

Contractclausule voor snelle exit uit ICT-contract

Eveline Kubbenga¹

Nog steeds mislukken veel IT-projecten. Veelal worden die dan ook nog eens voor de rechter beslecht. De vraag doemt op of er niet een contractclausule valt op te stellen om in een vroeg stadium de stekker eruit te kunnen trekken indien de leverancier niet voldoet aan de gestelde eisen of verwachtingen. Om dat te onderzoeken zal het ICT-contract waar het in dit artikel over gaat, de software-ontwikkelovereenkomst, gekwalificeerd worden, gevolgd door een voor het verdere betoog belangrijke clausule uit de ICT-Office Voorwaarden. Daarna wordt gekeken naar de in de IT-rechtspraak gebruikte begrippen. Vervolgens zal ik aan de hand van vier uitspraken uit mijn eigen rechtspraak relevante wetsartikelen uitlichten die als knelpunten zijn te beschouwen voor een snelle exit. Een aparte alinea wordt gewijd aan de wijze waarop rechters overeenkomsten interpreteren, namelijk het Haviltex-criterium. Aangezien de rol van de advocaat een actieve dient te zijn – en dus geen sluitpost – zal ook daar naar gekeken worden. Met de opgedane kennis van het korte onderzoek kan de snelle exit clausule opgesteld worden die voorziet in een zo pijnloos mogelijke beëindiging van het ICT-contract.

Kwalificatie ICT-contract

Het op te stellen beding geldt voor de ontwikkeling van programmatuur. Aan de ene kant gaat het om te verrichten werkzaamheden – en zou dus te kwalificeren zijn als een overeenkomst van opdracht, zoals bepaald in artikel 7:400 BW e.v. Echter wordt er ook een product geleverd en zou het kunnen gaan om koop (artikel 7:1 BW e.v.). Eveneens kan verdedigd worden dat het om aanneming van werk gaat waarop artikel 7:750 BW e.v. van toepassing zijn.

Volgens artikel 7:400 is sprake van een overeenkomst van opdracht indien werkzaamheden verricht worden 'anders dan het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard', terwijl bij de aannemersovereenkomst juist een 'werk van stoffelijke aard tot stand gebracht en opgeleverd wordt' (artikel 7:750).

In de rechtspraak wordt algemeen aangenomen 'dat software op zichzelf niet kan worden aangemerkt als een voor menselijke beheersing vatbaar stoffelijk object en is dan ook geen zaak in de zin van artikel 3:2 BW'.²

Weliswaar heeft de Hoge Raad³ bepaald dat standaardsoftware binnen het bereik van de kooptitel valt, maar in de rechtspraak blijft het passen en meten om standaardsoftware binnen de Nederlandse wetgeving als koop te kunnen kwalificeren. Het heeft er alles mee te maken dat software als iets ontastbaars wordt beschouwd. En daarmee is software alleen met kunst- en vliegwerk in te passen in ons Nederlands rechtstelsel. Dit omdat op grond van artikel 7:1 BW 'koop een overeenkomst is waarbij de een zich verbindt een zaak te geven en de ander om daarvoor een prijs in geld te betalen', terwijl artikel 3:2 BW bepaalt dat 'zaken zijn de voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten'.

Met enig technisch inzicht zou een lans gebroken kunnen worden om software stoffelijkheid toe te kennen. Het zou in ieder geval prima passen binnen de opbouw van ons Burgerlijk Wetboek. Wetstechnisch gezien zou het daarom van praktisch inzicht getuigen indien de rechterlijke macht software als stoffelijk – en dus als zaak - zou aanmerken. Zeker nu in natuurkundig opzicht software wel degelijk gezien kan worden als iets (intuïtief) tastbaars. De rechtspraak zou met deze visie aansluiten bij hoe intuïtieve software ontwikkelaars (embedded

¹ Mevr. mr. E. Kubbenga is advocaat bij Kubbenga Advocatuur te Haarlem.

² Onder andere in r.o. 4.6 Hof Amsterdam 1 juni 2010:

<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:GHAMS:2010:BM6320>

³ HR 27 april 2012, <http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:2012:BV1301>, r.o. 3.5

software engineers)⁴ hun werk moeten doen. Deze ontwikkelaars geven blind (ze kunnen niet (op een beeldscherm) zien wat ze aan het doen zijn) functionaliteiten aan hardware. Ook al werken deze ontwikkelaars intuïtief hebben zij niet het gevoel dat het om iets onstoffelijks gaat. Voor hen is het stoffelijk, terwijl het voor de buitenstaander onstoffelijk is. Indien het voor mensen die met software werken tastbaar is – immers hebben zij er controle over – waarom kan de rechterlijke macht dan niet met een uitspraak komen waarbij bepaald wordt dat software als stoffelijk beschouwd wordt? Voor de ontwikkelaars gaat het om voor hun beheersing vatbare stoffelijke objecten. Een functionaliteit aan hardware geven is het materieel – en dus stoffelijk – verandering aanbrengen aan die hardware. En dat is blijvend; geheel iets anders dan warme lucht die vervliegt. Het ontwikkelen van een softwareapplicatie zijn werkzaamheden waarmee een product gebruikt kan worden. Dit product is weliswaar niet zichtbaar voor de mens – behalve dan de zichtbare geschreven code -, en ook niet waarneembaar met menselijke zintuigen, maar het is wel iets blijvends. Software geeft aan hardware de noodzakelijke functionaliteit. Pas nadat de software is 'ingebouwd' kan hardware een nuttig apparaat zijn.

Als voorbeeld kan de eerste automatische wasmachine dienen. Deze maakte gebruik van mechanische schakelklokken om wasprogramma's te kunnen draaien. Die schakelklokken waren tastbare mechanische producten, waarneembaar voor menselijke zintuigen. Tegenwoordig zijn die vervangen door software, maar hebben nog steeds dezelfde functionaliteit. Omdat software de functie heeft om hardware aan te sturen, kan gezegd worden dat software in combinatie met hardware een stoffelijk product is.

Binnen de IT-wereld wordt een dienstverlenersovereenkomst gezien als een in de wet benoemde overeenkomst van opdracht conform artikel 7:400 BW e.v., maar het complexe ICT-contract waarvoor een snelle exit clause wordt opgesteld, is onbenoemd. Dit betekent dat geen der partijen bijzondere bescherming geniet en er voldoende ruimte is om al dan niet een resultaatverbintenis af te spreken. Wegens de onzekere uitkomst van een IT-project wil de softwareleverancier eigenlijk niet verder gaan dan de gebruikelijke inspanningsverplichting.

ICT-Office Voorwaarden

Binnen de automatisering zal de softwareleverancier zich slechts willen verplichten tot inspanningsverplichtingen, terwijl de afnemer resultaat wil zien. De ICT-branchevereniging voorzag in artikel 3.2 van 'Module 2 Ontwikkeling van programmatuur' van de ICT-Office Voorwaarden daarin: 'De ontwikkelwerkzaamheden van leverancier worden steeds uitgevoerd op basis van een inspanningsverbintenis, tenzij en voor zover in de schriftelijke overeenkomst leverancier uitdrukkelijk een resultaat heeft toegezegd en het betreffende resultaat bovendien met voldoende bepaaldheid is omschreven.' Met andere woorden: een softwareleverancier zal slechts met een resultaatverbintenis akkoord gaan als het te verwachten resultaat in zeer duidelijke bewoordingen is vastgelegd.

Vage normen

Vage normen als 'goede gronden om te vrezen dat wederpartij zal tekortschieten', 'leverancier zal voldoen aan de zorgvuldigheid die van een redelijk handelende, bekwame en professionele leverancier geëist mag worden', 'op eerste redelijke verzoek'⁵, zijn alles behalve concreet en daarom nietszeggend voor de niet juridisch geschoolde betrokkenen bij het

⁴ Embedded software is computer software, written to control machines or devices that are not typically thought of as computers. It is typically specialized for the particular hardware that it runs on and has time and memory constraints.

⁵ Uit 'Modelcontract Platform Outsourcing Nederland', http://www.itenrecht.nl/www.delex-backoffice.nl/uploads/file/IT%20en%20Recht/Modelcontract_v1.doc

automatiseringsproject. Sjef van Swaaij, advocaat bij de Hoge Raad, zegt over die vage normen dat feitelijke waarderingen aan de feitenrechter zijn voorbehouden: 'Het oordeel of in het betreffende geval aan de vage norm voldaan is, is – in jargon – een gemengd oordeel: het oordeel is zowel van feitelijke aard en is tevens een rechtsopvatting. Niet zelden stranden klachten tegen een dergelijk oordeel. De Hoge Raad geeft dan vaak als motivering dat het oordeel geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting en dat het, voor zover het feitelijk is, niet onbegrijpelijk is.'⁶

Juist bij de totstandkoming van ICT-overeenkomsten ligt de focus op tot het gaatje gejuridiseerde bedingen; de belangen zijn groot en de materie complex. De IT-advocaat richt zich op het uitsluiten van aansprakelijkheden als hij voor de leverancier optreedt, terwijl de wederpartij zich richt op maximale schadevergoedingen. Het is een praktijk waarbij de advocaten zich lijken voor te bereiden op een rechtszaak. Een rechtszaak die beslecht zal worden door een onafhankelijke derde, de rechter of de SGOA (Stichting Geschillenoplossing Automatisering).

Wellicht is het tij van veel mislukte IT-projecten te keren als de focus meer zou komen te liggen op het concretiseren van wat partijen precies van elkaar verwachten en aan te vullen met strakke tijdlijnen en deadlines.⁷

Vier uitspraken als voorbeeld tricky wetsartikelen

1. BedrijfX/Master IT⁸:

Een medewerker van BedrijfX wil een specifieke cursus bij Master IT doen op voorwaarde dat ervaren mede-cursisten en de docent praktijkervaringen met hem delen. Hij blijkt de enige cursist voor deze cursus te zijn en de docent heeft het druk. Tijd en moeite zouden bespaard zijn gebleven door zelfstandig op kantoor de materie onder de knie te krijgen. BedrijfX betaalt de factuur niet en heeft krachtens artikel 150 Rv daarmee de bewijslast dat Master IT tekortgekomen was; dat Master IT tekortgekomen was moest BedrijfX bewijzen.

2. Mimpi/Proximedia⁹:

Proximedia kwam tekort, Mimpi stelde haar met inachtneming van de artikelen 81 lid 1 juncto 82 Boek 6 BW (schriftelijk en met een redelijke termijn om alsnog na te komen) in gebreke. De overeenkomst werd na ommekomst van die termijn (buitengerechtelijk) ontbonden, hetgeen door de rechter werd bekrachtigd.

3. vW/Proximedia¹⁰:

vW was volgens de rechter zelf in verzuim. Artikel 6:61 lid 2 BW bepaalt namelijk dat een schuldenaar (in casu Proximedia) niet in verzuim raakt als sprake is van schuldeisersverzuim.

4. L/Proximedia¹¹:

In principe geldt dat als de prestatie van de schuldenaar achterwege blijft of ondeugdelijk is, er volgens artikel 6:74 lid 2 BW pas sprake is van een tekortkoming als verzuim is ingetreden. Volgens artikel 6:81 BW is de schuldenaar in verzuim gedurende de tijd dat de prestatie uitblijft nadat zij opeisbaar is geworden.

In deze casus echter is in rechte vast komen te staan dat er sprake was van een fatale termijn waardoor een ingebrekestelling, zoals in artikel 6:82 BW bepaald, niet nodig was.

Conclusie rechtspraakanalyse

⁶ <http://www.vsccl.nl/actueel/wederom-succes-na-second-opinion-cassatieadvies-hoge-raad-vernietigt/>

⁷ C. Stuurman, 'Voorkomen is beter dan genezen. ICT-contracten en conflictpreventie.' in: P.C. van Schelven (red.), *Van geschil tot oplossing* (Recht en Praktijk 169), Deventer: Kluwer 2009, p. 259-269.

⁸ Rb. Alkmaar 23 mei 2012, http://kubbenga-advocatuur.nl/downloads/BedrijfX_MasterIT.pdf

⁹ Rb. 's-Gravenhage 9 februari 2011, http://kubbenga-advocatuur.nl/downloads/Mimpi_Proximedia.pdf

¹⁰ Rb. Haarlem 7 juni 2012, http://kubbenga-advocatuur.nl/downloads/Rb.vW_Proximedia.pdf en Hof Amsterdam 9 december 2014, http://kubbenga-advocatuur.nl/downloads/HofvW_Proximedia.pdf

¹¹ Rb. Haarlem 17 maart 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BR6944 en Hof Amsterdam 3 februari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:38.

De conclusie uit deze rechtspraakanalyse is dat het van fundamenteel belang is om al bij het te redigeren beding er niet alleen voor te zorgen dat de opdrachtgever niet zelf in schuldeisersverzuim komt te verkeren vanwege artikel 6:61 lid 2 BW, maar tevens moet de noodzaak van een ingebrekestelling (artikel 6:82 BW) omzeild worden.

Tricky rechtspraak door Haviltex-criterium

Naast genoemde tricky wetsartikelen kennen we in Nederland ook nog een bijzondere vorm voor de interpretatie van overeenkomsten, namelijk het zogenaamde Haviltex-criterium: de inhoud van een contract wordt bepaald door de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de bepalingen mochten toekennen en aan wat zij te dien aanzien redelijkerwijs mochten verwachten. De rechter past daarbij de wilsleer van artikel 3:33 BW toe die weer wordt gerelativeerd aan de vertrouwensleer van artikel 3:35 BW, waarbij de rechter kan afstappen van de letterlijke tekst in de overeenkomst. In het kort: bedingen zo duidelijk opstellen dat de betrokken partijen geen andere betekenis eraan kunnen geven dan de letterlijke tekst in de overeenkomst.

Resultaatverbintenis met fatale termijn

Indien het te verwachten resultaat met voldoende bepaaldheid is omschreven kunnen daaraan strakke oplevertermijnen/deadlines gekoppeld worden, waarbij deze termijnen tevens als fatale termijnen hebben te gelden. Het is een kwestie van onderhandeling om de leverancier zover te krijgen dat hij meewerkt aan fatale termijnen. In ieder geval is het nut ervan dat het beide partijen dwingt om vooraf heel goed na te denken over wanneer welk resultaat verwacht mag worden. Bovendien noodzaakt het partijen om bedingen in ondubbelzinnige bewoordingen te concretiseren.

Momenten van exit

Belangrijk aandachtspunt en voorwaarde voor de werking van de contractclausule is dat het gehele ICT-proces in werkbare en controleerbare stappen en momenten wordt opgedeeld. Dit zijn technische en organisatorische eisen waaraan voldaan moet worden wil de voorgestelde clausule rechtens in stand kunnen blijven. Het valt buiten het bestek van deze zuiver juridische verhandeling. Voor wie meer over die andere kant wil weten zij verwezen naar het boek 'Hoe IT-projecten slagen en falen'.¹²

De rol van de advocaat

Uit het voorgaande blijkt dat al bij het opstellen van de overeenkomst rekening moet worden gehouden met het Haviltex-criterium en de wetsartikelen over (schuldeisers)verzuim. Eveneens moeten de bedingen met voldoende bepaaldheid zijn opgesteld. Het komt neer op precisiewerk waarbij de technische aspecten zo in het juridisch jargon ingebed worden dat voor alle partijen duidelijk is wat verwacht had mogen worden. Het technische IT-jargon dient dus in te haken in het juridische jargon. Mede omdat de getekende overeenkomst – via e-mails – stelselmatig wordt aangepast zonder dat partijen stilstaan bij de juridische implicaties daarvan, dient de betrokkenheid van de IT-advocaat vanaf het begin der onderhandelingen tot voltooiing van het project betrokken te blijven.

Helaas is de rol van de advocaat veelal een sluitpost. Als de afspraken in een concept staan moet hij die nog 'even juridisch dichttimmeren'. Het lijkt wel alsof de klant denkt dat het juridische gehalte losstaat van hoe de wederzijdse afspraken en verwachtingen zijn geformuleerd. Bovendien kunnen partijen niet

¹² Carolien Lucy Schönfeld, 'Hoe IT-projecten slagen en falen. Leren van pijnlijke ervaringen', Den Haag: SDU 2012.

verder met hun project zolang de overeenkomst door de advocaten verder wordt uitonderhandeld. Indien de advocaat al in een beginstadium betrokken is zal er geen tijdverlies optreden door hun 'screeningtijd'. De tweede winst is dat afspraken direct al geconcretiseerd worden. De grootste winst echter valt te behalen uit het feit dat duidelijk geformuleerde bedingen van de overeenkomst een leidraad maakt. Een bijkomend voordeel is dat de advocaat als waakhond kan dienen tegen de valkuil van partijen die loyaal met elkaar moeten samenwerken, om te aardig te willen zijn voor elkaar.

Het ingeschatte verschil duur project in tijdlijnen weergegeven:

= partijen onderling
_ advocaten onderling

≡ partijen met hun advocaten
^ risicomoment falen project

|=====|_|=====|^|=====|

|=|=====|=|

Beding voor rappe exit

Met bovenstaande analyse van de relevante factoren rolt een beding voor rappe exit als vanzelf uit de pen:

Alle in Bijlage .. bepaalde deadlines gelden als fatale termijnen. Het niet halen van een deadline zonder dat sprake is van overmacht, betekent op zichzelf een toerekenbare tekortkoming. De Opdrachtgever kan in zo een geval, zonder verdere ingebrekestelling, de overeenkomst (buitengerechtelijk) ontbinden zonder schadeplichtig te zijn ten opzichte van de Leverancier.

Uitleg beding

In dit beding wordt bepaald dat deadlines zijn te beschouwen als fatale termijnen. Het dwingt de leverancier constant alert te blijven, want rustig kunnen afwachten totdat de schriftelijke ingebrekestelling op de mat ligt, is voorbij. Mocht de leverancier zonder schuldeisersverzuim of overmacht de deadline niet halen, dan kan de opdrachtgever voor een snelle exit zorgen door de overeenkomst buitengerechtelijk te ontbinden.

Conclusie

De risico's op mislukte IT-projecten kunnen beperkt worden door het vermijden van vaag vakjargon en in plaats daarvan een helder formuleren van afspraken en wederzijdse verwachtingen. Dat zijn twee vliegen in een klap: partijen weten wat hen te doen staat en de bewijspositie is sterker mocht de relatie toch onverhoopt uitgevochten worden voor de rechter.

Met als grote gevaar de wettelijke regels betreffende verzuimleer en binnen de rechtspraak het Haviltex-criterium, ligt het voor de hand dat voor een waterdicht contractbeding partijen zorgvuldig na moeten denken over alle te nemen automatiseringsstappen. Alleen dan kunnen de noodzakelijke fatale termijnen ingebouwd worden. De ingeschakelde IT-advocaten zouden van start onderhandelingen tot einde project betrokken moeten blijven.

Met deze verhandeling is vanuit de juridische invalshoek gekeken naar hoe een IT-advocaat de risico's tot falen mee kan helpen te beperken. Dat is volgens mij alleen mogelijk als de overeenkomst gezien wordt als een leidraad bij het uitvoeren van de overeenkomst en niet slechts als een middel dat alleen uit de kast getrokken wordt voor het rechtsgeding. Het voorgestelde beding dwingt partijen ertoe hun verwachtingen en afspraken te concretiseren en de overeenkomst gedurende het hele IT-project als leidraad te blijven gebruiken.