



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Computerrecht

Franken, H.

Citation

Franken, H. (1992). Computerrecht. *Bw-Krant Jaarboek*, 119-135. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/36878>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/36878>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Computerrecht

*H. Franken**

1. INLEIDING

1.1 Titel

Bij een overzicht van de betekenis van de invoering van de boeken 3, 5 en 6 BW voor verschillende deelgebieden van het recht past een beschouwing over het computerrecht. De term computerrecht is echter te eng voor het te beschrijven rechtsgebied. Het is niet zozeer de computer (hardware), die aanleiding geeft tot juridische problemen, maar de informatietechnologie als zodanig vormt een bron van vragen waarmee de jurist zich moet bezighouden. De bestudering van het verschijnsel informatie heeft immers tot een nieuw vakgebied geleid: de informatica. Hieronder moet men het geheel van activiteiten verstaan, dat de verzameling, opslag, verwerking en verspreiding van gegevens door middel van geautomatiseerde systemen tot voorwerp heeft.¹ De informatica helpt de mens om gegevens (berichten, signalen, data) om te zetten in informatie, dat wil zeggen gegevens waaraan een betekenis kan worden toegekend. Gegevens (data) hebben als kenmerk, dat zij niet fysisch van aard zijn, onbeperkt zijn in hoeveelheid en vrij beschikbaar voor een ieder. De verwerking, overdracht en het gebruik daarvan was doorgaans een moeizaam proces. Zelfs nu er duizenden pagina's A-4 aan gegevens voor de burger beschikbaar zijn, kan hij maar met een fractie daarvan iets doen. Veel gegevens blijven dus ongebruikt en

* Prof. mr H. Franken is als hoogleraar inleiding tot de rechtswetenschap verbonden aan de Rijksuniversiteit Leiden. Zijn leeropdracht omvat sinds 1988 mede het informaticarecht.

1. Algemene inleidende werken over informatica en recht zijn: F. de Graaf e.a.: Hoofdstukken informaticarecht, Alphen aan den Rijn 1991, en H. Franken e.a.: Recht en computer, Deventer 1992.

zonder nut. De informatica leert ons deze gegevens productief te verwerken en daarmee in bruikbare informatie om te zetten.

De middelen die, door de ontwikkeling van de informatietechnologie ter beschikking zijn gekomen, kunnen we onderscheiden in de hardware — automaten voor de opslag en verwerking van gegevens —, de software — het geheel van instructies dat de computer/hardware aangeeft hoe gegevens moeten worden verwerkt — en apparatuur voor de overdracht van gegevens. Met de laatste categorie hebben we vooral het oog op telecommunicatieapparatuur. Een belangrijk punt bij rechtsvragen met betrekking tot toepassingen van informatietechnologie is, dat software wel op een fysieke gegevensdrager kan zijn neergelegd, maar op zich niet tastbaar van aard is, terwijl bovendien de hardware afhankelijk van de gebruikte software voor geheel verschillende doeleinden kan worden aangewend. Daarmee vraagt de informatietechnologie een andere benadering van de jurist dan bij voorheen gekende technologieën het geval is.

1.2 Identiteit

De grote verbreiding van de informaticatoepassingen brengt mee, dat de jurist in aanraking komt met problemen, die samenhangen met het gebruik van geautomatiseerde systemen. Die problemen zijn heel verscheiden van aard. Maar toch gaat het steeds om vragen die we als juridische problemen, als rechtsvragen kunnen aanduiden. Het bestaande rechtssysteem geeft ruimte aan degenen, die vernieuwend bezig zijn, beschermt ontdekkingen en maakt experimenten mogelijk. Tegelijkertijd moeten wetgevers en rechters het juridisch systeem aanpassen om nieuwe problemen en nieuwe vragen aan te kunnen. De tengevolge van de informatica opgekomen nieuwe feiten leiden tot rechtsvragen, die we onder de noemer van het *informatica-recht* brengen. Het betreft onderwerpen als privacy, computercontracten, produktenaansprakelijkheid, bewijs door middel van in een computer opgeslagen gegevens, bewaargeving van software, computerfraude en nieuwe kwesties met betrekking tot intellectuele eigendom.

Daarnaast kan de informatica mogelijkheden bieden voor de ontwikkeling van rechtswetenschap en praktijk. We hebben hier het oog op de elektronische verwerking van gegevens, die betrekking

hebben op het rechtsbedrijf. Daarbij denken we aan de inzet van elektronische hulpmiddelen voor

- administratieve handelingen: kantoorautomatisering en tekstverwerking;
- de beheersing van het informatieprobleem in rechtswetenschap en -praktijk: geautomatiseerde juridische documentatiesystemen en telecommunicatievoorzieningen;
- het analyseren en veranderen van juridische informatie- en beslissingsstructuren: simulatiemodellen, beslissingsondersteunende en expertsystemen.

Hier wordt de informatica ten dienste gesteld van het recht en spreekt men van rechtsinformatica.

Het blijkt, dat de ontwikkelingen in de informatica middelen verschaffen aan de jurist (rechtsinformatica), terwijl de jurist zijn instrumenten hanteert ten nutte van het publiek, dat met computers of telecommunicatieapparatuur werkt (informaticarecht). Deze activiteiten leveren genoeg vragen of problemen op om van een eigen vakgebied te kunnen spreken, zoals bijvoorbeeld het geval is met het milieurecht, ordeningsrecht, arbeidsrecht en familierecht.

In deze beschouwing zullen wij ons uitsluitend richten op een aantal privaatrechtelijke aspecten van de toepassingen van de informatietechnologie.

2. MAATSCHAPPELIJKE GEVOLGEN

2.1 *Kwetsbaarheid*

De informatietechnologie heeft een aantal veranderingen veroorzaakt in de samenleving, die kwantitatief en kwalitatief diep ingrijpen. De kwantiteit komt tot uiting in de exponentiële groei van het aantal gebruikers van de middelen van informatietechnologie: er is geen sector van de samenleving meer te noemen waar men niet met computers werkt. De kwalitatieve verandering houdt in, dat er voor bedrijven en instellingen als het ware een elektronisch brein met een zenuwstelsel in de organisatie wordt geschapen, waarmee besturings-, beheersings- en uitvoeringsprocessen worden ondersteund en gecoördineerd.

De organisaties raken daarmee ingesteld op deze symbiose van mens en computer, waardoor een grote mate van afhankelijkheid van de organisatie van geautomatiseerde apparatuur ontstaat. De aard van de informatietechniek brengt bovendien mee, dat processen van

beleid, beheersing en uitvoering meer abstract, complex en ondoorzichtig worden. Dit alles veroorzaakt een grote kwetsbaarheid van de organisaties, die zich bedienen van de moderne middelen van de informatietechnologie.

Deze kwetsbaarheid geldt voor allerlei plaatsen in de organisatie. De geautomatiseerde gegevensopslag, -verwerking en -overdracht houdt in, dat vele handelingen worden verricht zonder menselijke tussenkomst. Omdat er bij het verrichten van die handelingen geen mensen aanwezig zijn, die kennis kunnen nemen van hetgeen gebeurt en die deze handelingen kunnen vastleggen en daarmee bewijsmiddelen produceren, vervalt de mogelijkheid tot directe en ook sociale controle. In dit kader speelt een rol, dat als er nog gegevens worden vastgesteld dit nauwelijks meer geschiedt op papier. Men volstaat met een enkele vastlegging op magnetische of optische gegevensdragers. Door nonchalance of kwaadwilligheid kan men dan ook op eenvoudige wijze grote schade teweeg brengen. Misbruik is immers zeer snel uitvoerbaar. Automatisch en onbeperkt herhaalbaar en bovendien onzichtbaar omdat de sporen van schade toebrengende handelingen doorgaans bestaan uit gemakkelijk te wijzigen gegevens. Dit betekent, dat bewijs achteraf moet worden vervangen door programma's, waarin vooraf expliciet is vastgelegd welke handelingen — inclusief allerlei vanzelfsprekende daden — moeten worden verricht en hoe dat zal gebeuren. Deze programma's zullen door middel van intellectuele eigendomsrechten moeten worden beschermd, terwijl de leiding van een bedrijf of instelling haar afhankelijkheid van de personen, die voor de invoer en verwerking zorgdragen door middel van boeteclausules en non-concurrentiebedingen zal trachten te verminderen. De afhankelijkheid van de techniek zal men bovendien willen afwentelen op leveranciers van hard- en software, die hunnerzijds hun aansprakelijkheid zullen trachten te beperken. Vragen van aansprakelijkheid kunnen daarmee zowel betrekking hebben op het niet juist functioneren of hanteren van computers enz., maar ook op het overmatig vertrouwen daarop dan wel het ten onrechte niet gebruiken van de moderne toepassingen van de informatietechnologie.

2.2 Onomkeerbaarheid

Toepassing van de moderne informatietechnieken heeft een onomkeerbaar proces tot gevolg. Zoals de opkomst van de auto het ver-

keersrecht ingrijpend heeft gewijzigd, omdat een vrachtauto niet is te herleiden tot een aantal paarden, zo is thans door toedoen van de informatietechnologie zoal niet de wetgeving dan toch de rechtspraak aan ingrijpende wijzigingen onderhevig. Immers de computer doet het werk, dat een aantal menselijke breinen tevoren verrichtte. Het apparaat werkt echter anders en kan niet worden gelijkgesteld met de som van deze menselijke intellectuele capaciteiten. Daarom zal de invoering van een geautomatiseerd gegevensverwerkingssysteem in een organisatie altijd tot reorganisatie aanleiding geven. Daartoe is temeer reden omdat bij de analyse van het organisatieproces, dat men wil automatiseren, de sterke en zwakke punten daarvan aan het licht zullen komen. Zo'n reorganisatie kan — eenmaal uitgevoerd — niet worden teruggedraaid.

De vergelijking met mechanisering van handarbeid dringt zich hier op. Dit betekent, dat de beslissing tot 'automatisering' grote risico's met zich meebrengt. Uit procedures over mislukte automatisering blijkt, dat de schadeposten vaak zeer hoog zijn.² Met een dergelijk probleem kunnen thans velen worden geconfronteerd, zodat grote aandacht nodig is voor het zorgvuldig redigeren van automatiseringscontracten teneinde faalfactoren in het totale automatiseringstraject zoveel mogelijk uit te sluiten. Er zijn inmiddels diverse modellen ontwikkeld zowel door organisaties van leveranciers van computers en software als door gebruikersorganisaties.³

2.3 Geen eigendom

De term computerrecht stamt uit de tijd, dat de aandacht van de informatici voornamelijk uitging naar de hardware, terwijl de programma-technologie daarbij ver achter bleef. Leveranciers van hardware hadden de gewoonte om software gratis mee te leveren bij de aanschaf van apparatuur. Op den duur vond de ontwikkeling van software steeds meer machine-onafhankelijk plaats. In 1969 zorgde

2. Bijvoorbeeld HR 1 december 1972, NJ 1973, 103 en HR 11 april 1986, Computerrecht 1986/3, blz. 174.
3. J.M.A. Berkvens e.a.: Achter de schermen van automatiseringscontracten, Alphen aan den Rijn 1989; Jansen, Rinzema, D.W.F. Verkade: Modelcontracten automatisering Ministerie van Binnenlandse Zaken, 's-Gravenhage 1990; J.M.A. Berkvens e.a.: Automatiseringscontracten, modellen voor de praktijk, Deventer 1991.

IBM voor een doorbraak door een 'unbundling operatie' uit te voeren. Software werd een zelfstandig produkt.

Nu zijn er aan software twee kanten te onderscheiden. Enerzijds is er de lichamelijke kant van de gegevensdrager, welke als stoffelijk voorwerp object van eigendomsrecht kan zijn en als zodanig kan worden overgedragen. De drager is individualiseerbaar, uniek en men kan er macht over uitoefenen. Anderzijds kan men als de onlichamelijke kant van software de gegevens zelf beschouwen. Hierbij gaat het om een weergave van feiten, begrippen of instructies op een overeengekomen wijze, die ze geschikt maakt voor overdracht, interpretatie of verwerking door personen of door automatische middelen.⁴ Een computerprogramma is dan ook te beschouwen als een bijzondere categorie van gegevens, te weten een geheel van instructies, waarmee wordt beoogd om na invoer ervan in een aangepaste gegevensverwerkende machine deze machine een bepaalde taak te laten uitvoeren.⁵ Ten aanzien van deze feiten, begrippen of instructies kan men niet spreken van voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten (art. 3:2 BW) en evenmin van rechten, die overdraagbaar zijn of ertoe strekken stoffelijk voordeel te verschaffen (art. 3:6 BW).

Het is thans wel algemeen erkend, dat eigendom van gegevens niet mogelijk is,⁶ omdat het eigendomsrecht zich beperkt tot lichamelijke voorwerpen (art. 5:1 BW). De bescherming van onlichamelijke voorwerpen kan daarom uitsluitend plaatsvinden door middel van het intellectuele eigendomsrecht.

De discussie over eigendom van gegevens is vooral gevoerd naar aanleiding van het arrest van het gerechtshof te Arnhem,⁷ waarin verduistering van gegevens in de zin van art. 321 Sr. mogelijk is geacht alsof het ging om goederen, die zouden toebehoren aan degene, wiens gegevens werden gekopieerd. Op deze uitspraak is veel kritiek geweest. De opvatting van het Hof houdt ook geen stand,

4. H. Franken e.a.: Informatietechniek en strafrecht, 's-Gravenhage 1987, blz. 15 e.v.
5. G. Vandenberghe: Bescherming van computersoftware, Antwerpen/Deventer 1984, blz. 57 e.v. Zo ook de definitie in de WIPO-Model Provisions.
6. D.W.F. Verkade: Gegevensbescherming en privaatrecht, Praeadvies Ned. Jur. Ver. 1988, blz. 37; E.P.M. Thole: Software, een 'novum' in het vermogensrecht, Deventer 1991, blz. 44 e.v.
7. Hof Arnhem 27 oktober 1983, NJ 1984, 80.

omdat gegevens weliswaar evenals materiële goederen overdraagbaar, reproduceerbaar, beschikbaar en economisch waardeerbaar zijn — criteria ontleend aan het electriciteitsarrest⁸ — maar er zijn ook duidelijke verschillen.⁹

Goederen — waaronder ook electriciteit is begrepen — zijn het produkt van fysieke arbeid, terwijl gegevens de vrucht van geestelijke arbeid zijn: gegevens vormen immers een weergave van kennisinhoud. Dat bij het weergeven daarvan ook — enige — fysieke arbeid wordt verricht is van secundaire betekenis. In dit verband wees de Hoge Raad al in 1921 op de functie van het intellectueel eigendomsrecht, dat moet worden onderscheiden van rechten op stoffelijke voorwerpen.

Bovendien zijn goederen uniek: eigendom ervan of beschikking erover impliceert dat anderen die eigendom of die beschikking niet kunnen hebben. Daarentegen zijn gegevens multiple: beschikking erover sluit niet uit dat ook anderen over dezelfde gegevens beschikken. Om die reden is het problematisch om het kopiëren van gegevens en programma's als toeëigenen aan te merken. Bij het kopiëren wordt immers niets aan de macht van de rechtmatige 'eigenaar' onttrokken. Hij blijft de beschikking over de gegevens houden. Hij verliest alleen de *exclusieve* beschikking daarover. Ook de wel bepleite bescherming via een binding tussen het eigendomsrecht op de drager en de op die drager aangebrachte gegevens¹⁰ is niet wel houdbaar nu software niet alleen gemakkelijk kan worden gekopieerd naar andere gegevensdragers, maar het ook veelvuldig voorkomt, dat er aan het gebruik van software geen drager te pas komt, bijvoorbeeld bij de uitwisseling via on-line verbindingen (E-mail).

Deze opvatting heeft consequenties voor wat betreft de bescherming van gegevens en de juridische kwalificatie van rechtshandelingen met betrekking tot gegevensverzamelingen. De bepalingen uit het goederenrecht kunnen wij niet zonder meer hanteren. Wij zullen ons moeten richten op het auteursrecht en de daaruit afgeleide regels met betrekking tot exploitatie, bescherming, bezit, overdracht en vestiging van zekerheidsrechten op software.

8. HR 23 mei 1921, NJ 1921, blz. 564.

9. Informatietechniek en strafrecht (vgl. noot 4), blz. 37 e.v.

10. E.J. Dommering: Gegevensbescherming. Bespreking van de vier praeadviezen voor de vergadering van de Ned. Jur. Ver. 1988, Computerrecht 1988/2, blz. 64.

3. VERBINTENISSENRECHT

3.1 *Contractsvormen*

De overeenkomsten tot aanschaf van apparatuur en programmatuur vertonen aspecten van diverse soorten overeenkomsten. De aanschaf van apparatuur zal doorgaans als koop, huur of lease zijn te kwalificeren. Bij de aanschaf van p.c.'s zal de consument/koper zich kunnen beroepen op de nieuwe bepalingen van Boek 7. Onderhoud van apparatuur zal doorgaans geregeld zijn als aanneming van werk of eventueel als het verrichten van enkele diensten (opdracht).

Bij de aanschaf van programma's moeten we onderscheid maken tussen de aanschaf van standaardprogramma's of van maatwerkprogrammatuur. In het eerste geval gaat het om koop met de overdracht van het auteursrecht op de software of het verstrekken van een gebruiksrecht of licentie. Bij de maatwerksoftware spreken we van een ontwikkelovereenkomst in de vorm van aanneming van werk¹¹ met als resultaat het verlenen van een gebruiksrecht dan wel de overdracht van het auteursrecht op de ontwikkelde software. Hier speelt het niet fysieke karakter van software een duidelijke rol. Dit betekent, dat allerlei handelingen met betrekking tot programmatuur moeten worden beoordeeld in het kader van het auteursrecht. Zo zal de levering van het auteursrecht (vgl. art. 3:95 BW jo. art. 2 Auteurswet) door middel van een akte moeten geschieden, terwijl handelingen als het gebruik, de vastlegging op een gegevensdrager, het maken van een back-up kopie, de omzetting in een andere vorm en de primaire verspreiding van programma's steeds als openbaarmaking en/of verveelvoudiging moeten worden gekwalificeerd.

De afnemer zal doorgaans een voorkeur hebben voor koop en overdracht van het auteursrecht, waarbij de niet-professionele gebruiker op grond van artikel 7:5 en 7:47 BW verdergaande bescherming pretendeert te genieten dan waarop hij onder het oude BW aanspraak had.

Verder is bij formulering als aanneming van werk eerder te denken aan een resultaatsverbintenis, terwijl een overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten (opdracht) vrij snel tot een interpretatie zal leiden die aangeeft, dat er slechts sprake is van inspan-

11. E.H. Hondius: Computercontracten, privaatrechtelijke aspecten, in F. de Graaf e.a.: Hoofdstukken informaticarecht, blz. 70; H. Franken: Burgerlijk recht en informatica, WPNR 5885 (1988), blz. 464.

ningsverplichtingen. Voor de bewijspositie van partijen is dit onderscheid essentieel.

In de automatiseringsbranche is vaak sprake van het ter beschikking stellen en installeren van hele computersystemen. De levering van hardware en software wordt dan meteen aangevuld met andere vormen van dienstverlening zoals onderhoud en opleiding. Het totaal van de verplichtingen van de leverancier(s) wordt dan bepaald door de specifieke eigenschappen van de diverse onderdelen van de overeenkomst, bijvoorbeeld leasing van hardware, koop van standaardsoftware, aanneming van werk en het verlenen van een licentie ten aanzien van maatwerksoftware, dienstverlening met betrekking tot opleiding en aanneming van onderhoud. Van belang is wel, dat de afnemer ten aanzien van het totaal van de verplichtingen van de leveranciers zekerheid bedingt, zodat niet de verspreiding over een veelheid van rechtspersonen de nakoming van de totale prestatie in gevaar brengt. Ook kunnen aansluitings- en compatibiliteitsproblemen worden veroorzaakt door gebruik te maken van het aanbod van diverse leveranciers (multi vendorproblematiek). In dit verband verdient het zogenaamde turnkey contract vermelding. De afnemer vraagt een totaaloplossing voor het te automatiseren project, dat in zijn opdracht door een derde geschiedt, die als hoofdaannemer verantwoordelijk is voor de volledige realisatie daarvan. De opdrachtgever hoeft slechts een sleutel om te draaien om het volledige gebruik van het systeem te verkrijgen.

De tegenpool van deze benadering is de zogenaamde bodyshopping: het project wordt in eigen beheer door de opdrachtgever uitgevoerd, die daartoe werknemers van de leverancier ter beschikking gesteld krijgt, die onder verantwoordelijkheid van de opdrachtgever hun taak vervullen.

De praktijk geeft de laatste jaren bij deze gebundelde verbintenissen steeds meer gedetailleerde contracten te zien, waarbij een verschuiving optreedt van inspanningsverbintenissen op basis van uurtarief naar omschreven resultaten voor een vaste prijs. Het spreekt, dat deze ontwikkeling volledig voor rekening komt van de ten gunste van de afnemers gewijzigde machtsverhoudingen. Het feit, dat er meer bepalingen van dwingend recht in het NBW zijn opgenomen, heeft hiertoe nauwelijks bijgedragen.

3.2 *Kwalitatieve plichten*

Partijen, die over een professionele deskundigheid beschikken, hebben een voorsprong ten opzichte van hun wederpartij. In recente rechtspraak blijkt, dat deze voorsprong de plicht op de deskundige legt zijn (toekomstige) contractspartij uitgebreid en terzake kundig te informeren over de aard en omvang van de wederzijdse rechten en verplichtingen. Wij zouden hier van kwalitatieve plichten kunnen spreken, niet te verwarren met die in artikel 6:252 zijn geregeld. De dwalingsregel (art. 6:228 BW) geeft een duidelijk aanknopingspunt voor deze benadering. Een beroep op een toerekenbare tekortkoming (art. 6:74) vanwege het veroorzaken van een onjuiste voorstelling van zaken bij de afnemer heeft in tegenstelling tot de dwalingsactie het gevolg, dat er nakoming, ontbinding en/of schadevergoeding kan worden gevraagd. Het is aannemelijk, dat de deskundige computerleverancier of automatiseringsadviseur er daarbij thans niet meer onderuit zal kunnen te stellen en eventueel te bewijzen, dat hij in overeenstemming met de zorgvuldigheid en deskundigheid van een redelijk handelende leverancier c.q. adviseur zijn klant heeft ingelicht.¹² Dit betekent, dat de leverancier/adviseur niet alleen zo volledig mogelijk de opdrachtgever moet informeren over de opzet, organisatie en consequenties van de automatisering, maar ook de opdrachtgever moet waarschuwen voor eventuele risico's daarvan. De leverancier/adviseur is daartoe pas in staat wanneer hij eerst een deugdelijk onderzoek heeft ingesteld naar de structuur van het bedrijf, waar de automatisering zal worden aangebracht. De afnemer moet daartoe ook alle medewerking geven.¹³ Vervolgens zal de leverancier zijn offerte op de reële bij de klant aangetroffen situatie moeten baseren. Het voortraject voor een automatiseringscontract blijkt hiermee van groot belang.

Vanwege de complexiteit van de samengestelde overeenkomst is het gebruikelijk een letter of intent op te stellen of een voorovereenkomst te sluiten. Hierin kunnen de spelregels voor de informatiefase worden vastgelegd. Niet alleen wordt daarbij duidelijkheid verschaft over de positie van partijen ten opzichte van elkaar met betrekking tot de komende hoofdverplichtingen, maar ook met betrekking tot het garanderen van de vertrouwelijkheid van de verschaft informatie.

12. Vgl. ook HR 1 juni 1990, NJ 1991, 759.

13. Rb. 's-Gravenhage 26 maart 1986, Computerrecht 1986/3, blz. 185.

tie en de positie van het daarbij betrokken personeel. Het zou nuttig zijn wanneer de brancheorganisatie van computer- en softwareleveranciers (COSSO) voor deze voorfase een gedragscode zou ontwerpen. Hondius heeft in dit verband al eens gewezen op de standaardregeling van art. 6:214 BW.¹⁴

Overigens zal bij de uitvoering van de overeenkomst de Haviltex-formule¹⁵ en de werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 BW) de basis zijn voor een uitleg van het complex van automatiseringsovereenkomsten, die is gericht op een evenwichtige situatie van de partijen. Daarom zal niet alleen de deskundige leverancier/adviseur de zwaarste informatielasten dragen. In het bovengeciteerde Haagse vonnis is bijvoorbeeld de aansprakelijkheid voor een mislukte automatisering bij de afnemer gelegd, die minimale medewerking had verleend en onvoldoende had gezorgd voor de aanwezigheid van geschoold personeel.

3.3 Aansprakelijkheid

Mislukte automatisering kost veel geld, vaak zeer veel geld. De schade kan ten laste komen van de leverancier/producent, de opdrachtgever/koper en/of de adviseur. De laatste figuur treedt bij automatiseringsovereenkomsten veelvuldig op en kan verantwoordelijk worden geacht voor allerlei soorten schadeposten, zoals ten gevolge van vertraging in de uitvoering van de opdracht, schending van bedrijfsgeheimen, vergissingen bij vaststelling en onvoorzichtigheid tijdens testhandelingen. Als criterium geldt de professionele standaard, dat wil zeggen het handelen dat van een redelijk handelend en bekwaam automatiseringsadviseur mag worden geëist.¹⁶

Meer gespecificeerd zullen de eisen van zorgvuldigheid en deskundigheid inhouden, dat de adviseur vakbekwaam moet handelen (1), een eigen verantwoordelijkheid moet dragen, dat wil zeggen onafhankelijk van zijn opdrachtgever en eventuele leveranciers (2), en een zelfstandige inlichtingenplicht heeft (3). De laatste verplichting is in de vorige paragraaf uitgewerkt. Voor de beoordeling van aansprakelijkheid vanwege het verrichten van diensten speelt het ontwerp van een E.G.-richtlijn¹⁷ al een zekere rol. In deze richtlijn

14. E.H. Hondius (vgl. noot 11), blz. 68 met verwijzing naar verdere literatuur.

15. HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635.

16. HR 11 april 1986, Computerrecht 1986/3, blz. 174.

17. Richtlijn van de Raad inzake de aansprakelijkheid voor diensten COM (90) 482

wordt uitgaande van schuldaansprakelijkheid een omkering van de bewijslast voorgesteld. De voorsprong in kennis van de professionele dienstverlener ten opzichte van de particuliere opdrachtgever vormt het argument voor dit in automatiseringsland ingrijpende, maar mijns inziens zeker te rechtvaardigen voorstel.

De leverancier kan tekort schieten in de nakoming ten aanzien van de verschuldigde prestatie en/of het niet in acht nemen van opleveringstermijnen dan wel met betrekking tot bijkomende verplichtingen. Het eerste onderdeel vormt veelvuldig een bron van onenigheid. Gaat het om toegezegde eigenschappen of om de levering van wat de opdrachtgever verwacht? In de praktijk blijkt over beide onderdelen van deze vraag onduidelijkheid: Er staat niet voldoende vast wat het systeem volgens de contractuele omschrijving moet kunnen en evenmin wat de expliciete eisen van de opdrachtgever zijn. Contractsuitleg volgens art. 6:248 BW is in de automatiseringswereld een uitkomst. Daarbij wordt dan de positie van de opdrachtgever met diens eigen verantwoordelijkheid begrepen zoals ten aanzien van de informatieverstrekking, ter beschikking stelling van het personeel, medewerking ten aanzien van de opstelling van het programma van eisen en instructie van de achterban, dat wil zeggen het personeel, dat uiteindelijk met het systeem moet werken.

Aangezien de levering en installatie van automatiseringstoepassingen vaak enige tijd in beslag neemt, waarbij partijen wederzijds zullen moeten presteren onder gebondenheid aan termijnen, komen opschortingsrechten in beeld. Het oude BW kende de *exceptio non adimpleti contractus* slechts voor koop, hoewel de rechtspraak ruimhartig met de exceptie omging. Art. 6:52 en 6:262 BW geven nu een duidelijk handvat om pas verder te presteren als de opdrachtgever geen betalingsachterstand meer heeft of om pas meer te betalen als de opdrachtnemer tijdig voldoende kwaliteit levert. In de praktijk is het nogal eens problematisch wie het eerst nalatig bleef, terwijl een multi vendor situatie kan veroorzaken, dat het opschortingsrecht van de opdrachtgever illusoir blijkt, omdat de nalatigheid aan een andere rechtspersoon moet worden toegerekend.

De produktenaansprakelijkheid van art. 6:185 BW e.v. vormt nog een onderwerp van discussie in het informaticarecht. Het belang van de aldaar aangegeven risicoaansprakelijkheid van de producent

moge blijken uit het voorbeeld waarbij een patiënt in een ziekenhuis overlijdt ten gevolge van een gebrek in een computer gestuurde scanner.¹⁸ De vraag is of software als een produkt in de zin van art. 6:187 BW moet worden verstaan.¹⁹ Argumenten tegen deze opvatting zijn: a. software is niet stoffelijk en kan daarom geen roerende zaak zijn, b. software is informatie en wordt niet industrieel vervaardigd via een technisch proces, c. elektriciteit is wel apart in de Richtlijn produktenaansprakelijkheid genoemd, d. de ontwikkeling van software is een dienst. Wat er van deze argumenten ook zij, de steeds grotere afhankelijkheid van software en de buitengewoon lastige controleerbaarheid van de deugdelijkheid daarvan rechtvaardigen het oordeel, dat de gebruiker zich op de produktenbescherming moet kunnen beroepen.

Ten slotte zij vermeld dat aansprakelijkheidsbeperkingen en bedingen tot uitsluiting van aansprakelijkheid schering en inslag vormen in automatiseringscontracten. In standaardcontracten van leveranciers wordt doorgaans iedere aansprakelijkheid voor gevolgschade uitgesloten, terwijl de aansprakelijkheid voor directe schade wordt beperkt tot een vast bedrag (vaak de omvang van de opdracht). Contracten van (machtige) afnemers (BiZa contracten) staan geen beperkingen toe, maar vermelden boeteclausules voor nalatigheden of termijnoverschrijdingen van de leverancier. Met de uitspraken van Saladin/HBU en vervolgens Van der Meer/Smilde en Hooijen/THB heeft de rechtspraak criteria voor de toetsing ontwikkeld.²⁰ Voor consumententransacties kunnen wij nu bovendien kijken naar de artt. 6:236 en 237 BW, waarin zowel van beperking van de aansprakelijkheid als over bewijsuitsluitingen of -beperkingen wordt gerept. Gaat het over transacties van ondernemers dan kan art. 6:233 BW nog een oplossing bieden.

Een probleem vormen de zogenaamde shrink-wrap licentieovereenkomsten. Het is bekend, dat algemene voorwaarden niet toepasselijk zijn als de wilsovereenstemming tussen partijen ontbreekt.²¹

18. Computerworld 16 augustus 1976, blz. 16.

19. C.J.M. Klaassen: Risico-aansprakelijkheid, Zwolle 1991, blz. 163 e.v., F.A.M. van der Klaauw-Koops: Aansprakelijkheid en verrekening, in: H. Franken e.a. (vgl. noot 1) blz. 89 e.v.

20. HR 19 mei 1967, NJ 1967, 261, HR 25 april 1986, NJ 1986, 714 en HR 16 januari 1987, NJ 1987, 553.

21. HR 9 december 1977, NJ 1978, 187.

Dat laatste kan men zich afvragen wanneer de verkoop van software geschiedt terwijl onder doorzichtig plastic aan de buitenzijde van de doos met diskettes een mededeling is verpakt, die inhoudt, dat de afnemer de doos ongeopend moet teruggeven indien hij niet akkoord gaat met de — in veel kleine lettertjes geformuleerde — voorwaarden van de licentieovereenkomst. Opent hij de doos toch dan heeft hij de voorwaarden van de licentieovereenkomst zonder enig voorbehoud aanvaard.

3.4 Schadevergoeding

Miljoenenclaims vormen in de automatiseringsbranche beslist geen uitzondering. Het NBW geeft met art. 6:98 een antwoord op de causaliteitsvraag waarover lang is gestreden. De toerekening naar redelijkheid moet thans ook bij wanprestatie worden toegepast. Dit betekent, dat in beginsel ook alle gevolgschade tot de te vergoeden schade moet worden gerekend. In andere opzichten wordt de aansprakelijkheid in het NBW beperkt. Zo heeft de regeling van de produktenaansprakelijkheid alleen betrekking op letselschade en zaakschade die in de privé-sfeer is geleden (art. 6:190) en bij consumentenkoop is de verkoper — althans in gevallen van produktenaansprakelijkheid — voor de in artikel 6:190 BW genoemde schade in beginsel juist niet aansprakelijk (7:24 lid 2 BW).

Automatiseringsrelaties overziende kan men stellen dat de vergoeding van de gevolgschade afhankelijk is van de naar ervaringsregels meerdere of mindere mate waarin het gevolg waarschijnlijk is, van de mate van verwijdering van het gevolg, van de schuld van de leverancier en van de vraag of laatstgenoemde een bedrijf uitoefent. Het al of niet verzekerd zijn kan tegenwoordig bij de toerekeningsvraag eveneens een rol spelen. Zo bij elkaar genomen lijkt de oude adequatietheorie niet zover achter ons te zijn gelaten. Bovendien verdient art. 6:109 BW (matigingsrecht) in dit kader eveneens uitdrukkelijk vermelding.

4. ZEKERHEID

4.1 Pandrecht

Met de aanschaf en ontwikkeling van software kunnen aanzienlijke investeringen zijn gemoeid. Evenals andere vermogenswaarde van een onderneming is software daarom van belang voor het verschaffen van zekerheid aan crediteuren. Art. 3:236 lid 2 BW geeft aan,

dat pandrecht op andere goederen dan roerende zaken of rechten aan toonder of order wordt gevestigd op overeenkomstige wijze als voor de levering van het te verpanden goed is bepaald. Naar aanleiding van onze constatering in paragraaf 2.3, dat men zich voor de levering van software op het auteursrecht moet richten, is krachtens art. 3:95, 98 BW jo. art. 2 lid 2 Auteurswet pandrecht op (het auteursrecht op) software mogelijk door middel van een daartoe bestemde authentieke of onderhandse akte. Hetzelfde geldt voor een stille verpanding van (het auteursrecht op) software. Immers de stille verpanding van art. 3:239 BW betreft pandrecht op vorderingen op naam; deze bepaling heeft daarom geen betrekking op absolute rechten zoals het auteursrecht. Voor de vestiging van stil pandrecht op software gelden derhalve krachtens art. 3:236 lid 2 BW dezelfde eisen als voor de levering en voor de vestiging van een 'gewoon' pandrecht.

De verruiming, die het NBW brengt terzake van de levering bij voorbaat van toekomstige goederen (art. 3:97 NBW) werkt mijns inziens ook door ten aanzien van de levering van een toekomstig auteursrecht. De enige eis die daarbij wordt gesteld is het in art. 3:84 lid 2 NBW bepaalde, dat een goed bij de titel 'met voldoende bepaaldheid omschreven' dient te zijn.

4.2 Escrow

Van meer dan dogmatisch belang is de wijze waarop in de praktijk zekerheid met betrekking tot software wordt gevestigd. Daarbij speelt een rol, dat software (in ieder geval) twee verschijningsvormen heeft. In de eerste plaats de source-code versie, die is geschreven in een hogere programmeertaal, welke er nog enigszins voor de mens begrijpelijk uit ziet. Deze code wordt door een compiler of interpreter omgezet in machinetaal dat wil zeggen instructies waar de computer mee kan werken. Daarmee hebben we de object-code, die voor de mens nauwelijks te lezen is. De leverancier van software stelt nu op grond van commerciële overwegingen (klantenbinding) of om veiligheidsredenen (tegengaan van kopiëren) alleen de object-code ter beschikking van zijn afnemer.

Deze handelwijze houdt wel risico in voor de afnemer. Als het bedrijf van de leverancier wordt geliquideerd, is de afnemer niet meer zeker van de verzorging van het onderhoud van de programmatuur. Bovendien wordt de afnemer sterk afhankelijk gemaakt van

de leverancier. Wijzigingen of aanpassingen (up-dating) van de programmatuur kan de afnemer zonder te beschikken over de source-code versie niet zelf uitvoeren en de leverancier kan daarom voor die activiteit een exorbitant hoge prijs vragen.

Deze problemen in de relatie leverancier-opdrachtgever lopen parallel met de eventuele wenselijkheid om software als een belangrijke actiefpost van een onderneming in aanmerking te doen komen om als zekerheid voor de crediteuren te dienen door middel van de vestiging van een stil pandrecht. Voor de beoordeling van de geschiktheid van software voor zekerheidsverschaffing geldt wel, dat de software vluchtig is: er komen snel en veelvuldig wijzigingen in de toepassingswijze voor. Bovendien dreigt steeds gevaar van illegaal kopiëren en daarmee van waardedaling van het pakket. Van belang is, dat de stille pandhouder voor de mogelijkheid tot het aanbrengen van wijzigingen of aanpassingen zonder daarbij afhankelijk te zijn van de medewerking van de gebruiker (debiteur) ook moet beschikken over de source-code (inclusief documentatie). In deze situatie geldt eveneens, dat de gebruiker (debiteur) deze source-code niet gaarne uit handen geeft.

Om uit dit probleem te komen en zowel een garantie mogelijk te maken voor de crediteur van de rechthebbende op de software als een waarborg te creëren voor de gebruiker ten einde de continuïteit van zijn bedrijfsvoering veilig te stellen, is een bewaargevingsconstructie ontworpen. Met spreekt van source-code escrow, dat wil zeggen de broncode van de programmatuur wordt in consignatie gegeven aan een onafhankelijke derde (escrow agent of in Nederland meestal een notaris).

De bewaarnemer heeft dan wel enige bijzondere verplichtingen, die het beste in een driepartijenovereenkomst kunnen worden vastgelegd. In de eerste plaats moet de bewaarnemer ervoor zorgen, dat de software in bruikbare vorm blijft. Voorts zal hij zich ervan moeten vergewissen of hij wel de juiste broncode heeft ontvangen en of deze volledig is. Daartoe moet hij beschikken over de source listing, welke alle programma's inclusief verbeteringen en aanvullingen bevat met de volledige documentatie en instructies voor het kopiëren en updaten van het programma. Ten slotte zal een voorwaardelijke eigendomsoverdracht van de programmatuur moeten worden opgesteld, die inhoudt dat bijvoorbeeld bij faillissement, liquidatie van het bedrijf van de leverancier of bij het niet nakomen van in de akte

gespecificeerde verplichtingen, de bewaarnemer de gegevensdrager (tape, diskette, hard-disk) met de opgeslagen informatie en bijbehorende documentatie gaat houden voor de afnemer dan wel crediteur die na deze incidenten daarover mag beschikken.

De source-code escrow is een belangrijk middel om de belangen- tegenstelling tussen leveranciers en gebruikers op te heffen en software geschikt te maken voor de vestiging van zekerheidsrechten.

5. BESLUIT

De toepassingsmogelijkheden van de informatietechnologie verdienen de aandacht van de jurist. Er zijn nieuwe rechtsvragen, die met behulp van bestaande en nieuwe regelgeving kunnen worden aangepakt. De boeken 3, 5 en 6 helpen ons aardig vooruit. Een tweede generatie problemen betreft de uitwerking van de nieuwe regelingen overeenkomstig de dogmatiek van in casu het privaatrecht. Immers na de keuze van de wetgever of rechter voor een bepaald regime, bijvoorbeeld bij software voor het auteursrecht, rijzen vervolgens vragen met betrekking tot de originaliteit van het werk, het verschaffen van zekerheid enz. Toch kan er daarna nog een derde generatie vragen rijzen. Aan bepaalde problemen in verband met de toepassingen van informatietechnologie kleven zoveel verschillende facetten, die hun regeling vinden in diverse juridische disciplines, dat het gevaar niet denkbeeldig is, dat de gemeenschappelijke noemer onvoldoende aandacht krijgt met als gevolg ondoorzichtigheid en onzekerheid. Voor onderwerpen als EDI (Electronic Data Interchange) dienen de diverse aspecten als aansprakelijkheid, bewijs, privacybescherming, fraude en telecommunicatie als een samenhangend geheel te worden behandeld. De privaatrechtelijk geschoolde jurist zal daarom in de toekomst aanpalende heerlijkheden in zijn beschouwing moeten betrekken.