

Nederland ICT vernieuwde eerder dit jaar zijn standaard leveringsvoorwaarden voor ICT-bedrijven. Veel afnemers beschouwen dergelijke Algemene Leveringsvoorwaarden als een van hoger hand gegeven regeling, maar dat is het niet. Je kunt er tegenin gaan. En daar zijn zo hier en daar goede argumenten voor aan te voeren.

door: ROLF ZAAL / R.ZAAL@AUTOMATISERINGGIDS.NL beeld: SHUTTERSTOCK

Nederland ICT Voorwaarden onder de loep

22 bepalingen om een streep door te zetten

Door AutomatiseringGids geraadpleegde juristen oordelen over het algemeen positief over de nieuwe set algemene leveringsvoorwaarden die Nederland ICT eerder dit jaar vrijgaf. Ze zijn niet alleen leesbaarder en compacter, maar op een aantal punten ook wat redelijker voor de opdracht-

gevers. Zo zijn er minder *sole remedy*-bepalingen; bepalingen die verhinderen dat een ontevreden opdrachtgever een leverancier bij falen tot een hernieuwde poging kan dwingen. Ook worden nieuwe werk- en leveringsvormen zoals Agile en cloud-delivery in de nieuwe voorwaarden duidelijker ondersteund.



Maar behalve lof is er ook de kanttekening dat het nog altijd erg nadrukkelijk leveringsvoorwaarden zijn die op veel punten wel erg eenzijdig de belangen van de leveranciers dienen. Kijk voor je tekent, eerst nog eens goed naar bijvoorbeeld de volgende bepalingen.

Kostprijs verhogen (Artikel 3.5)

ICT-advocaat Polo van der Putt van Vondst Advocaten vindt dat de voorwaarden die Nederland ICT voorstelt wel heel weinig verplichtend zijn voor leveranciers. Zo regelt artikel 3.5 dat de leverancier op ieder moment dat het hem uitkomt de kostprijs naar eigen goeddunken kan verhogen. Het enige verweer van de klant is dat hij de overeenkomst kan opzeggen, maar dat is meestal geen reële optie. In de IT kunnen de kosten voor een nieuwe aanbesteding soms wel oplopen tot meer dan 10 procent van de contractwaarde.

Geen recht betalingen op te schorten (Artikel 3.6)

Nog even niet betalen is voor een opdrachtgever vaak een prima middel om een leverancier te dwingen zijn klacht serieus te nemen. Daarom doen opdrachtgevers er goed aan om een streep te halen door artikel 3.6 van de Nederland ICT Leveringsvoorwaarden. Daarin wordt afstand gedaan van het recht tot opschorten van betaling als de klant terecht van mening is dat de leverancier z'n afspraken niet nakomt. Van der Putt: "De wet beschermt de leverancier al tegen verzuim door de klant. Daar hoeft Nederland ICT wat mij betreft niet nog eens deze forse schep bovenop te doen."

Retentierecht op data (Artikel 8.4)

Terwijl de Voorwaarden de klant op verschillende plaatsten belangrijke rechten ontnemen krijgt de leverancier er in artikel 8.4 juist een belangrijk recht bij: "Leverancier kan (...) databestanden onder zich houden, ondanks een bestaande verplichting tot afgifte of overdracht". Dit zogeheten retentierecht voor leverancier heeft tot gevolg dat een opdrachtgever weliswaar naar de rechter kan stappen, maar hangende het geschil – en daaraan gekoppeld de betaling – kan hij niet over zijn data beschikken. "Een klant kan daardoor volkomen met de rug tegen de muur belanden", constateert Van der Putt. "Als die data nodig zijn voor de bedrijfsvoering moet er te allen tijde de mogelijkheid zijn om met de



bestaande data en programmatuur over te stappen naar een andere leverancier. Niet akkoord gaan met deze bepaling, zou ik dus zeggen." Het is met het oog op mogelijke calamiteiten of faillissement van de provider trouwens sowieso een overweging waard data structureel te laten back-uppen op je eigen systemen of bij een onafhankelijk derde partij.

Keuzerisico voor de klant (Artikel 11.2)

Dit artikel deponereert het risico van de selectie van de te leveren technologie of diensten eenzijdig op het bord van de klant. Van der Putt vindt dat allerminst vanzelfsprekend. "We weten dat met name in de IT bijna niets stand-alone werkt. Alles draait om interoperabiliteit, op een wijze die voor niet-ingewijden vaak niet te doorgronden is. Dan vind ik dat je erop moet kunnen vertrouwen dat de leverancier actief met de klant meedenkt en zich afvraagt of dit, in die context, voor die klant, gaat werken. Die verwachting lijkt me eens te meer gewettigd in het licht van de gewoonte van veel IT-bedrijven om hun salesmensen als 'consultant', 'adviseur' of 'specialist' aan te prijzen. De bepaling staat overigens ook haaks op een ontwikkeling als prestatie-inkoop, waarbij het expliciet de bedoeling is dat de leverancier vaststelt wat de opdrachtgever nodig heeft."

Vrijblijvende deadlines (Artikel 14.1)

Stelt u prijs op tijdige oplevering van diensten of producten? Maak dan ook bezwaar tegen artikel 14.1, want dat bepaalt dat de leverancier deadlines niet echt hoeft te halen, het volstaat hier dat hij zijn best doet. Deze vrijblijvendheid voor de leverancier gaat volgens Van der Putt veel verder dan de al bij wet geregelde mogelijkheid van een beroep op overmacht.

Altijd herkansing (Artikel 14.3 en 15.1)

Deze bepalingen komen erop neer dat de opdrachtgever z'n leverancier te allen tijde een herkansing zou moeten bieden. Dus als geleverde software niet werkt of een beloofde beschikbaarheid wordt niet waargemaakt, dan krijgt de leverancier een redelijke termijn om het alsnog in orde te maken. "Zo'n gele kaart voordat de leverancier het veld uit wordt gestuurd, is op zich wel een sympathieke verworvenheid van onze poldercultuur", oordeelt Van de Putt. "Maar er zijn natuurlijk heel veel processen waarbij nakoming in tweede instantie helemaal niet mogelijk is. Denk bijvoorbeeld aan een website die juist gedurende de looptijd van een evenement of een reclamecampagne uit de lucht was: gemiste verkoopkansen die waarschijnlijk nooit meer terug komen. Of dataverlies door het achterwege blijven van een afgesproken back-up. Of openbaarwording van privacygevoelige data als gevolg van een beveiligingsmankement. Wat schiet de opdrachtgever in dergelijke gevallen op met een ingebrekestelling? Dan wil je gewoon aansprakelijk stellen of de overeenkomst ontbinden." (Dit onverlet eventuele boete's, zoals gesuggereerd door Van der Putt's concullega De Graaf. Zie zijn commentaar op artikel 16.)

Een ander twijfelachtig aspect van zowel artikel 14.3 als 15.1 is volgens Van der Putt de frase 'binnen redelijke termijn'. "Als je dan toch akkoord gaat met zo'n herkansing, zorg dan wel dat van tevoren duidelijk is hoeveel tijd dat mag kosten. Heb je dat niet gedaan, dan zul je in je ingebrekestelling een knoop moeten doorhakken. Maar dan ben je min of meer gedwongen de termijn extra ruim te nemen, omdat je niet het risico wil lopen dat de rechter het als onredelijk kort zal beoordelen. Wat maak je er dan van? 30 dagen? Of toch maar liever 40?" Een dilemma dat je maar beter kunt voorkomen door in de leveringsovereenkomst gewoon maximaal 30 dagen af te spreken.

Aansprakelijkheid leverancier beperkt (Artikelen 16.1 en 16.3)

Op het punt van schade door falende IT lijkt Nederland ICT zich vooral uit te putten in het beperken van de aansprakelijkheid van de leverancier. Niet zo vreemd natuurlijk voor een organisatie die leveranciers vertegenwoordigt, maar voor afnemers van de diensten des te meer aanleiding om zich bijvoorbeeld bij artikel 16.3 van de Nederland ICT Voorwaarden toch nog eens achter de oren te krabben. Daar wordt een hele reeks van schades categorisch uitgesloten. Advocaat Tycho de Graaf van NautaDutilh raadt ICT-opdrachtgevers dan ook aan om bij het verstrekken van opdrachten vooraf goed na te gaan welke schades denkbaar zijn en deze in de overeenkomst expliciet als 'directe schade' onder artikel 16.1 te laten vallen. De daar doorgevoerde maximering van de schade in artikel 16.1 tot de opdrachtsom of de jaaromzet van die opdracht acht De Graaf niet per se iets om tegenin te gaan. "Je zult hoe dan ook iets moeten afspreken, je kunt wel proberen er een factor daarop los te laten."

Wel heeft De Graaf nog een andere tip met betrekking tot schade. "Het

Reactie Nederland ICT

Nederland ICT laat in reactie op de analyses van Van der Putt, De Graaf en Van Kerkvoorden weten van mening te zijn dat het ICT-opdrachten ten goede komt als beide partijen vooraf goed weten waar ze aan toe zijn. “Dat geldt voor de inhoudelijke (technische) aspecten van de opdracht, maar uiteraard ook de juridische aspecten, zoals de algemene voorwaarden. Dit bevordert zowel goed opdrachtgeverschap als goed opdrachtnemerschap. De Nederland ICT Voorwaarden zijn geschreven om te worden gebruikt door ICT-leveranciers. Daarmee vormen ze voor beide partijen de basis van de juridische onderwerpen die geregeld moeten worden. Mocht er voor een specifieke opdracht afwijkende of aanvullende afspraken nodig zijn, dan kunnen partijen dat uiteraard opnemen in hun contract.”

lastige van schade is dat je 'm moet aantonen en dat de tegenpartij vrijwel zeker de hoogte van het geclaimde bedrag gaat betwisten. Ik pleit daarom ook hier voor boetebepalingen. Als iets niet tijdig en conform de specificaties werkt, dan kun je daarvoor een boete afspreken. Let wel op dat je expliciet aantekent dat deze boete niets afdoet aan je andere rechten, waaronder de plicht tot vergoeding van eventuele schade voor zo ver deze het boetebedrag te boven gaat, met – om het redelijk te houden – inachtneming van artikel 16.1 uiteraard. Doe je dat niet dan is je schade juridisch gelijk aan het boetebedrag, ook als je echte schade hoger uitpakt. Dat is trouwens ook handig bij service credits (zie volgende paragraaf) want die worden door rechters al snel als boete aangemerkt.”

Garantie is geen garantie (Artikelen 17, 25, 34, 40 en 62)
 “Wat Nederland ICT in zijn voorwaarden ‘garantie’ noemt is strikt genomen geen garantie”, vindt De Graaf. “Garantie houdt in dat de leverancier zich ertoe verplicht een resultaat te bewerkstelligen, maar bij Nederland ICT begint vrijwel elk garantieartikel met een bepaling die erop neer komt dat de leverancier mag volstaan met zich naar beste vermogen in te spannen. Dat vind ik nogal vrijblijvend, want wat is ‘naar vermogen?’” Dat kan een klant lastig bewijzen en daarom is het volgens De Graaf verstandig om in plaats van een te leveren inspanning een te bewerkstelligen resultaat af te spreken. Dat kan middels een zogeheten ‘service level agreement’ of SLA, waarin bijvoorbeeld reactietijden met betrekking tot het oplossen van gebreken worden gesanctioneerd met service credits [met de kosten van de dienstverlening te verrekenen compensaties].

Als toegift wijst De Graaf nog op een ander facet dat het predicaat ‘garantie’ twijfelachtig maakt, bij wat Nederland ICT daarvoor laat doorgaan. “Bij garantie kan de leverancier normaliter minder makkelijk een beroep doen op overmacht, maar Nederland ICT maakt in artikel 17 heel duidelijk dat overmacht de leverancier wel degelijk van zijn prestatieplicht ontslaat.”

Arbitrage verplicht (Artikel 20.2)
 Hier wordt bepaald dat in geval van geschillen geen gang naar de burgerlijke rechter zal worden gemaakt, maar dat een eventuele zaak dient bij de Stichting Geschillen Oplossing Automatisering (SGOA). Een keuze waar ICT-advocaat Wanda van Kerkvoorden van SOLV Advocaten een paar kanttekeningen bij plaatst. “Het argument vóór is dat arbitrage door een in IT gespecialiseerde arbiter sneller zal verlopen en een inhoudelijk grondiger afgewogen oordeel zal opleveren. Dat is waar als het om complexe outsourcingdeals of specialistisch maatwerk gaat. Maar heel veel kleinere IT-contracten gaan daar helemaal niet over. Als er iets misgaat met de levering van Microsoft-licenties of de verhuur van bepaalde hardware, waarbij geen technisch complexe vraagstukken spelen, dan kan een gewone rechter daar net zo goed en vrijwel zeker goedkoper een uitspraak over doen. Waarom zou je in die gevallen opteren voor een instantie die weliswaar deskundig is, maar, die geluiden hoor je soms ook wel, toch ook wel een klein kringetje is? Ik adviseer dan ook om per geval te bezien wat de beste route voor geschillenbeslechting zal zijn.”

Valkuil voor VOF's (Artikel 3.3)
 Even opletten voor vennootschappen onder firma en maatschappijen. Artikel 3.3 kan bedoeld zijn om te regelen dat indien onder één klantdefinitie meerdere partijen contracteren, deze hoofdelijk aansprakelijk zijn. Van Kerkvoorden ziet echter een ongewenst neveneffect. “Leveranciers kunnen zich, gezien de algemene, ruime formulering, op het standpunt stellen dat alle partners en firmanten die deel uitmaken van de klant hoofdelijk aansprakelijk zijn voor nakoming van de klantverplichtingen in de overeenkomst. Vooral omdat het nu is weggeschreven in de algemene voorwaarden. Dit betekent wel dat de leverancier beslag kan laten leggen op de privé-woning of andere bezittingen van de klant, als de vennootschap in gebreke blijft. Zelfs als een partner of vennoot geen medeondertekenaar van de overeenkomst is of misschien zelfs geen weet heeft van het bestaan er van.”

Bij de rechter 1-o achterstand (Artikel 3.4)
 Opnieuw een beetje juridisch-technisch wellicht, maar als het tot een zaak komt wel een heel venijnige bepaling. Hier wordt gesteld dat bij een geschil, voor de bewijsvoering in principe wordt uitgegaan van de administratie van de leverancier. “Daarmee sta je als opdrachtgever direct al op 1-o achterstand”, constateert Van Kerkvoorden. “Als jouw administratie iets anders zegt dan die van de leverancier, dan is dat volgens dit artikel irrelevant zolang je niet ook nog eens kunt aantonen dat de administratie van de leverancier niet klopt, wat als regel natuurlijk heel moeilijk wordt.”

Geen harde beveiligingseisen (Artikel 7.1)
 Hier wordt bepaald dat de leverancier, tenzij anders is afgesproken, wat betreft beveiliging mag volstaan met datgene wat hem gelet op de kosten redelijk lijkt. “Op die manier wordt het de leverancier wel erg makkelijk gemaakt om weg te komen met een ‘anders werd het me te duur’”, observeert Van Kerkvoorden. Ze raadt ICT-opdrachtgevers aan te specificeren welk beveiligingsniveau voor welke data wordt verlangd, en periodiek door een onafhankelijke derde te laten controleren of de leverancier dat beveiligingsniveau ook waarmaakt.

Jouw kennis door verkocht (Artikel 10.1)
 Zelfs als expliciet wordt vastgelegd dat het intellectueel eigendom (‘auteursrecht’) van de in opdracht vervaardigde software toekomt aan de klant, dan nog behoudt de leverancier het recht tot ontlening. Volgens Van Kerkvoorden kan dat betekenen dat de leverancier hele stukken programmacode, waar cruciale business-inzichten van de klant in zijn verwerkt, zo kan hergebruiken in een applicatie die hij doorverkoopt aan bijvoorbeeld een concurrent van de oorspronkelijke klant.

Bovengenoemde artikelen zijn slechts een selectie van bepalingen die de redactie en de geraadpleegde ICT-juristen als onevenwichtig voorkomen. Andere artikelen waar vraagtekens bij werden geplaatst zijn onder meer:

Artikel 3.7: Geen aanmaning maar meteen heffingsrente

Artikel 4.2: Drie maanden opzegtermijn, is in de praktijk mogelijk onvoldoende om een vervangende service te regelen en te effectueren.

Artikel 13.3 Een sterk a-symmetrische verplichting, die opdrachtgevers verplicht een lid van de directie te laten tekenen, waar dat voor de opdrachtnemer niet geldt. »»



Met medewerking van:
 Polo van der Putt, Vondst Advocaten
 Tycho de Graaf, NautaDutilh
 Wanda van Kerkvoorden, SOLV Advocaten