Contractbeheer ICT -bedrijven

Do's en don'ts bij het opstellen van contracten

CHUBB

LawyersforIT
Cordemeyer & Slager Advocaten

ICT-ondernemingen met een aansprakelijkheidsverzekering van Chubb, de Chubb Pro ICT-polis, zijn vrij in het hanteren van leveringsvoorwaarden.
Het is dus niet nodig om contracten ter beoordeling aan Chubb voor de leggen. Dekking blijft bestaan ongeacht de gehanteerde leveringsvoorwaarden - uiteraard wel conform de verzekerde hoedanigheid en polisvoorwaarden. Slechts periodiek toetst Chubb het contractbeheer van de verzekerde ICT-ondernemingen.
Voor wijzigingen in het contractbeheer die aanleiding geven de polis aan te passen, zal een onderbouwd voorstel worden uitgebracht. Eventuele poliswijzigingen zullen pas de eerstkomende verzekeringstermijn van kracht zijn.

Deze handleiding is bedoeld om u enkele tips en aandachtspunten te geven voor het opstellen van en onderhandelen over ICT-contracten.

Deze handleiding is voor u opgesteld in samenwerking met Cordemeyer & Slager Advocaten, gespecialiseerd in juridische dienstverlening voor ICT-ondernemingen.

Zorgplicht

In het algemeen rust op IT-leveranciers een (bijzondere) zorgplicht op basis waarvan zij bij de uitvoering van hun werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht moeten nemen. Deze zorgplicht verplicht de opdrachtnemer – kort gezegd – om in het kader van de opdracht (i) voldoende informatie te verschaffen aan opdrachtgever (informatieplicht), (ii) opdrachtgever te waarschuwen voor risico's (waarschuwingsplicht), (iii) onderzoek te doen naar met name de belangen en bedrijfsvoering van de opdrachtgever (onderzoeksplicht) en (iv) risico's voldoende te ondervangen (waarborgplicht).

De afgelopen jaren is in de rechtspraak vaak een verregaande zorgplicht van IT-leveranciers aangenomen. Zo kan de zorgplicht bijvoorbeeld meebrengen dat de IT-leverancier niet kan volstaan met een enkele waarschuwing en berusting in de keuzes van de klant, maar dat de IT-leverancier alternatieven moet aandragen, indringend en herhaaldelijk moet waarschuwen of zelfs de opdracht moet weigeren of teruggeven.

De inhoud van de zorgplicht is altijd afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Aan de hand van de omstandigheden wordt bepaald hoe zwaar de zorgplicht van de opdrachtnemer is, en welke zorgverplichtingen in een concreet geval op haar rusten. Aan de inhoud van de overeenkomst wordt hierbij veel gewicht toegekend. Het is daarom van belang om de verantwoordelijkheden over en weer, voorbehouden op bepaalde adviezen en de afbakening van de opdracht goed vast te leggen. Goed om in het achterhoofd te houden: hoe meer standaard de diensten en hoe uitgebreider en gedetailleerder vastgelegd, des te "lichter" de zorgplicht. Het schenden van de zorgplicht leidt tot aansprakelijkheid.

Het contract

Een overeenkomst komt tot stand als een partij een aanbod van een andere partij aanvaardt. Zorg dat u de afspraken altijd schriftelijk vastlegt, zodat helder is wat overeen is gekomen tussen partijen en, aan de hand van Kamer van Koophandel gegevens: met wie. Algemene voorwaarden kunnen onderdeel uitmaken van de schriftelijke overeenkomst. Wordt een licentie op software geleverd, hardware verkocht, gehost, consultancy geleverd? Een combinatie? Wie maakt welke back ups? Sommige type overeenkomsten zijn in de wet beschreven en aan regels onderworpen waar u bovendien niet altijd van af mag wijken. Opletten dus.

Algemene voorwaarden

Algemene voorwaarden zien niet op de kern van de overeenkomst, maar op onderdelen die u steeds weer met iedere klant wenst overeen te komen. Denk bijvoorbeeld aan afspraken over betalingstermijnen, indexering, facturatie, inspannings- of resultaatsverbintenis, aansprakelijkheid en garanties. Algemene voorwaarden zullen moeten aansluiten op uw bedrijfsvoering.

Om te zorgen dat uw algemene voorwaarden gelden ten opzichte van uw wederpartij, zullen uw algemene voorwaarden van toepassing moeten worden verklaard en zullen eventuele andere algemene voorwaarden van de hand moeten worden gewezen. Uw wederpartij moet instemmen met de toepasselijkheid van deze voorwaarden. Dat kan bereikt worden door de wederpartij voor akkoord te laten tekenen. Daarnaast moeten algemene voorwaarden voor of uiterlijk bij het sluiten van de overeenkomst, op papier of digitaal, aan uw wederpartij verstrekt worden. In veel gevallen is het verwijzen naar een externe vindplaats, zoals een website, juridisch onvoldoende. Het slechts van toepassing verklaren van de algemene voorwaarden is dus niet voldoende. In geval van digitale verstrekking verdient het de voorkeur om dit in PDF-formaat te doen. Indien niet aan deze vereisten wordt voldaan, kan het zijn dat bijvoorbeeld de aansprakelijkheidsbeperking niet van toepassing is.

Let goed op de situatie waarin uw wederpartij bij acceptatie van uw offerte andere algemene voorwaarden van toepassing verklaart ("the battle of the forms"). Als hierbij de toepasselijkheid van uw algemene voorwaarden nadrukkelijk van de hand wordt gewezen, zijn de voorwaarden van uw wederpartij van toepassing indien u hier niet tegen protesteert en de opdrachtbevestiging van de wederpartij met diens algemene voorwaarden accepteert. Doorgaans zullen de voorwaarden van de wederpartij niet zijn toegesneden op uw bedrijf en alleen al om die reden niet wenselijk zijn. In geval sprake is van een battle of the forms, is het zaak om met de wederpartij om tafel te gaan en duidelijke afspraken te maken.

Aansprakelijkheid

Indien u in uw overeenkomst geen afspraken over aansprakelijkheid heeft gemaakt, dan bent u aansprakelijk voor de volledige schade die ontstaat als u tekortschiet in de nakoming van uw verplichtingen of onrechtmatig handelt. Het is raadzaam om uw aansprakelijkheid te beperken tot een maximumbedrag. Daarnaast kunt u afspreken dat u voor bepaalde typen schade geen aansprakelijkheid aanvaardt. U kunt bijvoorbeeld afspreken dat u slechts aansprakelijk bent voor directe schade waarbij de omvang van de aansprakelijkheid in alle gevallen beperkt blijft tot de opdrachtwaarde. Let er hierbij op dat u (bij voorkeur limitatief) definieert wat u bedoelt met directe schade; de termen directe en indirecte schade zijn niet opgenomen in de Nederlandse wet. Indirecte schade bestaat vaak uit zaken waarop u geen invloed kunt uitoefenen en is een schadepost die hoog op kan lopen. Het is daarom verstandig de aansprakelijkheid hiervoor uit te sluiten. Het beperken van aansprakelijkheid tot een maximumbedrag en het uitsluiten van indirecte schade is gebruikelijk in de markt.

Het is niet verstandig om de aansprakelijkheid afhankelijk te maken van de uitkering of dekking onder de verzekering. De polisvoorwaarden worden dan onderdeel van de (onderhandelingen over de) overeenkomst. De polisvoorwaarden en eventuele toekomstige wijzigingen moeten dan eigenlijk aan de klant worden toegestuurd. Alleen aan de hand van deze voorwaarden kan vastgesteld worden in hoeverre u aansprakelijk bent. De klant krijgt zo mogelijk ook inzicht in informatie die u wellicht helemaal niet wilt (of mag) delen. Bovendien kan de aansprakelijkheid die u daarmee aanvaardt veel hoger uitvallen dan redelijk zou zijn gezien de waarde van de opdracht. Het verzekerd bedrag kan hierdoor ook eerder uitgeput raken, waardoor er

consequenties kunnen zijn voor de hoogte van de verzekeringspremie. Daarnaast geldt dat een verzekeringsmaatschappij aan de hand van een dergelijke bepaling weinig mogelijkheden heeft om de claim voor zijn verzekerde te verdedigen, er is immers overeengekomen dat de hoogte van de aansprakelijkheid gelijk is aan de maximale dekking onder de verzekering. Wanneer één schadevoorval bij meerdere klanten tegelijk schade veroorzaakt, is niet duidelijk hoe een eventuele uitkering onder de polis verdeeld moet worden onder uw klanten.

Garanties en vrijwaringen

Garanties zijn als zodanig niet in de wet gedefinieerd. Als u garanties geeft, dient u dus goed uit te schrijven wat u daarmee bedoelt en wat de consequenties zijn als een dienst of product de gegarandeerde eigenschappen niet heeft. Moet er bijvoorbeeld eerst een ingebrekestelling gestuurd worden? Is de beperking van de aansprakelijkheid dan ook van toepassing?

Soms kunnen garanties overlappen met verplichtingen die op grond van de wet al gelden (zoals conformiteit bij koop). Het is dan zaak om geen verdergaande verplichtingen aan te gaan dan op grond van de wet zouden gelden. Niet alleen loopt u dan extra aansprakelijkheidsrisico's, dergelijke afspraken kunnen door de verzekeraar gezien worden als aansprakelijkheid verhogende bedingen waarvoor dekking onder de verzekering is uitgesloten.

Een vrijwaring houdt in dat de wederpartij schadeloos wordt gehouden voor schade die door derden is geleden is en bij wederpartij geclaimd. Onder vrijwaringen kunnen bijvoorbeeld boetes vallen van de AP (Autoriteit Persoonsgegevens) of een belastingdienst of claims wegens inbreuk op IE-rechten.

Wees alert en voorzichtig in geval een klant een vrijwaring wil en zeker als de klant deze vrijwaring niet onder de aansprakelijkheidslimiet wil laten vallen.

Aansprakelijkheidsverhogende bedingen

Let op dat schade die voortvloeit uit garantiebedingen, boetebedingen, schadevergoedingsbedingen, vrijwaringsbedingen en andere vergelijkbare bedingen, uitgesloten kan zijn van dekking onder de polis, wanneer op basis van dergelijke bedingen aansprakelijkheid wordt aanvaard welke wettelijk of zonder bestaan van het beding niet aanwezig zou zijn.

Fatale termijnen

Het is verstandig om in het contract (of in de algemene voorwaarden zoals hiervoor beschreven) duidelijke afspraken te maken over planning en oplevering. Spreekt u bijvoorbeeld af dat u uiterlijk op een bepaalde datum uw verplichtingen nagekomen zult hebben (fatale termijn), of dat u zich zult inspannen een bepaalde planning te halen, of iets daartussen in? Bij het overschrijden van een fatale termijn bent u in beginsel direct aansprakelijk voor de schade die daardoor ontstaat en mag uw wederpartij de overeenkomst direct ontbinden. Of dat voor het schenden van een garantie geldt, hangt af van wat u hebt afgesproken.

Het is belangrijk om heldere afspraken te maken over termijnen en de gevolgen van overschrijding van termijnen. Daarbij hoort ook dat u heldere afspraken maakt in welke gevallen de wederpartij eerst een ingebrekestelling moet sturen en u een herkansing moet gunnen, alvorens aansprakelijkheid of een recht op ontbinding van de overeenkomst ontstaat. Houdt u in het achterhoofd dat het overschrijden van termijnen een van de grootste faalfactoren in IT-projecten is.

Intellectueel eigendom

Het is raadzaam om bij overeenkomsten die het intellectuele eigendom van uw onderneming raken, zoals bij de levering van software, duidelijke afspraken te maken over de rechten van beide partijen. Het verstrekken van een nader gedefinieerd (niet-exclusief) gebruiksrecht verdient hierbij in veel gevallen de voorkeur boven het overdragen van intellectuele eigendomsrechten. Bij overdracht verliest u de zeggenschap over de overgedragen rechten en daarmee in veel gevallen ook het recht om de software aan andere klanten te (blijven) leveren of aan te passen.

De omgang en duur van een gebruiksrecht kan verder ook relevant zijn wanneer uw klant de software, al dan niet verwerkt in haar eigen product, doorlevert aan haar klanten. Het is daarom raadzaam om duidelijke afspraken te maken over de gevolgen die het eindigen van de overeenkomst met de klant heeft voor het gebruiksrecht van de software van de klant en haar eindklanten. Mogen bestaande contracten met eindklanten bijvoorbeeld worden uitgediend? Is er een overgangsperiode waarin de (eind)klanten de software mogen blijven gebruiken totdat er een alternatief voor handen is?

De omvang en duur van een gebruiksrecht in combinatie met de gebruiksrechtvergoeding zijn ook van belang voor al dan niet toepasselijkheid van wettelijke bepalingen ter zake koop. Een gebruiksrecht van onbeperkte duur voor standaard programmatuur waarvoor een éénmalige vergoeding wordt betaald, wordt in de jurisprudentie gelijkgesteld met koop en krijgt aanvullende wettelijke bescherming (conformiteitsvereiste e.d.).

Toeleveranciers

Als u voor de nakoming van uw verplichtingen afhankelijk bent van derden, dan is het zaak dat u hiermee rekening houdt in de contracten met uw klanten. Zorg er voor dat u niet meer toezegt over bijvoorbeeld de scope van het gebruiksrecht en bijvoorbeeld geen hogere aansprakelijkheid overeenkomt dan wat u met uw toeleveranciers bent overeengekomen ("back to back"). Als u zelf bijvoorbeeld andere of ruimere garanties afgeeft over producten en diensten van toeleveranciers, dan bent u verantwoordelijk en aansprakelijk voor het behalen van die andere of ruimere garanties terwijl u daar geen invloed op heeft en de toeleverancier niet de verplichting heeft om die andere of ruimere garantie te verstrekken (spagaatpositie).

Beveiliging

Bij levering van IT producten en diensten speelt beveiliging vaak een cruciale rol: bijna net zo vaak wordt daarover in de contracten onvoldoende uitgeschreven met alle consequenties voor de aansprakelijkheid van de IT leverancier van dien. Het is belangrijk om heldere en duidelijke bepalingen omtrent de beveiliging op te nemen in de overeenkomst. Daardoor wordt duidelijk wat precies is afgesproken over de door u te nemen beveiligingsmaatregelen en wat de klant verwacht mag worden en welke verantwoordelijkheid de klant zelf heeft. Dit is ook relevant gelet op de zorgplicht van IT leveranciers. Wanneer beveiliging als dienst wordt verkocht, dan raden we aan om daarover nadrukkelijk te informeren en om in de overeenkomst te bepalen dat dit onderdeel van de dienst is. Functioneel en technisch beheer is niet hetzelfde als beveiliging.

Verwerken van persoonsgegevens

Indien persoonsgegevens worden verwerkt, en daarvan is al heel snel sprake, moet een verwerkersovereenkomst worden gesloten. Voor meer informatie over dit onderwerp verwijzen we u naar de factsheet over verwerkers-overeenkomsten.

Commerciële condities

Het moet volstrekt helder zijn welke prestatie tegenover welke prijs / welk deel van de prijs staat en welke juridische risicoverdeling daar bij hoort. Wordt de opdracht uitgevoerd voor een vaste prijs of kan meerwerk doorbelast worden en wat is daarvoor dan de procedure?
Uiteraard moet dan ook zijn afgesproken wat precies onder meerwerk wordt verstaan. Financiële afspraken betreffen verder bijvoorbeeld de betalingstermijn, mogelijkheden tot indexatie en prijsverhoging op andere gronden, eventueel wisselkoersen, kosten van verpakkingsmateriaal en vervoer, heffingen en belastingen. Houd in het achterhoofd dat het "glijden" van de scope en het budget een van de grootste faalfactoren in IT projecten is.

Beëindiging

Het actief beëindigen van een overeenkomst kan door opzegging of door ontbinding. Zeker wanneer investeringen zich over de duur van de overeenkomst terugverdienen, is het van belang duidelijk te maken of tussentijdse opzegging uitgesloten is. Verder kan worden afgesproken dat overeenkomsten vanzelf eindigen op een bepaalde datum of juist stilzwijgend worden verlengd. Ook is het verstandig om, in aanvulling of juist in afwijking van het wettelijk systeem, afspraken te maken over ontbinding van de overeenkomst of een deel daarvan, bijvoorbeeld in geval van faillissement, surseance van betalen of wanprestatie. Ontbinding is een paardenmiddel en inzet daarvan vereist zorgvuldigheid.

Maak daarom afspraken over wanneer een wanprestatie ernstig genoeg om de overeenkomst te ontbinden, of eerst een ingebrekestelling met herkansing vereist is en wat de gevolgen van de ontbinding zijn. Het einde van de overeenkomst kan het einde van het gebruiksrecht zijn. Maak tijdig transitieafspraken zodat die niet op basis van de zorgplicht door een rechter moeten worden ingevuld.

Conflictmanagement en legal English

Het is algemeen bekend dat tijdens of na IT projecten regelmatig conflicten ontstaan. Het is dus verstandig om in het contract effectieve de-escalatie procedures op te nemen. Daarnaast kan (een vorm van) Alternative Dispute Resolution ("ADR") overeen worden gekomen, zoals conflict preventie, mediation, bindend of niet-bindend advies, deskundigenbericht, arbitrage. Bepaalde sectoren, zoals de bouw- en ICT sector, kennen gespecialiseerde arbitrage-instituten. Voor IT geschillen is dat bijvoorbeeld de Stichting Geschillenoplossing Automatisering ("SGOA"; www.sgoa.eu). Vergeet ook niet om Nederlands recht van toepassing te verklaren op de overeenkomst, met name indien zaken wordt gedaan met een buitenlandse partijen. Wanneer een Engelstalig contract onder Nederlands recht wordt gesloten, ontstaan veel interpretatieproblemen waarover ook al menig procedure is gevoerd, tot aan de Hoge Raad. Dat komt door de grote verschillen tussen het Nederlands recht en bijvoorbeeld het Amerikaans recht of het Engels recht waardoor vertaalproblemen ontstaan. Belangrijke "valkuilen" zijn "termination", "eigendom", "warranties", "guarantees", "damage" en "damages".

Disclaimer

Dit document is geen juridisch advies. Het bovenstaande is niet volledig en niet gericht op uw specifieke situatie. Raadpleeg altijd een jurist of advocaat als u vragen heeft over contracteren.

Contact

Chubb European Group SE
Postbus 704 - 2130 AS Hoofddorp
Siriusdreef 2- 2132 WT Hoofddorp
T +31(0)10 2893500
info.benelux@chubb.com

www.chubb.com/nl

Cordemeyer & Slager Advocaten
Wilsonsplein 15, 2011 VG Haarlem.
T +31 (0) 23 5340100.
www.cordemeyerslager.nl

Aan de hier vermelde informatie kunnen geen rechten worden ontleend. De exacte dekking is afhankelijk van de voorwaarden van de specifieke polis. Voor promotionele doeleinden worden alle binnen de Chubb Groep opererende verzekeringsmaatschappijen als Chubb aangeduid.

Chubb European Group SE is een onderneming die valt onder de Franse Wet op de Verzekeringen (Code des Assurances) met registratienummer 450 327 374 RCS Nanterre. Statutaire zetel: La Tour Carpe Diem, 31 Place des Corolles, Esplanade Nord, 92400 Courbevoie, Frankrijk.

Chubb European Group SE heeft een volledig volgestort maatschappelijk kapitaal van €896.176.662. Chubb European Group SE , Nederlands bijkantoor, Marten Meesweg 8, 3068 AV Rotterdam, is ingeschreven bij KvK Rotterdam onder nummer 24353249. In Nederland valt zij onder het gedragstoezicht van de Autoriteit Financiële Markten (AFM).