijk' van *Kluwer*, waaraan een breed panel van deskundigen vanuit leverancierszijde, gebruikerszijde en de universitaire wereld meewerkt.

Met het zelf opstellen van contracten of met het wijzigen van bestaande (standaard)contracten dient men voorzichtig om te springen. Zeker als

algemene juridische kennis omtrent contracten of kennis omtrent het contractsonderwerp ontbreekt, is voorzichtigheid geboden. Het is heel vervelend als ingeval van problemen bij de uitvoering van het contract de gevolgen van ondeskundig geredigeerde contractsbepalingen (onaangenaam) verrassend blijken uit te pakken.

---

*Een voorbeeld van een onaangename verrassing deed zich in de praktijk voor bij gebruikmaking van een standaardcontract, waarin partij G een licentie verleende op een programma aan N. Partijen veranderden de bepaling waarin de licentie werd verleend in een bepaling waarin G het auteursrecht op de programmatuur overdroeg aan N. De overige bepalingen, waarin het toegestane gebruik werd beperkt, werden onveranderd gelaten. Toen N de beschikking over de broncode van het programma wilde hebben om hiermee ook andere toepassingen te kunnen maken, moest G deze weliswaar overdragen aan N, van een ruim gebruik hiervan kon echter geen sprake zijn op grond van de beperkte gebruiksmogelijkheden en de geheimhoudingsbepalingen die volgens het contract waren overeengekomen.*

---

## **1.6 Algemene voorwaarden**

Algemene voorwaarden zijn, zoals dat vaak wordt aangeduid, ‘de kleine lettertjes’. Het zijn bepalingen die op schrift zijn gesteld en die zijn gemaakt om meerdere keren te worden gebruikt. Zo maken *algemene verkoopvoorwaarden* van een leverancier steeds als er sprake is van een verkoop integraal onderdeel uit van de koopovereenkomst tussen de leverancier en zijn klant.

In de algemene voorwaarden zijn geen *hoofdverplichtingen* opgenomen. Dus hierin vindt men bijvoorbeeld niet dat het gaat om de verkoop van een bepaald systeem inclusief software tegen een bepaalde prijs. Wél treft men bepalingen aan omtrent de bijkomende voorwaarden waaronder de overeenkomst is gesloten.

Er zijn vele voorbeelden van dergelijke bepalingen. Ze variëren van nadere regelingen voor het geval een gespreide betaling is overeengekomen, verboden om door de leverancier aangebrachte technische beveiligingen te verwijderen, garantiebepalingen, vrijwaringsclausules voor bepaalde schade tot een nadere invulling van overmachtssituaties.

De algemene voorwaarden kunnen zijn gedeponerd, bijvoorbeeld bij de Kamer van Koophandel. Ze worden vaak meegestuurd bij offertes of staan in kleine lettertjes gedrukt op de achterkant van facturen. Een heel bekend fenomeen in de IT-branche is de soort algemene voorwaarden die ingesloten worden meegeleverd bij gekochte programmatuur. Hieraan wordt in paragraaf 2.4. aandacht besteed.

Algemene voorwaarden moeten door de tegenpartij zijn aanvaard willen zij gelden tussen partijen. Voor het *aanvaarden* van algemene voorwaarden bestaan speciale regels. Een partij kan voorwaarden nadrukkelijk wél of nadrukkelijk niet aanvaarden. Ze zijn dan wel of niet van kracht. Als een partij noch het een noch het ander doet, wordt aangenomen dat de algemene voorwaarden wél zijn aanvaard, als er een redelijke mogelijkheid is geboden om van de inhoud van de voorwaarden kennis te nemen. Als de tegenpartij echter geen redelijke mogelijkheid is geboden om van de algemene voorwaarden kennis te nemen, dan kan deze partij een hem onwettige voorwaarde laten vernietigen.

Kortom: als een partij van de algemene voorwaarden kennis heeft kunnen nemen omdat deze aan hem, voor of bij het sluiten van de overeenkomst, bekend zijn gemaakt of omdat hem is meegedeeld dat en waar deze voorwaarden ter inzage liggen, is deze partij eraan gebonden. En dat geldt dus ook dan als hij niet de moeite heeft genomen om de voorwaarden in te zien. Het is in dat geval voldoende dat hij ze in *had* kunnen zien.

Bepalingen uit de algemene voorwaarden mogen *niet onredelijk bezwarend* zijn. Ook in dat geval kunnen ze worden vernietigd. De wet somt een aantal bepalingen op die onredelijk bezwarend zijn, als ze voorkomen in algemene voorwaarden die in de richting van een *consument* worden gebruikt. Zo zijn er ook een aantal bepalingen die *vermoed* worden onredelijk bezwarend te zijn. In geval van niet-consumenten hangt het af van de aard en de overige inhoud van de overeenkomst, van de wijze waarop de voorwaarden tot stand zijn gekomen en van de wederzijds kenbare belangen en van overige omstandigheden of de bepalingen van de algemene voorwaarden stand zullen houden.

---

*Een voorbeeld van een onredelijk bezwarende bepaling is een clause waarin aan een leverancier de bevoegdheid wordt verleend om binnen drie maanden de prijs te verhogen zonder dat de tegenpartij de bevoegdheid krijgt om in dat geval de overeenkomst te ontbinden.*

---

Het kan voorkomen dat twee partijen met elkaar een contract afsluiten en dat beide er verschillende algemene voorwaarden op na houden. Bij een verwijzing van twee partijen naar verschillende algemene voorwaarden komt aan de tweede verwijzing geen werking toe, als daarbij niet tevens de toepasselijkheid van de in de eerste verwijzing aangegeven algemene voorwaarden uitdrukkelijk van de hand is gewezen. We spreken in dit laatste geval van een *battle of the forms*.

## 1.7 Geschillenbeslechting

De dagelijkse praktijk toont aan dat een belangrijk deel van de juridische procedures te wijten is aan conflicten over de rechten met betrekking tot de software. Het is daarom zaak de betreffende rechten en plichten duidelijk in een contract neer te leggen. De kans op een conflict is echter nooit absoluut uitgesloten en partijen doen er derhalve verstandig aan reeds in hun contract een regeling te treffen over de instantie waaraan een eventueel conflict tussen hen zal worden voorgelegd. Hierbij kunnen we de volgende opties overwegen:

- de gewone civiele rechter
- arbitrage
- minitrial

### *De civiele rechter*

Een belangrijk bezwaar tegen het inschakelen van de gewone rechter is dat het rechters veelal aan technische deskundigheid ontbreekt. Wij willen hierbij echter opmerken dat de rechter zich kan laten voorlichten door deskundigen of dat partijen zelf een rapport van een deskundige in het geding kunnen brengen. Het is vervolgens aan de rechter om te bepalen welke waarde hij aan een dergelijk deskundigenrapport hecht.

Procedures voor de rechter kunnen maanden, zo niet jaren in beslag nemen. Toch moeten we opmerken dat de duur van de procedure mede afhankelijk is van de vaart die partijen en hun advocaten erin zetten. Ook kan in spoedeisende zaken een kort geding aanhangig worden gemaakt. Via een dergelijke procedure kan men binnen één à twee maanden een uitspraak krijgen.

Een belangrijk voordeel van de rechterlijke procedure is dat zij, in tegenstelling tot arbitrage, in verhouding weinig kosten met zich meebrengt. Een rechter hoeft immers niet te worden betaald. Een ander voordeel is dat een vonnis zogenaamd *uitvoerbaar bij voorraad* kan worden ver-

klaard. Dit betekent, dat men de uitspraak tegen de tegenpartij direct kan laten uitvoeren, zelfs indien de laatstgenoemde hoger beroep instelt.

### *Arbitrage*

Voor deze vorm van geschillenoplossing bestaat in Nederland het *Nederlands Arbitrage Instituut* (NAI). Dit Instituut heeft een reglement opgesteld, waarin onder meer de regels voor de arbitrageprocedure zijn neergelegd. Specifiek voor de automatiseringsbranche is er ook een mogelijkheid tot arbitrage bij de *Stichting Geschillenoplossing Automatisering* (SGOA), gevestigd te 's-Gravenhage.

Het voordeel van arbitrage ten opzichte van een procedure bij de gewone rechter is, dat partijen hun geschil kunnen voorleggen aan één of meer technisch deskundigen. Hoewel de wet niet vereist dat de arbiters over een juridische opleiding beschikken, willen wij toch benadrukken dat partijen er verstandig aan doen ook een jurist in de commissie te benoemen. Een ander voordeel is de snelheid. Die wordt nog bevorderd omdat de arbitrageprocedures van het NAI geen hoger beroep kennen. Partijen moeten zich dit van te voren wel goed realiseren! Het nadeel van een arbitrageprocedure is, dat de kosten relatief hoog zijn omdat de diverse deskundigen moeten worden betaald.

Evenals een rechterlijk vonnis kan een arbitrale uitspraak ten uitvoer worden gelegd. Hiertoe is van de arbiters verlof tot tenuitvoerlegging nodig.

### *Minitrial*

Een methode van geschillenbeslechting die binnen de automatiseringsbranche zeer in zwang is, is een *minitrial*. De Stichting Geschillenoplossing Automatisering (SGOA), waarin personen afkomstig uit de kringen van leveranciers en gebruikers van de informatietechnologie zitting hebben, is hiervoor verantwoordelijk.

Bij een minitrial wordt het geschil beoordeeld door een commissie, die over het algemeen uit drie personen bestaat. Iedere partij benoemt een bestuurder van zijn organisatie als lid en daarnaast is er een onafhankelijke derde (vaak een jurist) die voorzitter van de commissie is. In principe moet het mogelijk zijn om van de commissie binnen vier weken een uitspraak te krijgen. Voor spoedeisende gevallen is er een soort 'kort-geding-arbitrage'.

Globaal gesteld komt de minitrial procedure op het volgende neer: tenzij partijen daarover andere afspraken hebben gemaakt, dient de wederpartij

binnen zeven dagen na aanvraag van de procedure door de eiser te beslissen of hij wil deelnemen aan de minitrial. Wil hij dit niet, dan kan de eiser alsnog een civiele procedure starten.

De commissie behandelt de diverse standpunten binnen veertien dagen na aanvang van de procedure, waarna zij het geschil binnen zeven dagen mondeling bespreekt. Dit biedt partijen de mogelijkheid een minnelijke schikking te treffen. Lukt een dergelijke schikking, dan is dat het einde van de procedure. In het andere geval doet de minitrial-commissie uitspraak. Partijen kunnen in hun contract overeenkomen dat zij aan de uitkomst van deze uitspraak gebonden zullen zijn alvorens de minitrial is doorlopen. Dit betekent niet dat één der partijen niet alsnog naar de rechter kan stappen als hij het met de uitkomst niet eens is.

Wat betreft de kosten van de minitrial willen we opmerken dat deze over het algemeen lager zullen uitvallen dan bij arbitrage, omdat de partijen uitsluitend de kosten van de voorzitter zelf moeten dragen.

Naast de snelheid is het belangrijkste voordeel van de minitrial de informele en vertrouwelijke wijze waarop het geschil tussen partijen wordt opgelost. Zowel de partijen als de leden van de commissie zijn verplicht tot geheimhouding. In tegenstelling tot bij een procedure voor de gewone rechter en bij arbitrage komt er derhalve geen informatie in de openbaarheid.

### *Toepasselijk recht*

Vaak wordt de bepaling in het contract ten aanzien van de wijze van geschillenoplossing gecombineerd met een regeling betreffende het toepasselijke recht. Met name als een contract met een buitenlandse partner wordt afgesloten, is het verstandig een goede regeling te treffen ten aanzien van het recht dat op de overeenkomst van toepassing is. Om zekerheid te hebben over de diverse toepasselijke wettelijke bepalingen zal Nederlands recht in ons geval de voorkeur genieten.

Een voorbeeld van een dergelijke regeling kan de volgende zijn:

*‘Deze overeenkomst is onderworpen aan Nederlands recht. Alle geschillen tussen partijen die voortvloeien uit of verband houden met deze overeenkomst dienen te worden voorgelegd aan de daartoe bevoegde rechter in Nederland.’*

In het algemeen is het verstandig, zoals in de bovenstaande bepaling, een rechter in het land van rechtskeuze aan te wijzen. Toch zullen buitenland-

se leveranciers er vaak op staan dat de rechter van de plaats waar de leverancier is gevestigd (dus een buitenlandse rechter) bij uitsluiting bevoegd is het geschil voorgelegd te krijgen.

Als voorbeeld van een bepaling voor een alternatieve wijze van geschillenoplossing noemen we:

*‘Deze overeenkomst is onderworpen aan Nederlands recht. Alle geschillen tussen partijen die voortvloeien uit of verband houden met deze overeenkomst zullen zo spoedig mogelijk worden beslecht overeenkomstig het arbitragereglement van de Stichting Geschillenoplossing Automatisering, gevestigd te 's-Gravenhage. Tevens is van toepassing het Minitrial reglement van die Stichting.’*

## 2 Koop

De aanschaf van een softwarepakket is juridisch als koop te kwalificeren, met als gevolg dat de diverse waarborgen gelden, die het Burgerlijk Wetboek voor koop stelt. Daarnaast is het bij de aanschaf van software van belang rekening te houden met de regels van het Auteursrecht.

---

*Rekencentrum P werkt met een programma voor de netwerkserver, waarvan de meerderheid van de werknemers vindt dat het, gezien het aanbod aan andere pakketten, niet verstandig is er nog langer mee te werken. In overleg met het management wordt besloten tot de aanschaf van een pakket van een ander bedrijf. Aan uitvoerend manager M wordt meegegeven dat een belangrijke overweging bij de keuze voor een bepaald pakket moet zijn dat het goede beveiligingstechnieken bezit.*

*M heeft het oog laten vallen op pakket BES. Daarbij sluit bovendien heel aardig een programma aan, dat hij via een dealer kan aanschaffen. Dit programma is echter voorzien van zogeheten shrink-wrap voorwaarden. De vraag die M daarom beantwoord wil zien is of dergelijke voorwaarden, waarvan hij de inhoud niet eens kent, geldige contractsverplichtingen opleveren.*

---

### 2.1 Koop als prioriteit

De manager van het rekencentrum besluit het pakket *BES* te kopen. In het Burgerlijk Wetboek (BW) wordt *koop* gedefinieerd als een overeenkomst waarbij de ene partij zich verbindt een zaak te geven en de andere partij om daarvoor een prijs te betalen (artikel 7:1 BW). Alhoewel het bij juristen omstreden is, kunnen we de aanschaf van een softwarepakket als *koop*



beschouwen. Reden voor discussie bij deze kwalificatie is, dat op software auteursrechten rusten en men spreekt over de *overdracht* van rechten en niet over de *koop* van rechten. Ons oordeel dat de aanschaf van software als *koop* kan worden aangemerkt heeft als belangrijk voordeel dat de wet diverse waarborgen voor de koper stelt. Overigens staat het onomstotelijk vast dat de overeenkomst tot de aanschaf van hardware als koop is te beschouwen. Ook hier kan de koper zich derhalve op de waarborgen van de wet beroepen.

### *Conformiteit*

De boven genoemde waarborgen betreffen de overdracht van het eigendom, de aflevering van datgene wat is gekocht en de zogenaamde conformiteit. Deze laatste waarborg betreft de verplichting van de verkoper een zaak te leveren die beantwoordt aan de overeenkomst (artikel 7:17 BW). In het geval van ons voorbeeld betekent dat: het rekencentrum moet een pakket geleverd krijgen dat de *eigenschappen bezit die het rekencentrum op grond van de overeenkomst daarvan mocht verwachten*. Met andere woorden: het pakket *BES* moet

- de eigenschappen bezitten die voor een normaal gebruik van het pakket noodzakelijk zijn;
- de eigenschappen bezitten waarvan de aanwezigheid niet behoefde te worden betwijfeld;
- de eigenschappen bezitten die nodig zijn voor een bijzonder gebruik van het pakket als dat in de overeenkomst was neergelegd.

Bij het vaststellen van wat de koper nu precies van het pakket mocht verwachten is van belang onder welke omstandigheden de overeenkomst precies is afgesloten. Deze omstandigheden kunnen onder meer zijn:

- de hoogte van de prijs;
- via welke verkoper het pakket is aangeschaft (bijvoorbeeld, of dit wel of geen betrouwbare dealer was);
- de mededelingen die de verkoper heeft gegeven bij de aanschaf (er zijn bijvoorbeeld bepaalde verwachtingen gewekt);
- of het verkochte pakket een pakket op maat is of een standaardpakket.

Als het rekencentrum van mening is dat het pakket niet voldoet aan de eigenschappen die het van het pakket mocht verwachten, dan heeft het een aantal mogelijkheden tot actie. Van de verkoper kan volgens artikel 7:21 BW worden gevorderd:

- de aflevering van het ontbrekende;

- het herstel van het gekochte;
- de vervanging daarvan.

Voor wat betreft de positie van het rekencentrum zal dat zich over het algemeen op de laatstgenoemde mogelijkheid beroepen. Met andere woorden: van de verkoper kan worden geëist dat hij een ander pakket levert dat wel aan de verwachtingen voldoet.

## 2.2 Noodzaak tot beveiliging

Een eigenschap van het pakket waardoor het bijvoorbeeld niet aan de verwachtingen voldoet, zou de beveiliging kunnen zijn. Zoals in het voorbeeld aangegeven, werd aan de manager meegegeven dat een belangrijke overweging bij de keuze voor een bepaald pakket voor de netwerkserver moest zijn dat het goede beveiligingstechnieken heeft.

Beveiliging van netwerken is om diverse redenen niet te veronachtzamen. Ook vanuit juridisch perspectief wint de implementatie van goede beveiligingsmaatregelen aan belang. De wet stelt zelfs in diverse bepalingen beveiliging als voorwaarde. We gaan hieronder op de belangrijkste in.

### *Wet Computercriminaliteit*

Het meest geruchtmakende voorbeeld van wetgeving in Nederland waarin de beveiligingseis expliciet is gesteld is het artikel dat is opgenomen in het *Wetboek van Strafrecht* (Sr) inzake 'hacking' (artikel 138a Sr). Dringt iemand binnen in een computersysteem, dan is hij slechts dan strafbaar indien hij bij dit binnendringen een beveiliging doorbrak. Met andere woorden: indien een computersysteem niet is beveiligd, wordt het binnendringen in dat systeem niet als een strafbare handeling aangemerkt.

Aan het opnemen van de beveiligingseis lagen twee redenen ten grondslag. De eis zou:

- 1 de beheerders van een systeem aanzetten daadwerkelijk enige vorm van beveiliging te implementeren;
- 2 aan degenen die onbevoegd toegang tot het systeem zoeken kenbaar maken dat toegang niet is gewenst.

Van vele kanten is kritiek geuit op het stellen van deze eis, onder meer omdat daardoor de suggestie wordt gewekt dat onbeveiligde of matig beveiligde systemen zomaar mogen worden binnengewandeld. Een ander

punt van kritiek betrof de vraag hoe de rechter in de toekomst met de beveiligingseis zal omgaan. Men vreesde, dat als de invulling van het begrip aan rechters zou worden overgelaten dit een ‘maximerend effect’ zou hebben. Dat wil zeggen, dat de criteria voor de mate van beveiliging strenger zullen worden. De wetgever heeft uiteindelijk toch doorgezet en de beveiligingseis in de wet opgenomen. Zoals we hierna zullen zien worden er echter geen hoge eisen aan het niveau van beveiliging gesteld.

#### *Overige wetten*

Artikel 138a Sr is echter niet de enige wettelijke bepaling waarin een beveiligingseis is neergelegd. Zo verplicht artikel 8 van de *Wet Persoonsregistraties* (WPR) de houder van een persoonsregistratie tot het nemen van maatregelen ter beveiliging van de registratie. Ook op de bewerker rust deze zorgplicht. Zowel voor een rekencentrum van een overheidsinstelling als voor dat van een bedrijf betekent dit dat er beveiligingsmaatregelen moeten worden geïmplementeerd, als zij volgens de WPR als houder of bewerker een persoonsregistratie onder zich hebben.

Voor wat betreft rekencentra bij de overheid komt hier nog bij dat ook de *Wet Politierregisters* (WPolR) in artikel 7 de beheerder van een dergelijke registratie verplicht tot het treffen van voorzieningen ter beveiliging daarvan. Tenslotte kent ook de *Wet Gemeentelijke Basisadministraties* (WGBA) een aantal bepalingen waarin de beveiligingseis wordt gesteld.

#### *Mate van beveiliging*

De kernvraag bij al deze wetsbepalingen is welke gradatie van beveiliging de wetgever in gedachte had bij het stellen van de eis. Het niveau van beveiliging kan immers variëren van absolute tot pro forma beveiliging. Kort gezegd: wat bedoelt de wetgever in artikel 138a Sr met ‘een daartegen *beveiligd* geautomatiseerd werk’? Of, in artikel 8 WPR met ‘de *nodige* voorzieningen van technische en organisatorische aard’? En in artikel 9 WGBA met ‘*voldoende* maatregelen ter beveiliging’?

Voor de Wet Computercriminaliteit geldt een redelijke soepele beveiligingseis, door de wetgever aangeduid als een ‘*kenbaarheidsvereiste*’: er dient sprake te zijn van ‘*enige*’ beveiliging, erop gericht het systeem te beschermen tegen het binnendringen door onbevoegden.

Geheel anders ligt het bij de beveiligingseis gesteld in de WPR. In artikel 8 van deze wet wordt gesproken over ‘de *nodige* voorzieningen van technische en organisatorische aard’. De interpretatie van deze beveiligingseis is,

dat er sprake moet zijn van een *adequate* beveiliging. Er moet verder een redelijke afweging zijn gemaakt tussen de kosten van de beveiliging en de beschermingswaardigheid van de gegevens. Via een gedragscode kan dan voor een bepaalde sector de concrete invulling van de beveiligingsmaatregelen plaatsvinden. De beveiligingseis uit de WPR wordt ook gehanteerd in de Wet Politieregisters en de Wet GBA.

#### *Andere juridische belangen van beveiliging*

Niet alleen als de wet het expliciet voorschrijft, ook in andere omstandigheden kan beveiliging van belang zijn voor de toepassing van de wet. Komt het rekencentrum bijvoorbeeld in conflict met een op het netwerk aangesloten organisatie tengevolge van fouten bij de verzending van bepaalde berichten, dan zal een rechter bij de beoordeling van het geschil de genomen beveiligingsmaatregelen in ogenschouw kunnen nemen. Ons recht verlangt namelijk dat partijen binnen een contractuele relatie rekening houden met elkaars belangen. In dit licht kan van het rekencentrum worden verwacht dat het een voldoende mate van zorgvuldigheid in acht neemt bij haar werkzaamheden. Ook als partijen niet via een contract met elkaar in relatie staan eist de wet dat zij ten opzichte van elkaar de zorgvuldigheid betrachten die in het maatschappelijk verkeer van hen wordt verlangd. Beveiliging van het systeem voor het berichtenverkeer kan hier onderdeel van zijn. Indien beveiliging ontbreekt kan de rechter op het rekencentrum een plicht tot schadevergoeding leggen omdat het niet de mate van zorgvuldigheid in ogenschouw heeft genomen die in het algemeen van partijen wordt verwacht.

#### *Cryptografie*

Sprekend over beveiliging moeten we vermelden dat de regering het voornemen had het versleutelen van berichten aan banden te leggen. Men stelde voor de *Wet op de Telecommunicatievoorzieningen* (WTV) zo te wijzigen dat het gebruik van cryptografische technieken in principe verboden zou zijn. Gebruik van deze technieken zou uitsluitend onder bepaalde voorwaarden worden toegestaan. Er daalde een storm van kritiek neer over het voorstel en nog vóór de zomer van 1994 was het duidelijk dat het voornemen zelfs geen kans maakte als wetsvoorstel te worden ingediend. Wel bleven de betrokken ministeries nadenken over andere mogelijkheden om cryptografie aan banden te leggen. Voorjaar 1995 stond vast dat er opnieuw werd gewerkt aan een regeling.

Met het oog daarop is het toch interessant te vermelden wat de belangrijkste peilers van het voorstel waren:

- cryptografie is toegelaten voorzover het bericht door justitie af te tappen is (met andere woorden de code kan worden gekraakt). De politie heeft hierbij wel van hogerhand toestemming nodig (artikel 139c Sr);
- als justitie de versleuteling niet kan kraken, dan dient de gebruiker informatie omtrent de sleutel te deponeren bij de overheid. Vervolgens is het toegelaten de cryptografietechniek te gebruiken;
- bepaalde *betrouwbare* personen of instellingen met een gerechtvaardigd belang kunnen een vergunning krijgen om niet toegelaten cryptografie (dat wil zeggen onkraakbare versleutelingstechnieken, waarvan ook de informatie niet bij de overheid is gedeponerd) te gebruiken. Voorbeelden van dergelijke betrouwbare instellingen zijn multinationals voor wie cryptotechnieken onontbeerlijk zijn, of de versleutelingen die banken bij elektronisch betalingsverkeer gebruiken en de cryptovoorzieningen die value added netwerkbeheerders aanbieden;
- als er een vermoeden is van illegale activiteit, dan moet de leiding van het bedrijf meewerken aan een huiszoeking door justitie.

*Beveiliging: noodzaak*

Gezien de bovengenoemde juridische belangen en vereisten, doet de manager er verstandig aan zekerheid te krijgen inzake de specifieke beveiligingstechnieken van het pakket dat hij aanschaft.

### 2.3 Koop van wat?

De manager van het rekencentrum kreeg de opdracht om een nieuw pakket te kopen. Behalve het eerder besproken belang van de verwachtingen betreffende datgene wat is gekocht, komt bij de aanschaf van software ook de vraag naar voren wat er nu precies wordt gekocht.

Vaak wordt er gesproken van het *kopen* van software. Vanuit juridisch oogpunt is het echter belangrijk een onderscheid te maken tussen *koop* van een zaak en *overdracht* van rechten. De diskette wordt *gekocht*. De rechten op de daarop vastgelegde software krijgt men echter *overgedragen* of *in licentie*. Dit onderscheid heeft te maken met de wijze waarop de bescherming van de software is geregeld. We willen hier bij deze bescherming stilstaan. Immers, het is voor de manager van uitermate groot belang te weten wat hij nu precies koopt, of liever gezegd, welke rechten hij koopt.

### *Auteursrecht op software*

Software komt in aanmerking voor bescherming via onze *Auteurswet* (Aw). Voor het ontstaan van een auteursrecht zijn geen formaliteiten gesteld: het recht ontstaat van rechtswege, namelijk door het creëren van het 'werk', d.w.z. het softwarepakket. Alhoewel de wet het niet met zoveel woorden noemt, is de belangrijkste eis die aan een werk wordt gesteld dat het 'origineel' is. Tot op heden heeft de rechtspraak in ons land nimmer bescherming aan programmatuur ontzegd vanwege het feit dat niet aan dit vereiste is voldaan. Ten aanzien van de *onderdelen* van de software die zijn beschermd geldt als uitgangspunt dat slechts de vorm van het programma binnen het bereik van de Auteurswet valt. Ideeën en beginse-len die aan een programma ten grondslag liggen worden echter niet door het auteursrecht beschermd.

In principe komt het auteursrecht toe aan de maker van het werk. In een aantal gevallen is op deze regel een uitzondering gemaakt. De belangrijkste hiervan is wel dat de rechten op een werk toekomen aan de werkgever, mits het is gemaakt in dienstverband en mits de creatie van dit werk tot de taak van de werknemer behoorde (Artikel 7 Aw). Tussen werkgever en werknemer kan contractueel anders worden overeengekomen. Artikel 26 Aw bepaalt hiernaast dat waar één gemeenschappelijk werk tot stand komt in samenwerking tussen meerdere auteurs, het auteursrecht aan de makers gezamenlijk toekomt. Dit betekent dat wanneer het werk wordt geëxploiteerd dit door de auteurs gezamenlijk dient te geschieden. Auteurs van gemeenschappelijke werken doen er daarom goed aan contractuele afspraken over de exploitatie van het werk te maken.

### *Exclusieve rechten*

De Auteurswet kent aan de auteur een aantal rechten toe, waaronder de zogenaamde *morele rechten*. Op grond hiervan kan de auteur onder meer optreden tegen de ongeoorloofde wijziging van zijn werk. Van diverse kanten is wel betoogd dat het toekennen van morele rechten op programmatuur niet is gewenst. Een belangrijk argument hierbij is dat het redelijk wordt geacht dat de rechtmatige gebruiker de programmatuur moet kunnen aanpassen aan zijn specifieke configuratie.

Naast de morele rechten verleent het auteursrecht aan de rechthebbende twee *exclusieve rechten*: verveelvoudigen en openbaarmaken. De wet verstaat onder het recht op *openbaarmaken* het ter beschikking stellen van

het werk aan het publiek. Ten aanzien van programmatuur heeft de rechtspraak bepaald dat zelfs de levering van maatwerkprogrammatuur aan één of meerdere gebruikers al voldoende is voor de aanneming van openbaarmaking. Onder *verveelvoudiging* verstaat de wet niet alleen het geheel of gedeeltelijk kopiëren van het werk, maar tevens het vertalen, het bewerken of nabootsen in gewijzigde vorm hiervan. Nu komen we op dit punt in de problemen met software, omdat het specifieke karakter daarvan een verveelvoudiging veelal noodzakelijk maakt om ermee te kunnen werken. Immers, bij het inlezen van het programma in het werkgeheugen is al sprake van kopiëren. Ook voor de in het algemeen noodzakelijk geachte back up-kopie is een verveelvoudiging vereist. De wetgever heeft in dit licht een aantal uitzonderingen op de rechten van de auteur geïntroduceerd. Zo is het de rechtmatige gebruiker van een programma toegestaan zonder toestemming van de auteur:

- een werk- en back up-kopie te maken;
- fouten in de programmatuur te corrigeren;
- het programma tijdens toegestaan gebruik te bestuderen.

Belangrijk is het hierbij in het oog te houden dat de wet contractspartijen verbiedt de bovenstaande vormen van gebruik bij overeenkomst te verbieden. De manager die de software aanschaft, behoeft zich dus niets aan te trekken van een eventuele bepaling in het contract waarin hem de bovengenoemde rechten worden verboden.

### *Reverse engineering*

Een andere belangrijke uitzondering op de rechten van de auteur, die ook niet via een contract mag worden uitgesloten, betreft *reverse engineering*. Ter bescherming van zijn commerciële belangen biedt een softwareleverancier het door hem ontwikkelde programma veelal alleen in een voor de machine leesbare versie (de objectcode) aan zijn afnemers aan. De wetgever vond echter dat het de gebruiker van het programma in bepaalde omstandigheden moet zijn toegestaan over de source-code te beschikken. Vanuit deze optiek staat de wet *reverse engineering* toe, dat wil zeggen: het met behulp van diverse technieken, hulpmiddelen en hulpbronnen achterhalen van de source-code.

*Reverse engineering* mag slechts door de *rechtmatige gebruiker* van een programma worden verricht en is uitsluitend dan toegestaan als het tot doel heeft het onafhankelijk creëren van een *interoperabel programma*. Analyse van een computerprogramma is derhalve geoorloofd indien wordt beoogd een produkt te ontwikkelen dat hiermee kan samenwerken.

Andere oogmerken dan die van de interoperabiliteit rechtvaardigen geen uitzondering op de exclusieve rechten van de auteur.

#### *Duur van de bescherming*

Als hoofdregel voor de duur van het auteursrecht geldt dat het werk beschermd is tot 50 jaar na de dood van de auteur. Binnenkort zal deze termijn tot 70 jaar worden uitgebreid. Indien de auteur niet een natuurlijke persoon is, geldt er een termijn van 50 jaar vanaf de eerste januari volgend op de eerste rechtmatige openbaarmaking van het werk.

#### *Bij aanschaf: overdracht of licentie?*

Voor de manager uit het voorbeeld hierboven is het bij de aanschaf van het pakket belangrijk te overwegen of hij de auteursrechten overgedragen wil krijgen of dat hij uitsluitend een gebruiksrecht (licentie) op de software wil. Van belang bij deze keuze zal onder meer zijn of de aan te schaffen software een standaardpakket is of dat het speciaal voor het rekencentrum ontwikkelde programmatuur is.

#### *Overdracht*

Vaak gaan opdrachtgevers er vanuit dat wanneer zij software speciaal laten maken (en er ook (goed) voor betalen), dat zij dan alle rechten op de software automatisch hebben gekregen. Dat is niet zo! Zoals we hierboven aangaven, is de auteur, dat wil zeggen het bedrijf dat het pakket ontwikkelde, in principe rechthebbende op de software. Wil de opdrachtgever derhalve de auteursrechten op de software krijgen, dan zullen deze expliciet aan hem moeten worden overgedragen. De wet schrijft voor dat dit *schriftelijk* gebeurt. Opnieuw zien we hier het belang van het afsluiten van een contract tussen twee partijen.

#### *Exclusieve licentie*

Wil de leverancier de auteursrechten niet overdragen, dan staat de afnemer de mogelijkheid van een exclusief *gebruiksrecht* (ofwel een exclusieve licentie) ter beschikking. Opteert de manager voor een dergelijke constructie dan betekent dit dat hij met uitsluiting van ieder ander (inclusief de leverancier dus!) gerechtigd is tot het gebruik van de software. De specifieke rechten waarvoor hij een exclusieve licentie verkrijgt, worden in het contract omschreven. Is hierover niets in het contract geregeld, dan gelden de normale regels van het auteursrecht, zoals we die hierboven hebben omschreven.



### *Niet-exclusieve licentie*

De manager kan ook besluiten een standaardpakket aan te schaffen. Omdat dit betekent dat meerdere gebruikers de software zullen kopen, zal de leverancier aan de manager uitsluitend een niet-exclusief gebruiksrecht verlenen. Belangrijk hierbij is dat goed wordt vastgelegd hoe ver dit gebruiksrecht strekt. Voor het netwerkpakket van ons voorbeeld betekent dit dat de aard en mogelijkheden van het netwerk belangrijk zijn bij de vraag naar de omvang van het gebruiksrecht. Ook zullen partijen afspraken kunnen maken over:

- de duur van de licentie;
- het geldingsgebied (alleen ten behoeve van het rekencentrum, of ook voor andere onderdelen van het bedrijf of de (overheids-)organisatie));
- het aantal servers waar het pakket op mag draaien;
- het recht tot het verlenen van sub-licenties (dat wil zeggen het recht om aan derden de software in gebruik te geven).

Zoals we hiervoor al aangaven mag de leverancier in de licentieovereenkomst de door de wet toegekende gebruiksmogelijkheden niet verbieden, zoals het normaal gebruik, het maken van een back up-kopie of het verrichten van reverse engineering.

## **2.4 De 'shrink wrap'-licentie**

Er doet zich een bijzondere situatie voor in relatie tot de koop van een drager waarop een standaardprogramma is vastgelegd, als de leverancier tracht invloed uit te oefenen op het gebruik van het programma door de klant door voorwaarden in of op de verpakking te laten meeleveren.

Een softwareleverancier verkoopt zijn standaardprogrammatuur meestal niet zelf aan de uiteindelijke gebruiker. Dat doet een dealer of een detailist. Deze verschaft de gebruiker op grond van een koopovereenkomst de eigendom van een drager, waarop de standaardprogrammatuur is vastgelegd. Zoals hierboven is gesteld worden de rechten van de klant met betrekking tot het gebruik van het programma bepaald door het auteursrecht.

Amerikaanse producenten ontwikkelden de gewoonte om eenzijdig algemene voorwaarden op te stellen die tot doel hebben de verkrijger van het programma daaraan te binden. Leverancier en klant hebben echter geen contact met elkaar. Daarom verpakt de leverancier de voorwaarden tezamen met de diskettes. Op de verpakking is veelal een mededeling opgenomen dat er zich gebruiksvoorwaarden bevinden in de verpakking en dat

door het verrichten van een bepaalde handeling de verkrijger zichzelf hieraan bindt. De dealers verhandelen vervolgens deze pakketten 'over de toonbank' en de klant wordt geacht door het verrichten van die bepaalde handeling, zoals het openen van het pakket of het invullen en terugsturen van een kaartje, zichzelf te hebben gebonden aan de verpakte voorwaarden.

Voorwaarden die op deze wijze met het programma worden meegeleverd worden aangeduid als een 'shrink wrap-', 'tear open-' of 'top down-licentie', afhankelijk van de wijze waarop de voorwaarden zijn meegeleverd en de handeling waardoor de gebruiker geacht wordt zichzelf te binden. In het Nederlands zijn genoemde contracten ook wel aangeduid als 'krimpfolie(scheur)overeenkomsten'. Hieronder zal de benaming 'shrink wrap-licentie' worden aangehouden.

De shrink-wrap licentie kent juridische vragen. Deze hebben betrekking op:

- 1 de betrokken partijen en hun contractuele relaties;
- 2 de vraag of er sprake is van algemene voorwaarden;
- 3 in samenhang daarmee de totstandkoming van de shrink wrap-overeenkomst;
- 4 de rechtsgeldigheid van de shrink wrap-voorwaarden.

Consensus over de antwoorden op de diverse vragen bestaat er (nog) niet.

#### *Wie zijn betrokken bij een shrink wrap-overeenkomst?*

Bij de verkoop van computerprogramma's als massaproduct spelen in het eenvoudigste geval drie partijen een rol. Wij zullen ons daartoe beperken.

- 1 De leverancier/auteursrechthebbende, die de klant die kopieën van zijn programma verkoopt, aan de voorwaarden van de shrink wrap-overeenkomst gebonden wil zien.
- 2 De dealer/tussenpersoon, die de drager met het programma, voorzien van de voorwaarden, te koop aanbiedt.
- 3 De klant die de drager koopt en die wordt geconfronteerd met de shrink wrap-voorwaarden van de leverancier.

De relatie tussen *dealer en klant* kan worden gezien als een koopovereenkomst. Net als bij een boek verkoopt de dealer een drager en doet de eigendomsoverdracht daarvan niets af aan het feit dat de 'inhoud' van de drager een 'werk' is in de zin van de Auteurswet. Hierop is het auteurs-

recht van toepassing. De auteursrechthebbende heeft toestemming gegeven tot het maken van een aantal verveelvoudigingen van zijn werk in een bepaalde vorm en tot de verspreiding van de exemplaren. De koper betaalt voor het eigendom van de drager en het gebruik van het programma. Dit gebruik verkrijgt de klant op het moment dat hij de drager rechtsgeldig verkrijgt. Hierboven is het auteursrechtelijk toegestane gebruik ingeval van rechtsgeldige verkrijging al behandeld. Bij overeenkomst kan dit gebruik, voor zover in overeenstemming met de Auteurswet, anders worden geregeld. Daarnaast zal dit contract veelal worden gebruikt om bepaalde aansprakelijkheden te beperken of uit te sluiten.

De *leverancier* kan twee wegen bewandelen om zijn doel te bereiken. In de eerste plaats kan hij met behulp van een overeenkomst de dealers toestemming verlenen de dragers slechts te verkopen onder de door hem opgestelde voorwaarden. De leverancier heeft dan alleen te maken met de dealers: hij heeft zelf geen contractuele relatie met de verkrijgers. De tweede manier is om verbintenissen tot stand te brengen tussen hemzelf en de klant. Dit laatste wordt beoogd met shrink wrap-voorwaarden. Deze betreffen dus niet de relatie dealer-klant, maar de relatie tussen *leverancier en klant*. Het hoeft geen betoog, dat in de relatie dealer-klant bestaande regels gewoon van kracht blijven. Dit geldt dus ook voor de wettelijke regels betreffende de consumentenkoop.

#### *Algemene voorwaarden?*

Aan algemene voorwaarden is men snel gebonden. Daarom verdient het gebruik ervan in het geval van shrink wrap-overeenkomsten de voorkeur. In hoofdstuk 1 zijn algemene voorwaarden al ter sprake gekomen. In dat kader werd ook de vernietigbaarheid besproken van de voorwaarden die onredelijk bezwarend zijn. Of een beding onredelijk bezwarend is, dient te worden gezien in het licht van de omstandigheden. Voor zover ze echter betrekking hebben op consumenten is een opsomming van onredelijk bezwarende bedingen en van bedingen die vermoed worden onredelijk bezwarend te zijn, vastgelegd in de wet.

Een voorbeeld van zo'n bepaling die de kans loopt op vernietiging, is een beding in de algemene voorwaarden waarin te ruim geformuleerde gebruiksbeperkingen zijn opgenomen. Het criterium is hierbij dat het niet gerechtvaardigd is om de beperking van het gebruik te verwachten. Ook exoneratieclausules (zie hoofdstuk 1) kunnen door dat lot worden getroffen.

### *Aanvaarding voorwaarden*

De klant moet de gelding van de algemene voorwaarden wel hebben aanvaard. Dan is hij echter ook aan de voorwaarden gebonden, zelfs als hij bij het sluiten van de overeenkomst de inhoud daarvan niet kende. Om ze te kunnen aanvaarden moet hem echter een redelijke mogelijkheid zijn geboden om er kennis van te nemen. Deze eis betekent, dat de shrink wrap-voorwaarden zó dienen te zijn opgesteld en zo opvallend en duidelijk op de verpakking dienen te zijn vastgelegd, dat kan worden gezegd dat dit een redelijke mogelijkheid biedt om van alle voorwaarden kennis te nemen. Daarnaast mag het moment van kennisname niet zijn gelegen na het moment waarop de verkrijger met de dealer de koopovereenkomst sluit.

Aan bovenstaande eisen is in het algemeen niet voldaan bij de huidige 'Amerikaanse' shrink wrap-methoden. Hierbij wordt vaak van tevoren geen redelijke mogelijkheid geboden om van de voorwaarden kennis te nemen (met als gevolg vernietigbaarheid). Bovendien is de aanvaarding gepland door middel van een bepaalde handeling, die plaats vindt ná de aanschaf van de programmatuur. Het gevolg is dan dat de algemene voorwaarden niet gelden.

De leverancier doet er goed aan met de dealer overeen te komen op welke wijze de klant een redelijke mogelijkheid wordt geboden om van de voorwaarden kennis te nemen vóór of ten tijde van het afsluiten van de koopovereenkomst. Als bewijs van de aanvaarding is de volgende constructie mogelijk: de leverancier heeft een formulier bevestigd op de verpakte dragers, dat door de verkrijger moet worden ondertekend en vervolgens door de dealer geretourneerd naar de leverancier. De tekst op het formulier bevat een bepaling dat de verkrijger verklaart een exemplaar van de toepasselijke algemene gebruiksvoorwaarden te hebben ontvangen, daarvan kennis te hebben kunnen nemen en deze te aanvaarden.

Genoemde procedure vraagt van de leverancier en de dealer wel de nodige administratieve inzet. Daar staat tegenover dat in dat geval de kans het grootst is dat het beoogde resultaat, te weten afdwingbare voorwaarden, wordt bereikt.

### *Overige juridische vereisten*

Voor de voorwaarden geldt uiteraard wat voor contractuele bepalingen in het algemeen geldt, dat de bepalingen in beginsel niet in strijd mogen zijn met de openbare orde, goede zeden en dwingende wetsbepalingen. Voor de shrink wrap-overeenkomst betekent dit dat de bepalingen die betrek-

king hebben op het gebruik van de software in overeenstemming moeten zijn met de regels inzake de auteursrechtelijke bescherming van programmatuur zoals eerder in dit hoofdstuk besproken. Daarnaast is de werking van de bepalingen uit de algemene voorwaarden evenals van andere contractuele bedingen onderworpen aan bepalingen uit overige rechtsgebieden, zoals aan het mededingingsrecht en aan de algemene contractuele eisen van redelijkheid en billijkheid.

## **2.5 Overige aspecten**

Bij de koop van programmatuur kunnen natuurlijk nog vele andere juridische problemen en vragen naar voren komen. Een groot aantal hiervan komt in andere hoofdstukken aan de orde. De belangrijkste aspecten zullen zijn: escrow (hoofdstuk 3); aansprakelijkheid (zie hoofdstuk 1) en overheidsaanbestedingen (hoofdstuk 3).

### 3 Lease-overeenkomsten

Leasen kan bedrijfsmatig een goede keus zijn. Het is echter zaak hiervoor een goed contract te hebben om niet te worden geconfronteerd met ongewenste effecten. Het 'leasen' van software vraagt om creativiteit van de betrokken partijen om met alle belangen rekening te houden.

Voor overeenkomsten tot dienstverlening, levering van producten of aanneming van bouwwerken met 'overheidsinstellingen' gelden speciale aanbestedingsregels.

---

*Rekencentrum P wenst over te gaan tot de aanschaf van geavanceerde hard- en software. In het licht van de economische ontwikkelingen en een kosten/batenanalyse rijst de vraag óf en, zo ja, hoe men moet investeren in de aanschaf van automatiseringsmiddelen. Apparaatuur kun je kopen, maar net als bij een bedrijfsauto, een kopieerapparaat of een koffieautomaat kan de hardware toch ook worden gefinancierd door middel van leasing? En geldt dit niet ook voor de kostbare en aan snelle veroudering onderhevige software?*

*Rekencentrum P vormt een onderdeel van het Ministerie van Financiën. Dit speelt bij het totstandkomen van overeenkomsten een belangrijke rol. Voor instellingen die behoren tot de overheid of die er voor een belangrijk deel financieel dan wel bestuurlijk van afhankelijk zijn, gelden speciale regels als het gaat om de manier waarop zij contracten mogen afsluiten waarbij zij producten of diensten aanschaffen.*

---

### 3.1 Een kort leasing-ABC

Met leasing wordt het geheel van afspraken bedoeld, waarbij de ene partij (de *lessor*) tegen betaling het gebruik van een object (het lease-object) toestaat aan de andere partij (de *lessee*).

De lessor, vaak een leasemaatschappij, schaft het lease-object voor lease-doeleinden aan en is daarvan dan eigenaar. Dat blijft hij ook gedurende de leaseperiode. Zijn eigendom vormt voor hem namelijk zijn bron van zekerheid. De hoogte van de betaling waartoe de lessee zich heeft verplicht hangt af van de leaseperiode, de waarde en de economische levensduur van het lease-object, de beoogde winst van de lessor en de overeengekomen leasevorm. In het contract leggen partijen vast wat zij vanuit (bedrijfs)economisch oogpunt wensen. Hiermee beogen zij veelal ook bepaalde fiscale gevolgen.

Er zijn veel verschillende leasecontracten, die grofweg kunnen worden onderscheiden in twee leasevormen: operational en financial leasing.

#### *Operational leasing*

Bij *operational leasing* is het de lessee voornamelijk te doen om het gebruik van het lease-object voor een bepaalde periode. De lessor draagt de economische risico's van, onder andere, veroudering, verzekering, onderhoud en restwaarde. Deze leasevorm is geschikt voor lease-objecten die na de overeengekomen leaseperiode nog een *restwaarde* hebben, bijvoorbeeld computers die opnieuw kunnen worden ingezet. De leaseperiode is dus korter dan de economische levensduur van het lease-object. Het voordeel voor de lessee is mede gelegen in de mogelijkheid om na de leaseperiode de nog 'niet afgeschreven' lease-objecten toch te vervangen en zodoende tegemoet te komen aan de wensen van het moment. Deze flexibiliteit en dit afwentelen van het risico van snelle veroudering kan bedrijfsmatig, bijvoorbeeld gezien de snel veranderende informatietechnologie en de toename van automatiseringsactiviteiten, een voordeel (van belang) zijn.

#### *Financial leasing*

Bij *financial leasing* is het de lessee voornamelijk te doen om het financieringsaspect. De lessee draagt het economisch risico. De leaseperiode is gelijk aan de economische levensduur. Er wordt uitgegaan van een restwaarde aan het eind van de leaseperiode die (nagenoeg) nihil is en het leasecontract verleent de lessee de mogelijkheid om het lease-object aan

het eind van de leaseperiode voor een symbolisch bedrag of voor niets in eigendom te verkrijgen. Ook al heeft de lessee tijdens de leaseperiode juridisch het eigendom van het lease-object *niet*, er wordt wel gezegd dat hij het economisch eigendom bezit. Dit heeft gevolgen voor zijn balans en zijn jaarrekening.

### *Waarom leasen?*

Aan de keuze voor een bepaalde leasevorm gaat de vraag vooraf of er gaat worden geleast of niet. Er spelen veel belangen en bedrijfsomstandigheden een rol die meewegen bij de uiteindelijke beslissing.

Een voordeel kan zijn dat in het geval van leasing het bedrijfskapitaal niet wordt aangesproken om te investeren in het lease-object. Dat kan dus worden benut voor andere doeleinden. Fiscale gevolgen, het al (financial lease) dan niet (operational lease) activeren op de balans en het afschrijven hierop en de gevolgen voor de jaarrekening hangen mede af van de gekozen leasevorm. Hierin speelt het 'economisch eigendom' van het lease-object een rol van betekenis.

De vraag die wij ons hier stellen is die naar de juridische en praktische betekenis en gevolgen van een en ander. Want die kunnen doorwerken in het bereikte resultaat en soms zelfs tegengesteld aan de bedoelingen van de partijen uitpakken. Gelukkig is er contractueel veel te regelen, maar dit moet dan wel met (juridische, bedrijfseconomische en fiscaalrechtelijke) kennis van zaken worden aangepakt.

Juridisch gezien is het leasecontract een *bijzonder contract* of een *onbenoemd contract*. Een onbenoemd contract wordt als zodanig in de wet niet geregeld. Het algemene contractenrecht is van toepassing. Een bijzonder contract wordt min of meer uitputtend in de wet geregeld in al dan niet dwingende bewoordingen. Van de niet-dwingende bewoordingen uit de wet kan bij contract worden afgeweken. Als een contract voldoet aan de wettelijke definitie van een bijzonder contract, dan staat de kwalificatie daarmee vast en ook de dwingende en niet anders overeengekomen niet-dwingende gevolgen. Dit is niet erg als men dat wil. Het kan erg zijn als men anders had bedoeld. Het is dus zaak om alert te zijn.

Als bijzondere overeenkomsten komen in aanmerking *huur*, *koop*, *koop op afbetaling* en *huurkoop*. Koop op afbetaling is een subcategorie van koop en huurkoop is weer een subcategorie van koop op afbetaling. Het verschil zit hem in het feit, dat voor huurkoop een schriftelijke akte is vereist, waarin bepaalde gegevens zijn opgenomen en het eigendom van de in huurkoop aangeschafte zaak pas overgaat naar de koper bij het betalen



van de laatste termijn. Bij koop en koop op afbetaling gaat het eigendom al over bij het afleveren van de zaak. Mocht aan de akte van huurkoop of aan de vereiste inhoud hiervan iets ontbreken, dan beschermt de wet de huurkoper, door te bepalen dat er in dat geval sprake is van koop op afbetaling en niet van huurkoop.

Concreet betekent dit, dat als een computer wordt geleast en de lease-overeenkomst zou kunnen worden gekwalificeerd als huurkoop (waarbij het eigendom dus na betaling van de laatste termijn overgaat), maar er is een mankementje aan de voor huurkoop vereiste akte, dan is het eigendom al bij aflevering van de computer overgegaan en vervalt daarmee de zekerheid (van de lessor), die met een eigendomsvoorbehoud was beoogd.

### *Softwareleasing*

Voor hardware is het tamelijk duidelijk hoe het zit met de eigendomsverhoudingen en waarom je zo'n constructie kiest. Maar hoe werkt dat nu bij software? Kan software worden geleast? Voor het beantwoorden van die vragen gaan we in deze paragraaf voor de eenvoud uit van het geval van een lessee, een lessor en een softwareleverancier/auteursrechthebbende.

De vraag of software kan worden geleast staat los van de vraag of iemand het risico wil nemen om te financieren met als zekerheidsobject de gefinancierde software. Allereerst gaan de ontwikkelingen binnen de IT-branche snel met het risico van een snelle veroudering vandien. Daarnaast is software er in verscheidene soorten. Een maatwerkapplicatie, die slechts voor een bepaald bedrijf is ontwikkeld en ook slechts door dat bedrijf kan worden gebruikt, is als zekerheidsobject wellicht niets waard. Daarentegen kunnen besturingssystemen, standaardpakketten of pakketten die weliswaar voor een bepaald bedrijf zijn ontwikkeld maar die door soortgelijke bedrijven kunnen worden gebruikt waarschijnlijk wel als zekerheidsobject dienen.

Als we spreken over software moeten we onderscheid maken tussen de dragers waarop de software is vastgelegd en het auteursrecht op de software. De eigenaar van de drager is wat de software betreft gebonden aan het auteursrecht en in het geval van een licentie-overeenkomst aan de bepalingen daarvan.

Het leasen van een *drager* is heel goed mogelijk. Het bezitten van een geleaste drager heeft echter slechts zin als er bevredigende contracten zijn afgesloten waarin het noodzakelijke gebruik door de diverse partijen is afgedekt. Maar programmatuur wordt niet altijd meer geleverd op dragers. Betekent dit dat leasen van programmatuur niet meer mogelijk is? Er is inderdaad een probleem, omdat een essentieel kenmerk van leasing is,

dat de lessor het *eigendom* van het lease-object heeft, met name als zekerheid. Dit kan niet met software. Eigendom van software is niet mogelijk, wel auteursrechten op software. Als we als kenmerkend voor de leasing aannemen dat er wordt gefinancierd en dat er *zekerheid* bestaat voor de lessor, dan kunnen we wel proberen ditzelfde te bereiken. Omdat de zekerheid, of er nu een drager wordt geleast of niet, voornamelijk afhangt van de contracten betreffende de programmatuur, moet het uiteindelijke effect dat met de leasing wordt beoogd contractueel worden bereikt.

Wat dus in het oog moet worden gehouden is dat:

- de lessee de programmatuur binnen zijn bedrijf naar wens moet kunnen gebruiken en moet kunnen blijven gebruiken zolang hij aan zijn betalingsverplichtingen voldoet. In het contract moet zijn voorzien in gebruik met alles wat daarvoor nodig is. Denk aan aanpassingen, onderhoud, voldoende back-ups en dergelijke.
- aan de lessor voldoende zekerheid moet worden geboden om met een leaseconstructie in zee te gaan. Hiertoe dient hij ofwel het auteursrecht ofwel een bijzonder exclusieve licentie te verkrijgen. Daarnaast moet hij het recht hebben om in geval van betalingsproblemen de software opnieuw ‘te gelde’ te maken. Dit laatste houdt in dat hij het recht moet hebben om, bijvoorbeeld door middel van het afsluiten van een nieuwe licentieovereenkomst (wellicht weer een ‘leaseovereenkomst’) met een (of meer) andere partij(en), een voldoende gebruiksrecht te garanderen. De feitelijke regeling van een en ander is uiteraard afhankelijk van de soort software.
- er recht gedaan moet worden aan de auteursrechthebbende.
- de contracten een maximale bescherming moeten bieden aan de partijen in geval van calamiteiten.

Concluderend kunnen wij stellen, dat van leasen van software niet echt sprake kan zijn in verband met het probleem van het eigendom. Wel is het mogelijk om contractuele constructies te bedenken, die gelijke effecten hebben als die met een lease-overeenkomst worden beoogd. Dit vereist echter creatieve ‘contractsvaardigheden’.

### **3.2 Europese aanbestedingsregels**

#### *Contracteren met overheden*

Het rekencentrum, waarvan hierboven sprake was, behoort tot het Ministerie van Financiën. Dit is een overheidsorganisatie en overheidsorganisa-

ties moeten bij de aanschaf van diensten of produkten, of deze nu geleast worden of gekocht, rekening houden met de Europese aanbestedingsregels.

Het afsluiten van contracten met overheidsinstanties en met bepaalde nutsbedrijven kan zijn onderworpen aan voorgeschreven procedures. Dit geldt voor contracten tegen een prijs die een bepaald drempelbedrag te boven gaat. De reden voor het bestaan van deze zogeheten aanbestedingsprocedures vormt het EG-gemeenschapsrecht. In Europa bestrijken contracten met nutsbedrijven en met instellingen, die bestuurlijk dan wel financieel van een overheid afhankelijk zijn, een aanzienlijk deel van de markt. Deze zijn echter geneigd om hun contracten bij voorkeur te gunnen aan eigen nationale bedrijven. Dit paste niet in het beleid van Brussel om de Europese markten, ook die voor overheidsopdrachten, te liberaliseren. Vandaar dat er Europese richtlijnen tot stand zijn gebracht die de uitgangspunten van de Interne Markt voor overheidsopdrachten hebben vertaald in *openbare aanbestedingsprocedures*. De procedurevoorschriften moeten worden nageleefd door de aanbestedende diensten en hun (potentiële) contractspartijen. De procedures beogen bij te dragen tot een doorzichtige open markt van overheidsopdrachten voor alle Europese gegadigden. Deze geïnteresseerden concurreren met elkaar op basis van objectieve selectie- en gunningscriteria, die niet mogen discrimineren op basis van nationaliteit. Het mes snijdt aldus aan alle kanten: de aanbestedende diensten besparen op de overheidsuitgaven, het bedrijfsleven kan de vleugels met gelijke kansen uitslaan over het ruime bereik van het totale Europese handelsblok en de gewone burger profiteert hier uiteraard op zijn beurt van.

Sinds 1 januari 1994 is het bereik van de Europese richtlijnen vanwege het totstandkomen van de Europese Economische Ruimte uitgebreid met de landen van de Europese Vrijhandelsassociatie: dit zijn Noorwegen, Zweden, Finland en Oostenrijk; drie van deze landen zijn sindsdien toegetreden tot de E.U. Zwitserland en Liechtenstein zijn hier voorlopig nog van uitgezonderd.

### *De richtlijnen*

Er zijn vier aanbestedingsrichtlijnen. Drie richtlijnen betreffen contracten met overheidsinstanties, namelijk:

- 1 De richtlijn 'werken'; deze betreft de uitvoering van bouwwerken;
- 2 De richtlijn 'leveringen'; deze betreft de levering van produkten;
- 3 De richtlijn 'diensten'; deze betreft de dienstensector;

Vervolgens is er nog een vierde richtlijn:

4 De richtlijn 'nutssectoren' of 'uitgesloten sectoren'.

Deze laatste richtlijn regelt de contracten van zowel de aanneming van werken, de dienstverlening als de levering van produkten. De aanbestedende diensten zijn dan echter de zogeheten nutsbedrijven, particulier of van de overheid, in de sectoren water, energie, vervoer en telecommunicatie. Dit zijn de sectoren, die vanouds een bijzondere positie hebben vanwege de monopolie-achtige aspecten.

De drempelbedragen, waarboven 'Europees' moet worden aanbesteed, zijn 5 miljoen ecu voor 'werken', 200.000 ecu voor 'diensten' en 'leveringen' met dien verstande, dat op grond van de GATT voor levering van bepaalde produkten aan instanties van de centrale overheid het drempelbedrag van 130.000 ecu geldt. Het splitsen van opdrachten om onder het drempelbedrag uit te komen is niet toegestaan.

De IT-branche zal voornamelijk te maken hebben met de richtlijnen 'leveringen' en 'diensten' en vanwege de uitgesloten sector 'telecommunicatie' ook met de 'uitgesloten sectoren'.

'Leveringen' betreffen de aanschaf, dat wil zeggen koop, leasing, huur en dergelijke, van produkten. Een definitie van 'produkt' is in de richtlijn 'leveringen' echter niet te vinden. 'Diensten' is bedoeld als een sluitstuk waarin de totstandkoming van contracten is geregeld die niet worden beheerst door 'werken' of 'leveringen'. Categorieën diensten zijn opgenomen in de bijlagen 1A en 1B van de richtlijn.

Er bestaan indelingen waarvan, ter bevordering van de eenheid en de transparantie bij het aanbesteden, gebruik moet worden gemaakt. In deze lijsten zijn met behulp van cijfers alle mogelijke produkten en diensten gecategoriseerd.

Grofweg kan uit deze lijsten worden afgeleid dat levering van hardware wordt beheerst door richtlijn 'leveringen' en het ontwikkelen en leveren van software door de richtlijn 'diensten'.

### *De procedures*

Zoals gesteld schrijven de richtlijnen aanbestedingsprocedures voor. Er zijn dan meerdere mogelijkheden:

- 1 de openbare procedure waarbij iedere belangstellende kan inschrijven;
- 2 de niet-openbare procedure waarbij, na een eerste fase waarin gegadigden worden verzocht zich aan te melden, slechts de door de aanbeste-

- dende dienst op grond van tevoren bekendgemaakte criteria, geselecteerde bedrijven mogen inschrijven;
- 3 de onderhandelingsprocedures; dit zijn uitzonderingsprocedures die slechts zijn toegestaan in een heel beperkt aantal situaties.

De richtlijn 'diensten' kent daarnaast nog de extra procedure voor prijsvragen. Bij projecten 'op maat' ligt een niet-openbare procedure voor de hand. De openbare procedure is geschikter ingeval van standaardartikelen.

#### *Aanbestedende diensten*

Aanbestedende diensten zijn verplicht bij de aanbesteding de procedures van de richtlijnen te volgen. Er is een heel breed scala van instanties, dat als 'aanbestedende dienst' moet worden aangemerkt. Het zijn alle instellingen, die behoren tot de Staat, de territoriale lichamen, publiekrechtelijke instellingen en verenigingen van genoemde instellingen en/of lichamen. Publiekrechtelijke instellingen zijn volgens de richtlijn opgericht met het doel te voorzien in behoeften van algemeen belang, anders dan commercieel of industrieel van aard. Zij hebben rechtspersoonlijkheid en ontvangen de financiering van hun activiteiten in hoofdzaak van de overheid of staan onder overheidstoezicht of bestuur en/of directie worden voor meer dan de helft benoemd door een overheidsinstantie. Aldus zijn ministeries, waterschappen, gemeentes, provincies, TNO, universiteiten, academische ziekenhuizen, rijksdiensten, enzovoort, aanbestedende diensten. De richtlijn 'werken' bevat als bijlage een lijst, waarin een niet-limitatieve opsomming van aanbestedende diensten is opgenomen. Naast overheidsinstanties gelden private instanties in de uitgesloten sectoren als aanbestedende dienst voor de betreffende richtlijn.

#### *De publicatieverplichting*

Een open markt voor overheidsopdrachten vereist doorzichtigheid in die markt. Daarom hebben de aanbestedende diensten een aantal publicatieverplichtingen.

Allereerst moeten geplande categorieën van leveringen en diensten, die onder een richtlijn vallen, per begrotingsjaar worden 'vooraankondigd' indien het totaal van de leveringen of diensten de 750.000 ecu te boven gaan. Vervolgens dient tijdens verschillende fasen van de procedure te worden gepubliceerd, zoals de aankondiging en de gegunde opdrachten. De wijze van aanmelden voor publicaties is gebonden aan voorgeschreven modellen. De bekendmaking dient in ieder geval te geschieden in het officiële publicatieblad van de Europese Unie.

De publikaties moeten duidelijkheid verschaffen omtrent de eisen die worden gesteld bij het 'selecteren' van de gegadigden en bij het 'gunnen' van de opdracht. Discriminatie moet worden voorkomen door de aanbestedende diensten te verplichten de technische specificaties en de eisen op grond waarvan wordt geselecteerd en gegund objectief te formuleren. Er gelden termijnen binnen welke een en ander moet geschieden.

#### *De vereiste technische specificaties*

De verplichting om bij het vaststellen van technische specificaties naar Europese normen of naar Europese harmonisatiebescheiden te verwijzen heeft onder meer het voordeel van een concrete toepassing van het gemeenschapsbeleid inzake normalisatie en wederzijdse erkenning van certificaten. Zij draagt zodoende bij aan de opheffing van technische belemmeringen in het handelsverkeer, zoals eveneens bepleit in het Witboek omtrent de voltooiing van de interne markt, dat de Europese Commissie in 1985 heeft voorgelegd aan de Europese Raad. Op het gebruik van merken en technische specificaties die discrimineren wordt streng toegezien. Dit is een moeilijk punt met name in de automatiseringsbranche, waarin merknamen als DOS en UNIX als *de facto*-standaarden zouden kunnen worden opgevat en de compatibiliteit vaak een belangrijke voorwaarde vormt voor het welslagen van een project. Het Hof van Justitie heeft echter in een recent arrest (januari 1995) beslist, dat het gebruik van UNIX als het verboden gebruik van een merk moet worden aangemerkt.

#### *De selectiecriteria*

Selectiecriteria betreffen de eisen, die aan de leverancier, aannemer of dienstverlener worden gesteld, zoals financiële en economische draagkracht, technische bekwaamheid, het voorkomen op officiële lijsten van erkende beroepsbeoefenaars en dergelijke.

#### *De gunningscriteria*

Gunningscriteria zijn eisen op grond waarvan de opdracht wordt verleend. Dit zijn ofwel alleen de laagste prijs, ofwel de economisch voordeligste aanbieding. De subcriteria voor deze laatste dienen tevoren te zijn openbaar gemaakt. De aanbestedende dienst moet in een procesverbaal de gemaakte keuze gemotiveerd vastleggen, evenals de redenen waarom voor de overige inschrijvers niet is gekozen.

### De naleving

De door de richtlijnen voorgeschreven aanbestedingsprocedures worden nogal eens – en niet op alle punten ten onrechte – bekritiseerd. Voor niet-juristen zijn ze niet gemakkelijk toegankelijk. Daarnaast is er het wijdverbreide idee, dat wat uit Brussel komt niet zo serieus behoeft te worden genomen. Met een zekere argwaan wordt gekeken hoe andere landen het doen, want wij hoeven toch zeker niet altijd roomser dan de paus te zijn. De plaatselijke en regionale 'huisleveranciers' menen de dans te ontspringen omdat zij niet zo groot en belangrijk zijn.

Om met dit laatste misverstand te beginnen: de richtlijnen dienen niet slechts te worden nageleefd door grote bedrijven. Ze gelden nadrukkelijk ook voor het midden- en kleinbedrijf. En dat deze zich bedreigd voelen en niet direct zijn gegrepen door de mogelijkheden die worden geboden is begrijpelijk. Waar haalt een kleiner bedrijf de ervaring, de kennis, de (taal)vaardigheid, de informatie, de investeringsgelden vandaan om de voorkomende (bureaucratische en technische) problemen het hoofd te bieden en om elders, ja zelfs in het buitenland, te *tenderen*?

Het antwoord op de vraag of de Europese aanbestedingsrichtlijnen serieus moeten worden genomen door Nederlandse aanbestedende diensten en Nederlandse bedrijven verdient een uitgebreider antwoord.

Sinds 1992, toen 'diensten' als laatste richtlijn was voltooid, is er vanuit de Commissie sterk aangedrongen op snelle en deugdelijke implementatie van de richtlijnen in de nationale wetgevingen. Dit heeft er voor Nederland toe geleid dat deze zelfs in hun geheel zijn opgenomen in het Nederlandse recht en daar dus deel van uitmaken.

De Europese Commissie kan op eigen initiatief stappen ondernemen (en doet dit ook) in het geval zij meent dat de richtlijnen worden overtreden. De Commissie laat duidelijk merken dat het haar ernst is met de naleving van de richtlijnen, ook in Nederland. Er zit dan ook een behoorlijk aantal Nederlandse probleemcasus in de portefeuille van de Brusselse ambtenaren. Om de naleving te vergroten heeft Brussel voorzien in juridische instrumenten. Dit zijn richtlijnen waarmee het overheidsaanbestedingsrecht wordt gecompliceerd, de twee zogeheten 'sanctierichtlijnen' of 'handhavingsrichtlijnen'. Het gevolg van een en ander is, dat kan worden opgetreden ingeval van schending van de procedurevoorschriften. In Nederland betekent dit, dat een belanghebbende die zich gedupeerd voelt, bijvoorbeeld door het verkeerd aangeven van de technische specificaties, verkeerd aanbesteden, opzettelijk opsplitsen van de opdrachten, opnemen

van discriminerende bepalingen in het bestek of niet voldoen aan de verplichting volledig en juist te publiceren, de volgende acties heeft:

1 Hij kan zich in een kort geding voor de Nederlandse rechter beroepen op een (dreigende) overtreding van het Nederlandse recht, te weten een bepaling van de geïmplementeerde openbare aanbestedingsregels.

Hij kan de rechter vervolgens verzoeken om de aanbestedende dienst te veroordelen hem alsnog toe te laten tot de procedure en/of om de aanbestedende dienst een verbod op te leggen om te gunnen aan de beoogde inschrijver, omdat de aanbestedende dienst de richtlijn niet heeft nageleefd. Hij kan ook vragen om de aanbestedende dienst te verplichten te handelen overeenkomstig de uitspraak op straffe van een dwangsom. Ook is het mogelijk te vragen om ontbinding van de afgesloten overeenkomst en oplegging van de verplichting te gunnen aan de volgens het aanbestedingsrecht gerechtigde inschrijver. Tenslotte kan hij een schadevergoeding vragen, omdat de opdracht ten onrechte is verleend aan een ander.

2 Hij kan een klacht indienen bij de Commissie.

De Commissie kan door middel van een klacht op de hoogte worden gebracht van een vermeende schending van het aanbestedingsrecht, zonder dat hiervoor enig vormvereiste is gesteld. Een brief volstaat. Als de Commissie meent dat de klacht gegrond is en de overeenkomst is nog niet gesloten, dan kan de Commissie de lid-staat en de aanbestedende dienst op de hoogte brengen van de geconstateerde 'kennelijke en duidelijke schending' en verzoeken de schending ongedaan te maken. De lid-staat moet hierop binnen 21 dagen antwoorden dat:

- de schending ongedaan is gemaakt, of
- er niet is gecorrigeerd onder vermelding van redenen waarom niet.

Als deze redenen niet bevredigend zijn, kan de Commissie de zaak aanhangig maken bij het Hof in Straatsburg, al dan niet gecombineerd met een verzoek tot het treffen van voorlopige maatregelen, zoals opschorting van de gunning in afwachting van de uitspraak van het Hof. Het kan ook zijn dat de aanbestedingsprocedure is opgeschort, op last van de aanbestedende dienst hetzij op last van de rechter in kort geding. Als de procedure wordt hervat of een nieuwe procedure wordt gestart dient de Commissie hiervan op de hoogte te worden gebracht. Hierbij dient tevens te zijn vermeld dat de schending ongedaan is gemaakt of, als dat niet het geval is, dat dit niet is gebeurd en waarom niet.

Uit het bovenstaande volgt, dat als een dienstverlener/leverancier een klacht bij de Commissie deponereert, deze slechts effect heeft op de betreffende aanbestedingsprocedure als de opdracht nog niet is gegund. En dan



nog moet de Commissie bereid zijn om snel te reageren door de lid-staat en de aanbestedende dienst te verwittigen van de geconstateerde schending. Vervolgens moet zij zo nodig aan het Hof om een voorlopige voorziening vragen.

Als de aanbestedingsovereenkomst tussen leverancier/dienstverlener en aanbestedende dienst al is afgesloten, ligt het gecompliceerder. Opschorting en vernietiging vragen aan het Hof in de vorm van een voorlopige maatregel is in dat geval aanmerkelijk gecompliceerder.

Als de Commissie de zaak aanhangig maakt bij het Hof, maar geen voorlopige voorziening vaagt, dan kan de uitspraak van het Hof slechts luiden, dat het aanbestedingsrecht door de lid-staat is geschonden. Zo'n constatering levert wel een onrechtmatige gedraging op. Voor een eventuele schadevergoedingsactie moet de getroffen leverancier/dienstverlener de nationale rechter inschakelen.

## 4 Onderhoud

Het verdient aanbeveling om bij de onderhandelingen en het afsluiten van een automatiseringscontract tevens vooruit te blikken op wat de toekomst kan brengen. Dit is *het* moment om zich te beraden op de mogelijkheden voor onderhoud, de (on)gewenste gevolgen ingeval van aanschaf van nieuwere apparatuur en de noodzakelijke voorzieningen die nodig zijn om eventuele calamiteiten het hoofd te kunnen bieden.

---

*Leverancier L ontwikkelt in opdracht van cliënt C een systeem voor voorraadbeheer en administratie. Naast de benodigde hardware ontvangt C zowel maatwerkprogrammatuur als standaardpakketten. L en C hebben afgesproken dat L na de oplevering ook het onderhoud zal gaan verzorgen. Zij willen hun afspraken vastleggen in een onderhoudsovereenkomst. Er is een aantal juridische aspecten die zij hierbij zeker niet uit het oog moeten verliezen.*

*Met het oog op de bedrijfscontinuïteit acht C het van belang de kwetsbaarheid van zijn bedrijf te minimaliseren. Deze kwetsbaarheid wordt mede bepaald door de mate waarin C afhankelijk is van leverancier L. C overweegt daarom een depotovereenkomst met een escrowagent, zodat hij is voorzien van de benodigde broncode en documentatie voor het geval de samenwerking met L niet naar wens verloopt.*

*In het licht van de risicovermindering spelen verzekeringen eveneens een rol.*

---

### 4.1 Het belang van onderhoud

Onderhoud is essentieel voor de continuïteit. Daarom verdient het aanbeveling daarin tijdig te voorzien. Al bij de aanschaf van het systeem moet

worden nagedacht over het onderhoud en met name over wie dat zal gaan doen: leverancier, klant of een derde. De contracten voor de aanschaf van de hard- en software moeten met name wat het toegestane gebruik van de software betreft ruimte laten voor het gewenste onderhoud. Dit gewenste onderhoud moet in de pas lopen met de gebruikslicentie, die is overeengekomen in verband met de auteursrechten op de software.

Onderhoud, zeker dat van maatwerk, zal vaak worden verricht door de leverancier. Als een derde het onderhoud gaat verrichten spreken we van *third party maintenance*. In de praktijk komt deze vorm van onderhoud voor hardware al wél voor, maar voor software nog heel weinig.

Meer nog dan bij overige overeenkomsten is het van belang heel nauwkeurig vast te stellen waarover in het kader van het onderhoudscontract afspraken moeten worden gemaakt. Welke werkzaamheden als onderhoudsverplichting in het contract worden vastgelegd, wat wel en wat niet onder de noemer onderhoud door  $L$  moet worden verricht, welk bedrag  $C$  daarvoor moet betalen, dienen vast te staan bij het afsluiten van het contract. Dit geldt ook voor de datum van aanvang van de diverse onderhoudsverplichtingen.

Een onderhoudsovereenkomst kan worden afgesproken voor een bepaalde duur. Zolang het systeem draait moet het onderhoud zijn gegarandeerd. In het contract moet worden vastgesteld voor welke periode de overeenkomst geldt, of en, zo ja, hoe deze periode kan worden verlengd en op welke wijze en onder welke voorwaarden de overeenkomst kan worden opgezegd. Er moet een afstemming plaatsvinden van de aanvang, periode en omvang van het onderhoud met eventuele bestaande termijnen van testen, opleveren, acceptatie en garantie.

Bij een grote mate van afhankelijkheid van  $C$  van zijn systeem of van onderdelen daarvan kan worden gedifferentieerd, bijvoorbeeld wat meldingstijd, responsietijden, onderhoudsduur en aantal storingen betreft. Indien gewenst kunnen partijen hieraan sancties verbinden als extra stimulans voor  $L$  om de afgesproken prestaties te leveren. De tarieven en de betalingsmomenten worden eveneens in het contract vastgelegd.

## 4.2 Auteursrechten en onderhoud

De vragen die met name in het licht van het onderhoud van software door partijen moeten worden beantwoord zijn:

- 1 Welke (verveelvoudigings)handelingen zijn voor het onderhoud noodzakelijk? en

- 2 Bieden de Auteurswet en in het geval van een licentiecontract, het contract voldoende basis aan de gebruiker om verzekerd te zijn van de mogelijkheden om goed onderhoud te laten verrichten? Zo nee, dan dient (ook) hierin contractueel te worden voorzien.

Uitgangspunt is dat degene die onderhoud aan de programmatuur verricht of laat verrichten, hiertoe bevoegd moet zijn. Dit betekent, dat alle handelingen die noodzakelijk zijn voor het onderhoud, voorzover deze de bevoegdheid die het auteursrecht aan de gebruiker toekent te buiten gaan, contractueel moeten zijn vastgelegd.

Het auteursrecht op programmatuur is geregeld in de Auteurswet (zie voor een uitgebreide behandeling hiervan hoofdstuk 2). De auteursrecht-hebbende bezit in beginsel het exclusieve recht op alle handelingen die kunnen worden aangemerkt als het verveelvoudigen of openbaar maken van het programma. Dat wil zeggen dat voor deze handelingen toestemming van de auteursrecht-hebbende nodig is. Voor een rechtmatige verkrijger echter zijn als uitzondering enige handelingen in de wet vastgelegd, die hij zonder toestemming mag uitvoeren.

Een rechtmatige gebruiker heeft, als er geen contract tussen de gebruiker en de auteursrecht-hebbende is afgesloten, de bevoegdheid die handelingen te verrichten die noodzakelijk zijn om het programma overeenkomstig het beoogde doel te gebruiken. Wat *noodzakelijk* kan worden geacht voor gebruik voor het *beoogde doel* en wie dat bepaalt, is echter nog niet uitgekristalliseerd. Het lijkt daarom uiterst raadzaam hierover in het contract duidelijkheid te scheppen.

Als er wel gebruiksrechten in een contract zijn vastgelegd, dan geldt, dat het voor het beoogde gebruik noodzakelijke laden, in beeld brengen en fouten verbeteren van een programma, ook als deze handelingen een verveelvoudiging inhouden, bij contract wel aan voorwaarden kunnen worden gebonden, maar niet kunnen worden verboden. Ditzelfde geldt:

- voor het maken van een back-up kopie;
- voor het tijdens het toegestane gebruik bestuderen van de onderliggende ideeën en beginselen van het programma; en
- onder voorwaarden voor het decompileren in het kader van de interoperabiliteit met een nieuw te maken programma.

Als *L* de auteursrecht-hebbende is en *L* eveneens het onderhoud op zich heeft genomen, dan zal dit geen probleem opleveren, zolang een en ander naar wens verloopt en *L* het onderhoud blijft verrichten. Mocht dit laatste niet het geval zijn, dan dient *C* de bevoegdheid te hebben gekregen om het onderhoud zelf ter hand te nemen of dit door een derde te laten doen.

Afhankelijk van de soort programmatuur en de concrete omstandigheden van de situatie zijn (verveelvoudigings)handelingen waaraan in het licht van onderhoud moet worden gedacht bijvoorbeeld: fouten verbeteren en storingen opheffen, het testen op virussen en het verwijderen daarvan, het aanpassen van de programmatuur aan gewijzigde interne en externe omstandigheden in apparatuur, besturingssoftware, overige software of externe factoren, het voorzien in uitwijkmogelijkheden, het uitvoeren van beveiligingsvoorschriften, enzovoort.

Over de beschikbaarheid van de broncode en de documentatie dienen eveneens afspraken te worden gemaakt. Zie voor een uiteenzetting over de mogelijkheden daartoe paragraaf 3.

Als *L* niet de auteursrechthebbende is op alle programmatuur, dan dient nauwkeurig te worden nagegaan en vastgelegd hoe het onderhoud, indien gewenst, kan worden verzekerd. In dit kader wordt vaak een bepaling in de overeenkomst opgenomen, dat de leverancier garandeert, dat hij geen inbreuk maakt op de rechten van derden en voorzover dat wel het geval blijkt te zijn, hij de schade die de cliënt daardoor lijdt, moet vergoeden. Een recente ontwikkeling binnen de IT-branche is die van het auteursrechtelijke titelonderzoek (*title search*). Dit houdt in, dat voorafgaand aan het sluiten van een aanzienlijk contract, wordt nagegaan of wellicht anderen dan de contractspartijen rechten zouden kunnen claimen op de betreffende programmatuur.

Indien *L* niet voldoende medewerking verleent om te voorzien in een goed onderhoudscontract, dan kan *C* in de problemen geraken. *L* is bij de uitoefening van zijn auteursrecht echter wel gebonden aan de regel van het mededingingsrecht, die hem verbiedt misbruik te maken van zijn machtspositie, in dit geval misbruik van zijn auteursrecht. Daarbij geldt dat niet het hebben van een auteursrecht als misbruik hiervan kan worden aangemerkt, maar wel de manier waarop het auteursrecht wordt uitgeoefend.

#### *Morele rechten of persoonlijkheidsrechten*

Aan makers van auteursrechtelijke werken komen morele of persoonlijkheidsrechten toe (zie hierover ook hoofdstuk 2 paragraaf 3). De reikwijdte van de persoonlijkheidsrechten op computerprogramma's is niet duidelijk. De meningen erover zijn verdeeld. Het is daarom aan te bevelen het zekere voor het onzekere te nemen en in het contract een bepaling op te nemen aangaande de persoonlijkheidsrechten. Deze rechten kunnen niet, zoals met de exploitatierechten wel het geval is, aan een ander worden overge-

dragen. Wel is het mogelijk om bij contract af te spreken dat er geen beroep zal worden gedaan op schending van de persoonlijkheidsrechten. In dit licht dient vooral te worden gedacht aan het persoonlijkheidsrecht zich te verzetten tegen wijzigingen in het werk.

#### *Gedeeltelijke overdracht van het auteursrecht*

Zoals uit het hierboven weergegevene blijkt, is het nauwkeurig omschrijven van de toegestane handelingen in een gebruiks- en/of onderhoudscontract essentieel voor het benodigde gebruik en onderhoud. Er is evenwel een andere manier om hetzelfde te bereiken. Dat is de in hoofdstuk 2 al genoemde overdracht van auteursrecht. Overdracht van auteursrecht op programmatuur op maat is wellicht bespreekbaar, maar voor programmatuur die vaker kan worden afgezet, zoals standaardpakketten ligt overdracht moeilijker. Nu is overdracht van auteursrecht mogelijk voor het gehele auteursrecht op een werk, maar ook voor een gedeelte daarvan. Het auteursrecht is dus opsplitsbaar. Voor computerprogramma's valt dan bijvoorbeeld te denken aan een overdracht van het beperkte auteursrecht, inhoudende openbaarmaking en verveelvoudiging noodzakelijk voor gebruik en onderhoud op een bepaalde plaats van een bepaald aantal kopieën van het programma. Het voordeel hiervan is dat de beschikking over een gedeelte van het auteursrecht een zekerder basis vormt voor de gebruiker in verband met mogelijke problemen met de leverancier/auteursrechthebber, zoals diens faillissement.

### **4.3 Escrow**

In het voorbeeld aan het begin van dit hoofdstuk schafte cliënt *C* ook software aan. (Software)leverancier *L* installeert de benodigde software en stelt tevens back up-kopieën op enige dragers ter beschikking. De geïnstalleerde versies en de versies op de dragers staan in object code. Voor het benodigde onderhoud sluit *C* eveneens een contract af met *L*. Er wordt toegezegd om bij iedere nieuwe release ook een nieuwe back up-versie op dragers te leveren. *C* is voor de voortgang van zijn bedrijf erg afhankelijk van de programmatuur en wil de continuïteit zoveel mogelijk waarborgen. Daarom verzoekt *C* aan *L* om hem tevens een versie van de software in broncode te verstrekken tezamen met bijbehorend ontwerp materiaal, voor het geval er problemen ontstaan bij *L*. Hij stelt voor, dat hij hiervan geen gebruik maakt, zolang de contractuele relatie met *L* volgens afspraak verloopt. Maar omdat je niet kunt weten wat de toekomst nog in petto

heeft, kiest hij graag het zekere voor het onzekere. *L* legt uit dat hij door de afgifte van broncode en ontwerpmateriaal in een te kwetsbare positie komt te verkeren; de exploitatie van zijn kennis zoals deze is vastgelegd in de programmatuur is zijn bron van inkomsten en dat houdt hij liever zo geheim mogelijk. Om aan de behoefte van *C* tegemoet te komen stelt hij *escrow* van de documentatie en van de programmatuur in broncode voor. Hiermee zou zowel het belang van *C* als dat van *L* zijn gediend.

Wat houdt deze zogenaamde *escrowovereenkomst* van broncode in? Eenvoudig gezegd komt het neer op de afspraak tot het deponeren van broncode van programmatuur bij een derde partij. Deze deponhouder zegt toe de broncode te bewaren en slechts af te geven als zich bepaalde situaties, *triggering events* genaamd, voordoen. Deze *triggering events* zijn situaties, waarin de leverancier ophoudt de afgesproken ondersteuningswerkzaamheden te verrichten. Deze kunnen variëren van toerekenbaar tot ontoerekenbaar tekortkomen bij het nakomen van de overeengekomen verplichtingen. Oorzaken daarvan kunnen zijn: ophouden met bestaan, fusies of verandering van werkzaamheden. De belangrijkste en meest gecompliceerde situatie is echter die van een *faillissement* van de softwareleverancier. Tengevolge van een faillissement kan de leverancier namelijk niet meer vrijelijk over zijn goederen beschikken. Er wordt dan een curator aangesteld, die het faillissement zal afhandelen met alle risico's voor de klanten/softwaregebruikers vandien. Op grond van de *escrowovereenkomst* vergroot de klant zijn bedrijfszekerheid.

Als zich een *triggering event* voordoet en de klant wendt zich tot de deponhouder, dan dient deze hem van de laatste versie van de software in broncode en van de afgesproken documentatie te voorzien. Na afgifte daarvan moet de klant vervolgens bevoegd zijn om deze te gebruiken, voorzover dit noodzakelijk is voor de voortgang van zijn bedrijf. Hierin dient dus tevoren contractueel te worden voorzien.

In Nederland bestaat een aantal organisaties, zoals het *Computer Uitwijk Centrum*, *Escrow Europe* en *Softcrow*, die *escrow*mogelijkheden aanbieden. Deze *escrow*organisaties kennen standaardcontracten die zij in geval van *escrow* gebruiken.

#### *Verskillende escrowconstructies*

Achter bovenstaande eenvoudige omschrijving van *escrow*, gaat een complexe materie schuil in juridische en organisatorische zin. Mede in verband met de auteursrechtelijke bescherming van programmatuur en de juridische consequenties van een faillissement is het een heel gepuzzel om een gewenste *escrow*constructie juridisch zo sluitend mogelijk te maken.

De wijzen waarop aan een escrowconstructie contractueel vormgegeven kan worden zijn divers. De keuze kan het beste worden gemaakt aan de hand van de omvang van de verlangde zekerheden, de concrete omstandigheden, de triggering events en de financiële, juridische en organisatorische mogelijkheden.

Broncode-escrow bij een, uiteraard solvabele, derde kan geschieden op basis van een *tweepartijencontract*, tussen de leverancier en de zogeheten, al of niet professionele, escrowagent, of een *driepartijencontract*, tussen leverancier, escrowagent en klant. Welk contract men ook kiest, in het contract dient in ieder geval de afgifte van de materialen te zijn gewaarborgd als zich welomschreven triggering events voordoen. De *escrowagent* moet daarom onder alle omstandigheden, ook bij een faillissement van de leverancier, de bevoegdheid hebben om een broncodeversie af te geven.

De volgende constructies kunnen worden gehanteerd:

- Het *notarieel depot*. Er zijn in Nederland ook notarissen die zich aanbieden om programmatuur en documentatie in de vorm van een notariële akte te bewaren. Belanghebbenden kunnen onder bepaalde voorwaarden afschriften ontvangen van deze akten.
- *Eigendomsoverdracht*. Een gebruikelijke constructie is dat de leverancier fysieke broncode-exemplaren in eigendom overdraagt aan de escrowagent. Het auteursrecht blijft berusten bij de leverancier. Deze verleent aan de escrowagent echter wel de bevoegdheid om, ingeval van afgifte, sublicenties tot noodzakelijk en afgesproken gebruik te verlenen aan de klanten.
- Een andere constructie is die, waarbij de drager met broncode en de overige materialen in eigendom worden ondergebracht bij bijvoorbeeld een *stichting*, die speciaal voor een dergelijk doel in het leven is geroepen.
- *Bewaring*. Er wordt ook wel gewerkt met het in bewaring geven van een broncode-exemplaar, terwijl de eigendom van dat exemplaar berust bij de leverancier of de klant. Deze constructie gaat vergezeld van een bepaling dat de bewaarnemer de in bewaring geven zaak slechts onder bepaalde voorwaarden aan de bewaargever mag afgeven, zulks om problemen te voorkomen bij het mogelijk terugvragen van het exemplaar door de bewaargever zelf. Voor dit laatste vreest men vooral bij een faillissement van de eigenaar. Op deze wijze is ook de curator in faillissement aan de bepaling gebonden. Omdat het altijd nog mogelijk is dat de bewaargever zich niet houdt aan zijn afspraken en de drager in eigendom overdraagt aan een derde partij, die niet is gebonden aan de eerdere afspraken zoals deze zijn gemaakt met de eerste bewaargever.



Het is raadzaam in het contract te voorzien in een snelle vorm van geschillenbeslechting voor het geval er onenigheid ontstaat over de kwalificatie van een situatie als een triggering event.

Wil een escrowconstructie beantwoorden aan de bedoeling, dan moet de nieuwste release van de programmatuur zijn gedeponereerd. De verplichtingen hiertoe dienen in het contract te zijn vastgelegd.

Aan de escrowagent kan een rol worden toebedeeld die varieert van passief tot actief. Aan de agent kan enige controle op de programmatuur worden toegekend. Dit kan bijvoorbeeld inhouden, dat deze toetst of de programmatuur voldoet aan bepaalde kwalitatieve of overige eisen, of er sprake is van de nieuwste versie, of de geleverde programmatuur overdraagbaar is, of zij virusvrij is, enzovoort.

#### 4.4 Verzekering

Ieder vorm van bedrijfsvoering kent zijn risico's. Risico's die algemeen zijn en daarnaast risico's die specifiek zijn voor de branche. Bedrijven dienen zich bij de bedrijfsvoering bewust te zijn van de verschillende risico's die zij lopen. Ditzelfde geldt ook voor de automatiseringsbranche. Als logisch gevolg op het inventariseren van de risico's die zijn verbonden aan automatisering via een zogenaamde *risk-management-analyse*, wordt onderzocht hoe en tegen welke prijs de risico's kunnen worden beperkt. Daarin past naast overwegingen over technische, organisatorische en juridische maatregelen ook de overweging om een *verzekering* af te sluiten. De mogelijkheden om 'automatiseringsrisico's' te verzekeren bestaan nog niet zo lang. De verzekeraars stonden huiverig tegenover het afsluiten van verzekeringen in deze branche. Belangrijke redenen hiervoor zijn het nog prille bestaan van de automatisering en daaraan inherent de onzekerheid over het soort risico, de frequentie waarmee deze risico's zich voordoen en de financiële hoogte van de risico's.

Er hebben zich echter wel ontwikkelingen op het gebied van de verzekeraarbaarheid van zogenaamde *automatiseringsrisico's* voorgedaan. De risico's van hardwareschade, van de eventuele gevolgen daarvan en van computerfraude of van softwarereconstructie zijn al gedurende een langere tijd verzekeraarbaar. Daarnaast is er sprake van *aansprakelijkheidsrisico's*. Deze laatste betreffen de risico's van vermogensverlies doordat men gehouden is tot het vergoeden van de door derden geleden schade. Ook voor deze automatiseringsrisico's is het nu mogelijk verzekeringen af te sluiten. Het komt zelfs voor dat in een automatiseringscontract tussen een leverancier

en zijn klant de verplichting aan de leverancier is opgelegd om zich adequaat tegen aansprakelijkheidsrisico's te verzekeren.

Een groot gedeelte van de aansprakelijkheidsrisico's wordt gedekt door een *AansprakelijkheidsVerzekering Bedrijven* (AVB). De schade die wordt vergoed op basis van een AVB-polis is ten eerste persoonsschade, dat wil zeggen schade van derden als gevolg van letsel al of niet de dood tot gevolg hebbend. Ten tweede wordt vergoed de schade aan goederen van anderen dan de verzekeringnemer en ten derde de gevolgschade. De dekking van aansprakelijkheidsschade die niet is aan te merken als zaak- of letselschade of uit deze beide voortvloeiende vermogensschade is dus niet onder een AVB-polis gedekt.

Sinds kort is er in Nederland ook voor de branche van de informatietechnologie een aparte verzekering mogelijk, de *BeroepsAansprakelijkheids-Verzekering* (BAV). Deze verzekering dekt de aansprakelijkheid voor 'zuivere vermogensschade' veroorzaakt door beroepsfouten. Hierbij kan het gaan om fouten in de advisering door een automatiseringsadviseur of om fouten in de ontwikkelde programmatuur, waardoor schade ontstaat, waarvoor de adviseur respectievelijk de ontwikkelaar aansprakelijk is. De BAV dekt geen persoonsschade of schade aan goederen.

Een automatiseringsbedrijf moet om het risico van schade aan derden te hebben verzekerd de schade zowel door een AVB- als een BAV-polis hebben gedekt. Uiteraard is de gekozen verzekering mede afhankelijk van de soort werkzaamheden die binnen het bedrijf worden verricht. Daarnaast is het noodzakelijk te bepalen wie tot de te verzekeren personen worden gerekend.

Zoals bij zoveel contracten is het ook bij een verzekeringsovereenkomst van het grootste belang dat het afgesloten contract bepaalt wat partijen wilden overeenkomen. Het nauwkeurig formuleren van *wie* tegen *wat* *waarvoor* is verzekerd voorkomt veel narigheid. Slechts wat in de polis is omschreven wordt gedekt.

Het spreekt vanzelf dat de risico's voor de verzekeraar afhankelijk zijn van de risico's van de verzekerde. Voor het bepalen van de risico's van de verzekerde is het mede van belang welk gebruik de verzekerde maakt van (in automatiseringscontracten veelvuldig gebruikte) clausules die de aansprakelijkheid beperken, vervangen of uitbreiden. In de polis wordt vaak opgenomen dat de verzekeraar een verplichting van de verzekerde tot schadevergoeding aan een derde niet dekt als de verplichting tot betaling is

gegrond op bepaalde clauses, bijvoorbeeld voor de verzekerde ongunstige exoneratieclauses, uit het contract van de verzekerde en de derde. Het kan ook zover gaan dat de verzekeraar het gebruik van bepaalde clauses voorschrijft op straffe van verval van dekking of verhoging van het eigenrisico-bedrag. In dat geval dient de verzekerde zich hiervan bij het aangaan van overeenkomsten met derden bewust te zijn.

Het vaststellen van de aansprakelijkheid in verband met automatisering gaat niet zelden gepaard met problemen over de vragen of en zo ja tot welke hoogte de ene partij aansprakelijk is ten opzicht van de ander. Voor de kosten van rechtsbijstand van de verzekerde ingeval van een gerechtelijke procedure, als gevolg van een schadeclaim, bestaat een rechtsbijstandverzekering.

## 5 Outsourcing

Wanneer een bedrijf besluit automatiseringsdeskundigen aan andere ondernemingen ter beschikking te stellen (outsourcing) is het van groot belang goede contractuele afspraken te maken over de rechten en plichten van alle betrokkenen.

---

*Rekencentrum P merkt uit publikaties in vakbladen dat steeds meer ondernemingen behoefte hebben aan ondersteuning van buitenaf bij de uitvoering van de automatiseringsactiviteiten in de onderneming. Het Rekencentrum ziet hier nieuwe mogelijkheden voor uitbreiding van haar activiteiten. Alvorens met dergelijke uitbestedings- of outsourcing-activiteiten de markt op te gaan, wil Rekencentrum P eerst de juridische voorwaarden en consequenties in kaart brengen.*

---

### 5.1 Waarom outsourcen?

Een onderneming kan om diverse redenen besluiten de automatiseringsactiviteiten niet langer door het eigen personeel uit te laten voeren, maar uit te besteden aan een bedrijf dat er (mede) in is gespecialiseerd personeel uit te besteden aan bedrijven. Dit bedrijf leent personeel in, waarvoor ook wel de Engelse term 'bodyshopping' wordt gebruikt. De eveneens Engelse term 'outsourcing' is daarvoor ook in zwang geraakt. Het gebruik daarvan redeneert meer vanuit een bedrijf, zoals Rekencentrum P, dat zijn automatiseringsactiviteit naar buiten uitbreidt, dan wel uitbestedt. Het bekende voorbeeld van een dergelijke ontwikkeling vormt de reorganisatie die in 1989 bij Heineken Nederland werd uitgevoerd. Toen daar een zeer kritisch rapport verscheen over de prestaties van de eigen automatiseringsunit, werd besloten deze unit uit te kleden en het beheer en de exploitatie

van de systemen uit te besteden aan een 'outsourcer' (zie ook Hoogeveen (1994) in deze reeks).

Vaak kennen 'outsourcers' diverse constructies voor het leveren van personeel. Er kan worden gekozen voor kortlopende projecten waarbij over het algemeen alle kosten worden doorberekend aan de inlener van het personeel. Er bestaan ook vormen waarbij langdurige outsourcingcontracten worden afgesloten en de kosten voor een deel variabel zijn. Bepaalde risico's komen dan voor risico van de uitlener. Hierbij kan worden gedacht aan de vergoeding van overuren gemaakt door de medewerker bij de uitvoering van de werkzaamheden ten behoeve van de inlener. De outsourcer zal dan in principe het risico voor deze overuren nemen. Natuurlijk kunnen afspraken worden gemaakt over de mate waarin de outsourcer dit risico draagt.

## 5.2 Juridische grondslag

Bij outsourcing zijn over het algemeen drie partijen betrokken: de outsourcer, de inlener en de ingeleende medewerker. De relatie op basis waarvan de ingeleende bij de inlener werkzaamheden gaat verrichten kan zijn:

- 1 een arbeidsovereenkomst of
- 2 een overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten.

Het centrale verschil tussen beide relaties is de *gezagsverhouding*. Bij de eerstgenoemde overeenkomst bestaat er een gezagsverhouding tussen de outsourcer en de medewerker. In ons voorbeeld zal het Rekencentrum als outsourcer op grond van de arbeidsovereenkomst met de medewerker ondermeer de bevoegdheid hebben deze instructies te geven ten aanzien van de te verrichten werkzaamheden bij een onderneming. Bij de tweede genoemde overeenkomst bestaat deze gezagsverhouding niet. Vaak zal er bij een overeenkomst tot het verrichten van diensten sprake zijn van het inlenen van een free-lancer door de outsourcer om bepaalde automatiseringswerkzaamheden bij een bedrijf te gaan verrichten.

## 5.3 De contracten

In principe kunnen twee soorten contracten worden onderscheiden. Allereerst zal het Rekencentrum een contract moeten aangaan met de medewerker die de werkzaamheden zal gaan verrichten. Zoals hiervoor besproken

zal dit of een arbeidsovereenkomst of een overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten zijn. In dit hoofdstuk zal aan deze contractsrelatie verder geen aandacht worden besteed omdat deze overeenkomsten over het algemeen weinig specifieke aspecten voor automatisering kennen. Wel willen we opmerken dat de outsourcer er op moet letten de relevante werkvergunning in orde te hebben.

Het Rekencentrum zal hiernaast een contract moeten afsluiten met het bedrijf dat automatiseringsdeskundigen wil inlenen. Het is van groot belang dat dit contract gedegen in elkaar zit zodat onverwachte risico's worden vermeden. De volgende paragraaf behandelt de onderwerpen waarover afspraken moeten worden gemaakt, d.w.z. de bepalingen in een contract. Wij zullen daarin kort aandacht besteden aan enkele belangrijke punten die bij die bepalingen in het achterhoofd moeten worden gehouden. Voor een meer gedetailleerde bespreking van enkele van de bovengenoemde bepalingen verwijzen we naar andere hoofdstukken (intellectuele eigendomsrecht, geschillenoplossing, toepasselijk recht, aansprakelijkheid).

## **5.4 De bepalingen**

### *Terbeschikkingstelling*

We stelden zoëven dat een centraal kenmerk van de arbeidsovereenkomst tussen de uitlener en de medewerker is dat de eerstgenoemde een gezagsverhouding heeft. Nu is het logisch dat ook het bedrijf dat de medewerker inleent graag een bepaalde *gezagsverhouding* over de medewerker zal willen hebben om hem zodoende instructies en aanwijzingen te kunnen geven. Het is dit belangrijke aspect dat de outsourcer en de inlener bij de bepaling rondom de terbeschikkingstelling moeten regelen. Ze zullen met andere woorden moeten afspreken voor welke periode de inlener de leiding en het toezicht over de werkzaamheden van de medewerker heeft en in welke mate de outsourcer daar nog invloed op kan uitoefenen. Ook is het verstandig de werkzaamheden die de medewerker moet gaan verrichten te omschrijven en een garantie over diens ervaring met dat type werkzaamheden.

### *Vergoedingen*

Bij het vaststellen van de vergoeding die de outsourcer ontvangt voor de mensen die hij ter beschikking stelt is het verstandig na te denken over wat

er gebeurt tijdens de ziekte van de medewerker, de overuren die deze maakt en diens vakantie- en verlofdagen.

#### *Werkdagen, werktijden, vrije dagen en standplaats*

Ook al lijkt het simpel, het is verstandig in het contract een regeling op te nemen over de uren waarop de medewerker zal werken (gewone kantooruren of niet) en zijn standplaats (eventueel met een regeling over de vergoeding van de reiskosten die hij maakt als hij voor zijn werkzaamheden op pad moet).

#### *Vervangingsregeling*

Het kan voorkomen dat de inlener niet tevreden is over de werkzaamheden van de medewerker of dat de laatstgenoemde gedurende een langere tijd afwezig is. Het is verstandig van te voren in het contract te bepalen op welk moment en op welke gronden de inlener van de outsourcer mag eisen dat de medewerker wordt vervangen door een ander.

#### *Aansprakelijkheid voor sociale premies en belastingen*

Men moet ondermeer regelen dat de uitlener garandeert de loonbelasting en premies te betalen.

#### *Vergunning*

De Arbeidsvoorzieningswet van 1991 (Arbo) is van groot belang voor outsourcing omdat die ondermeer het tegen vergoeding ter beschikking stellen van arbeidskrachten regelt. Het is op grond van de Arbo verboden zonder vergunning van de Arbeidsvoorzieningsorganisatie arbeidskrachten ter beschikking te stellen. In het contract zal de outsourcer dus moeten garanderen dat hij niet in strijd handelt met de bepalingen van de Arbo en dat hij de inlener schadeloos zal stellen voor eventuele schade die deze lijdt ten gevolge van een overtreding van de wet door de outsourcer.

#### *Non-concurrentiebeding*

Het zal duidelijk zijn dat de inlener om zijn concurrentiepositie veilig te stellen een garantie wil hebben niet alleen van de ingeleende medewerker, maar ook van de outsourcer, dat deze binnen een bepaalde termijn na het eindigen van de outsourcing geen werkzaamheden zullen verrichten ten

behoefte van derden. Soms wordt ook de afspraak gemaakt dat het de inlener niet is toegestaan de medewerker gedurende een bepaalde periode zelf in dienst te nemen.

#### *Aansprakelijkheid voor schade door een onrechtmatige daad van de medewerker*

Het kan natuurlijk voorkomen dat de ingeleende medewerker schade toebrengt aan medewerkers of materiaal van de inlener of personen van buiten tengevolge van onzorgvuldig handelen. Zo kan hij bijvoorbeeld computers vernielen. Ook op dit punt is het verstandig dat de outsourcer en de inlener hebben afgesproken wie de schade dient te vergoeden en in welke mate.

#### *Geheimhouding*

Het zal duidelijk zijn dat de inlener er zeer veel belang bij heeft dat hij de garantie krijgt dat de uitlener en medewerker de in zijn onderneming vertrouwelijke informatie niet naar buiten brengen. Hiertoe zullen in het contract goede afspraken worden neergelegd. Het betreft dan niet alleen het verbod om vertrouwelijke gegevens aan derden ter kennis te stellen, maar ook de afspraak dat de outsourcer en de medewerker daartoe geëigende maatregelen zullen nemen.

#### *Intellectuele eigendomsrechten*

Zeer belangrijk is dat de outsourcer en de inlener afspraken maken over de intellectuele eigendomsrechten op de werken (bijvoorbeeld de software) die de medewerker vervaardigt gedurende de periode dat hij aan de inlener ter beschikking is gesteld. Als er niets is geregeld komt het auteursrecht op door de medewerker bij de inlener ontwikkelde software toe aan de outsourcer. Dit is zo omdat de medewerker in dienst is van de outsourcer. Een afspraak die partijen bijvoorbeeld kunnen maken is dat de outsourcer op verzoek van de inlener het (mede)auteursrecht op de bij laatstgenoemde ontwikkelde software overdraagt. Dit moet dan wel via een onderhandse akte, dat wil zeggen een schriftelijke overeenkomst. We verwijzen voor meer details over intellectuele eigendomsrechten naar hoofdstuk 2 van dit boekje.



### *Duur en beëindiging van het contract*

Het is vanzelfsprekend dat het contract een bepaling bevat waarin de outsourcer en inlener afspreken op welk tijdstip de outsourcing-overeenkomst in werking treedt en eindigt, de duur van de overeenkomst en onder welke voorwaarden en op welke wijze een van de partijen de overeenkomst kan opzeggen.

### *Facturering en betaling*

Partijen zullen moeten afspreken op welke data de inlener aan de outsourcer de verschuldigde vergoeding moet betalen (bijvoorbeeld op welke dag in de maand), of binnen welke termijn na het ontvangen van een factuur betaald moet worden.

### *Toepasselijk recht*

Voor een bespreking van de noodzaak tot het vaststellen in het contract van het op de overeenkomst van toepassing zijnde recht verwijzen we naar hoofdstuk 2 van dit boekje.

### *Geschillenoplossing*

Ook voor nadere opmerkingen over de geschillenbeslechting verwijzen we naar hoofdstuk 1.

## 6 Het telematicacontract

Diverse maatregelen van de Europese Commissie hebben het onlangs mogelijk gemaakt om telecommunicatiediensten in concurrentie met andere ondernemingen aan te bieden. Omdat er bij het verzorgen van dit soort diensten fouten kunnen optreden is het belangrijk goede bewijsafspraken te maken over de positie van partijen bij elektronisch gegevensverkeer.

---

*Rekencentrum P wil haar marktpositie verbeteren en denkt erover om als Value Added Network (VAN) nieuwe telecommunicatiediensten te gaan aanbieden. Het management acht het van belang om van tevoren goed uit te zoeken wat er onder de huidige telecomwetgeving in dat opzicht mogelijk is. Zo hopen ze in de toekomst onverwachte problemen te voorkomen, wanneer ze de markt voor telecomdienstverlening betreden. Bovendien wil het management dat een contract wordt opgesteld met een goede regeling inzake de bewijspositie van het Rekencentrum voor het geval dat er fouten tijdens het datatransport optreden.*

---

### 6.1 Liberalisatie van telecom-diensten

Was het idee om als VAN telecommunicatiediensten aan te gaan bieden zo'n tien jaar geleden bij het Rekencentrum opgekomen, dan was daar weinig van terecht gekomen. Op dat moment hadden de nationale PTT's immers nog een allesomvattend monopolie op de telecommunicatiemarkt. De laatste jaren is daar drastisch verandering in gekomen. Belangrijkste reden hiervoor is het door de Europese Commissie gevoerde liberalisatie- en harmonisatiebeleid ten aanzien van de markten voor telecommunica-

ticapparatuur- en diensten. De openstelling van deze markten heeft ertoe bijgedragen dat er nu diverse aanbieders van telecom-diensten zijn. Omdat de liberalisatiemaatregelen van de Europese Commissie zijn gesteld op het Europese mededingingsbeleid, zullen we in de volgende paragraaf allereerst bij de belangrijkste regels ter uitvoering van dat beleid stilstaan.

### *Vrije Mededinging*

Om een vrije en open markt te garanderen gelden er binnen de Europese Unie *mededingingsregels*. De belangrijkste hiervan zijn neergelegd in artikel 85 en 86 van het EG-Verdrag. Kort gezegd komen deze regels er op neer dat samenwerkingsverbanden tussen bedrijven er niet toe mogen leiden dat de mededinging op de Europese markt wordt beperkt (art. 85) en dat bedrijven die een machtspositie op de markt bekleden geen misbruik mogen maken van deze machtspositie (art. 86).

Voor ons Rekencentrum zou dit onder meer het volgende kunnen betekenen. Als het centrum besluit om de markt van telecomnetwerkdiensten te betreden, zullen andere dienstverleners die een machtspositie op deze markt hebben het Rekencentrum hierin niet kunnen tegenwerken door hun machtspositie te misbruiken en het Rekencentrum op willekeurige gronden de toegang tot het netwerk te weigeren. De toegang tot het netwerk mag niet afhankelijk worden gesteld van voorwaarden die geen verband houden met het telecomnetwerk (zogenaamde 'bijkomende prestaties').

Wel kan het Rekencentrum de toegang tot het netwerk worden geweigerd als het niet voldoet aan bepaalde objectieve criteria die aan alle netwerkgebruikers worden gesteld, bijvoorbeeld het voldoen aan bepaalde beveiligingsmaatregelen of technische eisen. Vermoedt het Rekencentrum dat er sprake is van een mededingingsbeperkende situatie, dan kan het een klacht bij de Europese Commissie indienen.

Mocht het Rekencentrum besluiten voor de telecommunicatiediensten een samenwerkingsrelatie met een ander bedrijf aan te gaan, dan zullen beide bedrijven er nauwlettend op moeten toezien dat dit samenwerkingsverband geen beperkingen aan de mededinging op de telecom-markt stelt. Dit zal vooral het geval zijn wanneer er afspraken worden gemaakt die verder gaan dan de technische afspraken met betrekking tot de berichtenuitwisseling. Ook afspraken over wie tot een telecommunicatienetwerk wordt toegelaten kunnen mededingingsbeperkend zijn. Dit zal met name het

geval zijn als de afspraken niet-objectief zijn vastgesteld of discriminerend zijn.

### *Telecomregulering*

Zonder er uitvoerig op in te gaan, willen we hier kort de belangrijkste regelingen noemen die van belang zijn voor het verkrijgen van een goed inzicht in wat er op dit moment wel en niet in concurrentie is aan te bieden op de telecommunicatiemarkt.

### *Liberalisering markt*

Allereerst zijn dat de richtlijnen tot liberalisering van de markt van telecommunicatie-eindapparatuur en -diensten. Met de aanneming van de '*eind-apparatuurrichtlijn*' in 1988, moest in diverse stadia de markt voor apparaten als telefoontoestellen, mobilofoons, telefaxapparaten, modems, enzovoort worden geliberaliseerd. Om te zorgen dat het vrijlaten van deze markt de noodzakelijke standaardisatie van deze apparaten niet in de wien zou rijden, nam de Europese Commissie tevens maatregelen voor de onderlinge erkenning tussen de lidstaten van de conformiteit van de apparaten.

### *Dienstenrichtlijn*

Specifiek voor de plannen van het Rekencentrum is met name de in 1990 door de Commissie uitgevaardigde '*dienstenrichtlijn*' van belang. Met deze richtlijn werd de concurrentie op de markt van telecommunicatiediensten opengesteld. Hierdoor beschikten de nationale PTT's niet langer over een monopolie op dit terrein.

### *Vrije toegang: ONP-richtlijn*

Omdat de telecommunicatie-infrastructuur, het openbare netwerk waarover de diensten plaatsvinden, nog wel tot het monopolie van de nationale PTT's bleef behoren, moesten er aanvullende maatregelen komen om de vrije toegang tot deze openbare netwerken te garanderen.

In dit kader kwamen de richtlijnen met betrekking tot de *Open Network Provisions* (ONP-richtlijnen) tot stand. Deze richtlijnen bepalen dat de toegang tot de openbare netwerkinfrastructuur volgens objectieve, niet-discriminatoire en doorzichtige criteria dient plaats te vinden. Deze criteria zijn juist daarom van belang omdat, zoals aangegeven, het openbare netwerk veelal nog in handen is van de nationale PTT's. Besluit het Rekencentrum bepaalde diensten als VAN te gaan aanbieden en moet het daartoe toegang hebben tot het openbare netwerk, dan zal de verantwoordelijke

manager er goed op moeten letten dat de bovenstaande criteria worden toegepast op de gebruiksvoorwaarden van een netwerk, de tarieven alsmede de technische vereisten voor toegang tot een netwerk.

De nationale PTT, die dus nog steeds monopolist is waar het gaat om het aanbieden van de openbare telecommunicatie-infrastructuur, kan dus niet tegengaan dat aanbieders van toegevoegde-waarde-diensten, zoals het Rekencentrum dat van plan is, gebruik maken van het openbare telecommunicatienet. De Open Network Provisions hebben betrekking op diverse segmenten van de telecom-markt: huurlijnen, pakket- en circuitgeschakelde datanetwerkdiensten, telexdiensten, mobiele diensten en ISDN (Integrated Services Digital Network). Met de komst, in juni 1992, van de ONP-richtlijn voor huurlijnen zijn de mogelijkheden voor PTT om voorwaarden te stellen aan de levering van huurlijnen sterk ingeperkt.

Wanneer de regels in de toekomst in de nieuwe *Wet op de telecommunicatievoorzieningen* zijn opgenomen, zal ook het nu nog geldende verbod tot wederverkoop van huurlijnen zijn verdwenen. Dit zal voor het Rekencentrum opnieuw een aanzienlijke uitbreiding van het pakket aan mogelijkheden tot commerciële dienstverlening op de telecom-markt betekenen.

#### *Standaardisatie*

Een goede telecommunicatievoorziening kan niet zonder standaardisatie. Het vermogen om met elkaar te 'communiceren' en samenwerken vereist dat de diverse componenten van een telecomsysteem (software, netwerk-systemen, apparatuur, enzovoort) gestandaardiseerd zijn. Het definiëren van normen voor de functies van deze systemen en de wijze van interactie met, en tussen, systemen (interfaces) vormen een belangrijk onderdeel bij de realisatie van standaarden. Gezien het toenemende internationale belang van telecommunicatie zullen de afspraken aangaande deze normen niet tot de landsgrenzen beperkt kunnen blijven. De Europese Unie is daarom ook een belangrijk initiatiefnemer als het om standaardisatie gaat.

Partijen kunnen om diverse redenen besluiten met elkaar samen te werken bij de ontwikkeling van telecommunicatie-standaarden. Het delen van de vaak enorme ontwikkelingskosten kan hiervoor een belangrijk argument zijn. Echter, het gezamenlijk ontwikkelen (en eventueel exploiteren) van een standaard kan de concurrentie-verhoudingen op de IT-markt verstoren en in die zin in strijd komen met het door de Europese Unie gevoerde mededingingsbeleid. Een en ander betekent voor ons voorbeeld van het Rekencentrum dat, wil het eventueel met andere rekencentra gaan samen-

werken voor de ontwikkeling van bepaalde gestandaardiseerde telecommunicatiecomponenten, het bij deze overeenkomsten rekening zal moeten houden met de consequenties van het mededingingsbeleid. In paragraaf 1.1 is reeds aangegeven dat samenwerkingsverbanden tussen bedrijven er niet toe mogen leiden dat de mededinging op de Europese markt wordt beperkt (art. 85). Is dat wel het geval, dan zal de Europese Commissie deze samenwerking verbieden. Houdt men zich niet aan dit verbod dan kunnen er aanzienlijke boetes worden opgelegd. Belangrijk voor ons voorbeeld is wel dat de Europese Commissie van mening is dat samenwerking ten behoeve van standaardisatie zodanige maatschappelijke voordelen kan opleveren dat ondanks het feit dat deze samenwerking de mededinging verstoort het toch toegestaan is. Het publieke belang is namelijk een belangrijk criterium op grond waarvan de Europese Commissie in bepaalde gevallen uitzonderingen maakt op de algemene regels inzake de mededinging.

## 6.2 Bewijsaspecten

Indien ons Rekencentrum besluit bepaalde telecommunicatiediensten te gaan aanbieden zal het er rekening mee moeten houden dat er dingen mis kunnen gaan. Het gebruik van telecommunicatievoorzieningen brengt immers risico's met zich ten aanzien van de betrouwbaarheid en beschikbaarheid van de gegevensuitwisseling. Berichten kunnen onbevoegd of dubbel worden verzonden, ze kunnen afdwalen, verloren gaan, of verminkt worden. Over de vraag wie moet opdraaien voor de schade die ten gevolge van dergelijke fouten en problemen ontstaat, kunnen conflicten rijzen. Bij het beoordelen van dergelijke conflicten zullen de regelingen van het bewijsrecht in ogenschouw genomen moeten worden. Voor het Rekencentrum is het daarom zaak haar positie bij de bewijsvoering over wat er al dan niet is misgegaan en wie hiervoor verantwoordelijk is, zo goed mogelijk te regelen. Dat kan door middel van een contract. Alvorens de mogelijkheden hiervoor toe te lichten, bespreken we allereerst kort de belangrijkste uitgangspunten van ons Nederlandse bewijsrecht.

### *Vrij bewijsstelsel*

Ons civiele bewijsrecht, sedert 1 april 1988 geregeld in de artikelen 176 en volgende van het *Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering* (Rv), stelt dat het bewijs kan worden geleverd met alle middelen tenzij de wet anders bepaalt (artikel 179, eerste lid, Rv). De wetgever heeft zich onthouden van

het expliciet noemen van bewijsmiddelen, hetgeen betekent dat naar Nederlands recht materiaal voortgebracht met behulp van computertechnieken, waaronder telecommunicatietechnieken, in z'n algemeenheid als bewijsmiddel toelaatbaar is.

Nu bewijsmateriaal aangeleverd via een telecommunicatiesysteem in een procedure toelaatbaar is, is de volgende vraag wat de *bewijskracht* van dergelijk materiaal is. Uitgangspunt is hier dat de rechter en partijen, binnen de beperkingen gesteld door de wet, vrij zijn in bewijskwesities. In tegenstelling tot de strafrechter is de civiele rechter slechts bij uitzondering gebonden in de waardering van het bewijs. Voorbeelden van gebondenheid zijn de middelen van dwingend bewijs (bijvoorbeeld de akte) en de bewijsovereenkomsten gesloten door partijen.

Centraal bij de waardering van het bewijs staat de *betrouwbaarheid van het aangeleverde materiaal*. Voor ons Rekencentrum betekent dit dat de betrouwbaarheid van het telecombewijsmateriaal door de rechter zal worden beoordeeld aan de hand van de geïntroduceerde beveiligings-, registratie-, controle- en kwaliteitsprocedures. Te denken valt hier aan logische en fysieke toegangsbeveiliging en aan (asymmetrische) gegevensencryptie voor het waarborgen van de exclusiviteit van de berichten. Aandacht verdienen tevens controles op de *volledigheid, juistheid en tijdigheid* van berichten om de integriteit van de gegevensuitwisseling vast te stellen. Vanwege het belang van deze aspecten zullen we er hier iets dieper op ingaan.

#### *Identificatie en authenticatie*

Omdat partijen zich bij het verzenden van berichten via een telecommunicatienetwerk niet met behulp van een schriftelijke handtekening als afzender van een bericht kunnen identificeren, zullen zij daartoe andere *identificatietechnieken* moeten gebruiken. Met name voor bewijskwesities is het van belang dat partijen hierover contractuele afspraken maken. Zo kunnen ze afspreken welke alternatieve identificatiemiddelen ze zullen gebruiken (codes of bepaalde encryptietechnieken).

Hiernaast kunnen ze in het contract hun wederzijdse verplichtingen neerleggen betreffende de geheimhouding van de eigen identificatiemiddelen en die van de wederpartij.

Tenslotte kan een procedure in het contract worden opgenomen volgens welke tot een regelmatige vernieuwing van de identificatiemiddelen wordt overgegaan. Op deze wijze wordt de kans op misbruik verkleind.

Naast goede procedures voor identificatie is het voor bewijskwesities ook van belang dat er afspraken worden gemaakt over de *authenticatie* van

berichten, dat wil zeggen de mogelijkheid tot het bepalen of de inhoud van het ontvangen bericht overeen stemt met de inhoud van het verzonden bericht. Zo doen partijen er goed aan bepaalde procedures af te spreken die het hun mogelijk maken vast te stellen of de inhoud van het bericht ergens voor de ontvangst van inhoud is veranderd. Dit kan bijvoorbeeld door aan het bericht codes toe te voegen, zoals de som van het aantal letters en cijfers. Aan de hand van deze codes kan de ontvanger de integriteit van het bericht controleren. Ontdekt de ontvanger via deze procedure dat er veranderingen in het bericht zijn geslopen, dan zou het contract hem kunnen verplichten dit binnen een vastgestelde termijn aan de wederpartij te melden.

Als voorbeeld van een contractsbepaling die de ontvangstbevestiging regelt, noemen we hier artikel 4 van de modelovereenkomst voor elektronisch berichtenverkeer, de ‘EDI-overeenkomst’, zoals die in 1991 door Ediforum Nederland is opgesteld. Het eerste lid bepaalt:

*‘Naast de bevestigingen, die deel uitmaken van de telecommunicatieprotocollen, kan de afzender van een EDI-bericht uitdrukkelijk aan de ontvanger om een bevestiging van de ontvangst van het bericht vragen. Als alternatief kunnen partijen ook in de Technische Bijlage bepalen in welke gevallen verzonden en ontvangen berichten onderwerp zullen zijn van een ontvangstbevestiging.*

*Op een bericht dat dient te worden bevestigd zal niet worden gehandeld voordat aan het verzoek tot bevestiging is voldaan.’*

Het tweede lid van artikel 4 luidt vervolgens:

*‘De ontvangstbevestiging van een EDI-bericht dient te worden verzonden binnen de termijn die daarvoor is bepaald in de Technische Bijlage, tenzij partijen anders zijn overeengekomen. Indien geen specifieke tijdslimieten zijn overeengekomen of zijn vastgelegd in de Technische Bijlage zal de ontvangstbevestiging binnen één werkdag na de dag waarop het te bevestigen bericht is ontvangen worden verzonden.*

*Indien de afzender de ontvangstbevestiging waarom hij heeft verzocht of die is overeengekomen niet ontvangt binnen de tijdslimiet, is hij gerechtigd om het bericht als nietig te beschouwen, mits hij de geadresseerde hiervan in kennis stelt.’*

### **Bewijslast**

Een belangrijke vraag bij een geschil is wie het bewijs moet leveren. Uitgangspunt van het bewijsrecht is: ‘wie stelt, moet bewijzen’. Stelt derhalve



een afnemer van de telecomdiensten dat het Rekencentrum onvoldoende maatregelen heeft getroffen voor de accuratesse en beveiliging van het netwerk, waardoor er tijdens de transmissie fouten zijn opgetreden, dan zal de afnemer deze stelling moeten bewijzen.

Toch moet het Rekencentrum er rekening mee houden dat het van de rechter de opdracht kan krijgen bepaalde dingen aan te tonen. Er kan zich namelijk het probleem voordoen dat het de afnemer ontbreekt aan de noodzakelijke 'know-how' omtrent de werking, beveiliging, enzovoort, van het netwerk. De rechter kan in dit geval, zich baserend op de eisen van redelijkheid en billijkheid ten aanzien van de bewijslast (art. 177 Rv), de bewijslast op het Rekencentrum leggen of van haar verlangen de voor de bewijsvoering vereiste gegevens te verschaffen.

#### *De bewijsovereenkomst*

Zoals we reeds aangaven, kan het Rekencentrum haar bewijspositie versterken door over de bewijsvoering en de bewijslast contractuele afspraken te maken met de afnemer van telecomdiensten. Dit kan door in een zogenaamde bewijsovereenkomst te bepalen welke bewijskracht aan een bepaald bewijsmiddel dient te worden toegekend en op wie de bewijslast voor bepaalde stellingen ligt. In principe moet een rechter aan een dergelijke bewijsovereenkomst gehoor geven. Alleen indien de overeenkomst, of het beroep daarop, in strijd met de wet of de 'redelijkheid en billijkheid' is kan de rechter de overeenkomst naast zich neer leggen. Een voorbeeld van een bewijsovereenkomst is de volgende:

*'Tussen partijen zullen berichten welke via telecomvoorzieningen zijn verstuurd dezelfde bewijskracht hebben als een onderhandse akte, op voorwaarde dat deze berichten zijn verzonden met een digitale handtekening.'*

Op grond van een dergelijke bepaling zal de rechter de juistheid van de berichten als vaststaand moeten accepteren, tenzij het tegendeel wordt bewezen.

### **6.3 Bescherming persoonsgegevens en overige aspecten**

In het voorgaande kwamen de belangrijkste aspecten aan de orde die spelen op het moment dat het Rekencentrum besluit telecommunicatiediensten aan te bieden. We wijzen erop dat bij de onderhandelingen over het contract dat het Rekencentrum afsluit met een afnemer van de diensten

nog vele andere punten ter sprake moeten komen. Eén van deze punten is de *bescherming van persoonsgegevens*. Zoals bekend kent Nederland sinds enkele jaren de *Wet Persoonsregistraties* (WPR) waarin regels zijn opgenomen betreffende het gebruik van persoonsgegevens. Persoonsgegevens mogen alleen worden gebruikt en aan derden ter beschikking worden gesteld voorzover dat in overeenstemming is met het *doel* van de registratie waarin deze gegevens zijn opgenomen. Alhoewel het de registratiehouder zelf is die dit doel bepaalt, zullen de diverse bepalingen van de WPR hierbij toch door het rekencentrum in acht genomen moeten worden. In principe moeten persoonsregistraties worden aangemeld bij de Registratiekamer te Rijswijk. Vele registraties zijn echter van deze aanmeldingsplicht uitgesloten. In de toekomst zal de WPR worden gewijzigd omdat er op Europees niveau een Richtlijn in de maak is, waarmee de diverse wetten van de lid-staten van de Europese Unie worden geharmoniseerd. Voor ons Rekencentrum is het van belang dat in het contract een bepaling wordt opgenomen waarin partijen vastleggen te handelen in overeenstemming met de WPR en waarin zij hun aansprakelijkheid regelen wanneer er iets mis gaat tijdens de transmissie van de persoonsgegevens.

Verder dient bij het opstellen van de overeenkomst voor het verrichten van telecommunicatiediensten tevens op de volgende aspecten te worden gelet: overheidsaanbestedingen (hoofdstuk 3), aansprakelijkheid (hoofdstuk 1), beveiliging (hoofdstuk 2), intellectuele eigendom (hoofdstuk 2), verzekering (hoofdstuk 4), en geschillenbeslechting (hoofdstuk 1).

## 7 Organisaties

Er zijn in Nederland en België enkele instituten en organisaties die zich bezighouden met automatisering en recht.

### Universitaire instituten

- Universiteit van Amsterdam, Instituut voor Informatierecht (IVIR), Postbus 1030, 1000 BA Amsterdam.
- Vrije Universiteit Amsterdam, Instituut voor Informatica en Recht, De Boelelaan 1105, 1081 HV Amsterdam.
- Rijksuniversiteit Groningen, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Vakgroep Rechtstheorie, Sectie Rechtsinformatica, Postbus 716, 9700 AS Groningen.
- Rijksuniversiteit Leiden, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Vakgroep Recht en Informatica, Postbus 9521, 2300 RA Leiden.
- Katholieke Universiteit Leuven, Interdisciplinair Centrum voor Recht en Informatica, Tiensestraat 41, B-3000 Leuven.
- Rijksuniversiteit Limburg, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Vakgroep Metajuridica, Postbus 616, 6200 MD Maastricht.
- Katholieke Universiteit Nijmegen, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Vakgroep Rechtsinformatica, Postbus 9049, 6500 KK Nijmegen.
- Erasmus Universiteit Rotterdam, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Vakgroep Rechtshistorie, Rechtsvergelijking en Jurimetrie, Postbus 1738, 3000 DR Rotterdam.
- Katholieke Universiteit Brabant, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Afdeling Recht & Informatica, Postbus 90153, 5000 LE Tilburg.
- Rijksuniversiteit Utrecht, Centrum voor Beleid en Management, Muntstraat 2A, 3512 EV Utrecht.

### **Consultancy-organisaties**

- Computer Uitwijk Centrum, Postbus 2228, 8203 AE Lelystad.
- Escrow Europe B.V., Herengracht 469, 1017 BS Amsterdam.
- Escrow Europe B.V., Avenue Louise 207/10, B-1050 Brussel.
- KPMG Klynveld EDP Auditors, Postbus 83024, 1080 AA Amsterdam.
- Softcrow B.V., Postbus 12161, 1100 AD Amsterdam.

## Verder lezen

### *Automatiseringsovereenkomsten, algemeen*

- Visinescu-Voskamp, E.C. (red.), *Lezingenbundel Informaticarecht*, Antwerpen/Deventer: Kluwer, 1989.
- Graaf, F. de et.al., *Juridische aspecten van netwerken*, Amsterdam: Nederlandse Vereniging voor Informatica en Recht, 1990.
- Graaf, F. de (red.), *Hoofdstukken Informaticarecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom Tjeenk Willink, 1990.
- Franken, H., H.W.K. Kaspersen, A.J. de Wild (red.), *Recht en Computer*, Deventer: Kluwer 1992.
- Klaauw-Koops, F.A.M. van der, S.F. Corvers, *Informaticarecht, een praktische handleiding*, Zwolle: Tjeenk Willink, 1993.
- Esch, R.E. van, J.E.J. Prins (red.), *Recht en EDI. Juridische aspecten van elektronisch berichtenverkeer*, Deventer: Kluwer, 1993.
- Mollema, K.Y., H. Franken, A.H.M. de Groot, J. Pasmooij, A.J.M. Werring, *Computercriminaliteit: De wetgeving, de gevolgen voor bedrijven en de accountant*, Deventer: Kluwer, 1993.
- Neisingh, A.W., A.M.Ch. Kemna (red.), *Twintig over informatietechnologie en recht*, Alphen aan den Rijn: Samsom Bedrijfsinformatie, 1993.
- Wiemans, F.P.E. (red.), *Commentaar op het wetsvoorstel Computercriminaliteit*, Maastricht 1992.
- Berkvens, J.M.A., R.E. van Esch, H. Franken, C.F. van Geest en F.V.B.M. Mutsaerts (red.), *Automatiseringscontracten. Modellen voor de praktijk*, Deventer: Kluwer, 1994 (losbladige).
- Franken, H. et.al. (red.), *Handboek Informatiebeveiliging*, Alphen aan den Rijn: Samsom, 1994 (losbladig).

## Lease

- Beckman H. en A.W.A. Joosen, *Leasing van roerend en onroerend goed*, Leiden/Antwerpen 1988.
- Siegel P., 'Niet kopen, wel gebruiken: Lease', in: *Informatie* jaargang 35 (1993), nr. 4 (pp. 268-276) en nr. 5 (pp. 331-336).
- Geest, C.F. van, 'Lease-overeenkomsten C4.1, C4.2 en C4.3', in: Berkvens J.M.A., R.E. van Esch, H. Franken, C.F. van Geest en F.V.B.M. Mutsaerts (red.), *Automatiseringscontracten, modellen voor de praktijk*, Deventer: Kluwer, 1994 (losbladige).
- Klaauw, F. van der, 'Software-lease', in: *Informatie* jaargang 35 (1993), nr. 4, pp. 277-279.
- Thole E.P.M., 'Haken en ogen aan leasing van software', in: *Computerrecht* 1994, nr. 1, pp. 5-9.

## Aanbestedingen

- De Europese openbare aanbestedingsrichtlijnen:
- De richtlijn 'werken' 93/37/EEG van 14.6.1993, Pb. EG L 199, 54 van 9.8.93.
- De richtlijn 'leveringen' 93/36/EEG van 14.6.1993, Pb. EG L 199, 1 van 9.8.93.
- De richtlijn 'diensten', 92/50/EEG van 18.6.1992, Pb. EG L 209, 1 van 24.7.92.
- De richtlijn 'uitgesloten sectoren' (water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie) ook wel genoemd de richtlijn 'nutsbedrijven' 93/38/EEG van 14.6.1993, Pb. EG L 199, 84 van 9.8.93.
- Klaauw-Koops, F.A.M. van der en S.F.M. Corvers, *Informatierecht, Overheidsaanbestedingen en de Informatietechnologie*, Zwolle, 1994.

## Escrow

- Kemna, A.M.Ch., 'Softwarezekerheden: programmatuur, financiële zekerheid en escrow', in: *Dossier Onderneming & Automatisering, Account/Advies*, 1993, nr. 12.

## Onderhoud

- Berkvens, J.M.A. en Alkemade, 'Softwarebescherming: het leven na de richtlijn', in: *BIE*, nr. 8/9, pp. 231 e.v.

Drie onderhoudscontracten in:

Berkvens J.M.A., R.E. van Esch, H. Franken, C.F. van Geest en F.V.B.M. Mutsaerts (red.), *Automatiseringscontracten, modellen voor de praktijk*, Deventer: Kluwer, 1994 (losbladig).

### Verzekering

Fransen van de Putte, A.S., 'Automatiseren en verzekeren', in: *Hoofdstukken informaticarecht* onder redactie van De Graaf en Berkvens, derde druk, Alphen aan den Rijn, 1991.

Prins, J.E.J., 'Automatiseringscontracten (E.3.7.) Overeenkomst betreffende een beroepsaansprakelijkheidsverzekering voor computer-service- en softwarebureaus', in: Berkvens J.M.A., R.E. van Esch, H. Franken, C.F. van Geest en F.V.B.M. Mutsaerts (red.), *Automatiseringscontracten, modellen voor de praktijk*, Deventer: Kluwer, 1994 (losbladig).

### Outsourcing

'Bodyshopping overeenkomst', in: Berkvens J.M.A., R.E. van Esch, H. Franken, C.F. van Geest en F.V.B.M. Mutsaerts (red.), *Automatiseringscontracten, modellen voor de praktijk*, Deventer: Kluwer, 1994 (losbladig).

Engelenburg, H., 'Outsourcing is geen financieel instrument', in: *Automatisering Gids*, 16 september 1994.

Hoogeveen, D., *De praktijk van outsourcing*, Deventer: Kluwer Bedrijfswetenschappen, 1994.

### Telematicacontracten

Graaf, F. de, et.al., *Juridische aspecten van netwerken*, Amsterdam: Nederlandse Vereniging voor Informatica en Recht, 1990.

Hidma T.R., 'Bewijsaspecten van Computergebruik in Civilibus', in: Franken H., H.W.K. Kaspersen, A.J. de Wild (red.), *Recht en Computer*, Kluwer 1992, pp. 346-360.

Duijvenvoorde, G.P. van, 'Europees Telecommunicatierecht', in: *Recht en Computer*, Kluwer 1992, pp. 220-239.

Kaspersen, H.W.K., 'Telematica', in: *Recht en computer*, Kluwer 1992, pp. 140-196.

Esch, R.E. van, 'Het elektronisch identificatiemiddel en volmacht', in: *Nederlands Juristenblad* 1992 no. 33, pp. 1073-1080.

- Prins, J.E.J., 'Bewijsaspecten rondom EDI', in: Esch, R.E. van, J.E.J. Prins (red.), *Recht en EDI. Juridische aspecten van elektronisch berichtenverkeer*, Deventer: Kluwer, 1993, pp. 95-113.
- Knobbout-Bethlem, Ch., 'Telecommunicatieregulering en de positie van PTT Telecom', in: Esch, R.E. van, J.E.J. Prins (red.), *Recht en EDI. Juridische aspecten van elektronisch berichtenverkeer*, Deventer: Kluwer, 1993, pp. 177-196.
- Kemna, A.M.Ch., 'Juridische aspecten van identiteit, authenticiteit en integriteit bij EDI', in: Esch, R.E. van, J.E.J. Prins (red.), *Recht en EDI. Juridische aspecten van elektronisch berichtenverkeer*, Deventer: Kluwer, 1993, pp. 85-94.
- Geus M.J., 'Problemen rondom telecommunicatieregulering', in: *Dossier Onderneming & Automatisering*, 's-Hertogenbosch 1993, pp. 29-33.



## Register

- aanvaarding 34
- algemene voorwaarden 17
- Arbeidsvoorzieningswet 62
- arbitrage 20
- Arbo 62
- auteursrecht 24, 29, 33
- Auteurswet 29
- automatiseringscontract 12
- Aw 29
  
- back-up 30
- beveiliging 25
- bewijslast 15
- broncode 30, 52
- Burgerlijk Wetboek 23
- BW 23
  
- conformiteit 24
- contract 12
- contractsvrijheid 12
- cryptografie 27
  
- documentatie 52
  
- entire agreement clause 14
- escrowagent 55
- escrowovereenkomst 54
- Europese richtlijnen 42
- exoneraties 15
  
- faillissement 54
- FENIT 17
- financial leasing 38
  
- gebruik 34
  
- inspanningsverplichting 16
- ISDN 68
  
- koop 23
  
- leasing 37
- lessee 38
- lessor 38
- licentie 31
- licentie, exclusieve – 31
- licentie, shrink wrap – 32, 35
  
- mededingingsregels 66
- minitrial 20
  
- NAI 20
- Nederlands Arbitrage  
Instituut 20
  
- objectcode 30
- onderhoud 49
- ONP-richtlijnen 67
- Open Network Provisions 67

openbaarmaken 29  
operational leasing 38  
outsourcing 59  
overheid 41

precontractuele fase 13

rechter 19  
Registratiekamer 73  
resultaatsverplichting 16  
reverse engineering 30  
Rv 69

schade 14  
SGOA 20  
shrink wrap-licentie 32, 35  
source-code 30, 52  
Sr 25  
Stichting Geschillenoplossing  
Automatisering 20

telecommunicatiediensten 65  
tenderen 46

titelonderzoek 52  
toepasselijk recht 21

Value Added Network 65  
VAN 65  
verveelvoudiging 30  
verzekering 56  
vierhoekenbeding 14  
voorwaarden 34

Wetboek van Burgerlijke  
Rechtsvordering 69  
Wetboek van Strafrecht 25  
Wet Gemeentelijke  
Basisadministraties 26  
Wet op de Telecommunicatie-  
voorzieningen 27  
Wet Persoonsregistraties 26, 73  
Wet Politierregisters 26  
WGBA 26  
WPolR 26  
WPR 26, 73  
WTV 27

## Topics in IT

wordt uitgegeven onder auspiciën van de redactie  
van **Informatie**, maandblad voor gegevensverwerking

De serie *Topics in IT* is primair bestemd voor automatiseringsmanagers en -adviseurs. De bondige, praktische informatie in *Topics in IT* brengt u snel en compleet op de hoogte van de stand van zaken rond belangwekkende IT-onderwerpen.

### IT-contracten: Overeenkomsten in de automatisering

Dit boekje behandelt een aantal praktische problemen en valkuilen die zich kunnen voordoen wanneer u een automatiseringscontract wilt afsluiten. Wat komt er zoal kijken bij het sluiten van een contract? Wat voor contracten sluit men ongemerkt bij de aankoop van software? Welke waarde heeft de daarbij gebruikelijke shrink wrap-licentie? Wat komt er kijken bij een lease- of een onderhoudscontract? Hoe regel je outsourcing? Welke punten zijn belangrijk bij het elektronische gegevensverkeer? Vragen waarop dit boekje, mede aan de hand van een aantal concrete, herkenbare praktijkvoorbeelden, een antwoord geeft.

### De auteurs

Mr. F.A.M. van der Klaauw-Koops is werkzaam bij de Afdeling Recht & Informatica aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Rijksuniversiteit Leiden. Prof. mr. J.E.J. Prins is verbonden aan het Centrum voor Recht en Informatisering van de Katholieke Universiteit Brabant, alsmede de Afdeling Recht en Informatica van de Rijksuniversiteit Leiden.

Beide auteurs hebben een groot aantal publikaties op hun naam staan op het terrein van 'informatica en recht'.

NUGI 855

ISBN 90-267-2062-9



9 789026 720628