



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Automatisering, aansprakelijkheid en verzekering.

Klaauw-Koops, F.A.M. van der; Graaf, T.J. de; Franken, H.; Kaspersen, H.W.K.; Wild, A.H. de

Citation

Klaauw-Koops, F. A. M. van der, & Graaf, T. J. de. (2004). Automatisering, aansprakelijkheid en verzekering. In H. Franken, H. W. K. Kaspersen, & A. H. de Wild (Eds.), *Recht en computer* (pp. 117-149). Deventer: Kluwer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/47270>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/47270>

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

Automatisering, aansprakelijkheid en verzekering

Mr. F.A.M. van der Klaauw-Koops en mr. T.J. de Graaf***

4.1. Inleiding

Alhoewel de automatisering de laatste decennia stevig is ingeburgerd in de samenleving en binnen de huidige informatiemaatschappij niet meer kan worden gemist, kan niet worden gezegd dat automatiseren een probleemloze activiteit is. Onzekerheid over de wederzijdse rechten en plichten, overschrijdingen van de kosten en termijnen en over en weer teleurgestelde verwachtingen omtrent het bereikte resultaat vormen, als het om automatiseren gaat, geen zeldzaamheid. Vaak betreft de automatisering essentiële onderdelen van de bedrijfsvoering. Een bedrijfsmatige chaos, juridische procedures en de dreiging van een financiële strop liggen dan op de loer, met name bij het uitvoeren van de meer omvangrijke automatiseringsprojecten.

Gezien bovenstaande constatering is een blik gericht op de rechten en plichten en de daarmee samenhangende aansprakelijkheid van de contractspartijen die zijn betrokken bij een automatiseringsproject op zijn plaats. In dit hoofdstuk gaat par. 4.2 allereerst kort in op de fase van totstandkoming van ICT-contracten alvorens in par. 4.3 de contractuele aansprakelijkheid aan bod komt.¹

Naast de contractuele aansprakelijkheid op grond van een toerekenbare tekortkoming van een contractspartij, bestaat de mogelijkheid van een wettelijke aansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad (art. 6:162-197 BW). De productaansprakelijkheidsregeling (art. 6:185-193 BW) is hiervan een *lex specialis*. In het kader van de betekenis van de productaansprakelijkheid op het vlak van de informatie- en communicatietechnologie wordt in par. 4.4 een beschouwing gewijd aan de vraag of software een ‘product’ is en aan de betekenis van de overige in dat licht relevante begrippen die worden gehanteerd in genoemde wettelijke bepalingen over de productaansprakelijkheid.

Samenhangend met de aansprakelijkheidsvragen wordt in par. 4.5 tenslotte aandacht besteed aan vragen naar de verzekerbaarheid van automatiseringsrisico's.

* Franke van der Klaauw is verbonden aan eLaw@Leiden, centrum voor recht in de informatiemaatschappij.

** Tycho de Graaf is advocaat bij NautaDutilh te Amsterdam en onderzoeker bij eLaw@Leiden, centrum voor recht in de informatiemaatschappij. Hij dankt Ruprecht Hermans voor zijn commentaar op een eerdere versie van deze bijdrage.

1 Zie voor meer informatie over het begrip ‘ICT-contract’ hoofdstuk 3 van dit boek van C. Stuurman.

4.2. Totstandkoming van ICT-contracten

4.2.1. *Precontractuele verhoudingen, het totstandkomen van aanbod en aanvaarding*

‘Een overeenkomst komt tot stand door aanbod en aanvaarding daarvan’, aldus art. 6:217 BW. Bij veel automatiseringscontracten heeft het echter heel wat voeten in de aarde voordat partijen overeenstemming weten te bereiken en de overeenkomst werkelijk tot stand is gekomen. Een lange periode van onderhandelen en onderlinge afstemming van wensen en mogelijkheden gaat aan menig automatiseringscontract vooraf.

Toch kan hetgeen zich tijdens deze periode voordoet later, bij het bepalen van de gevolgen van de overeenkomst of bij vragen over bijvoorbeeld dwaling, een rol spelen. ‘Partijen komen immers door in onderhandeling te treden over het sluiten van een overeenkomst tot elkaar te staan in een bijzondere, door de goede trouw beheerste rechtsverhouding, medebrengende dat zij hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij’, zo bepaalde de Hoge Raad in het arrest *Baris/Riezenkamp*.²

Hoewel het contractenrecht uitgaat van het beginsel van contractsvrijheid, bepaalt de ontstane ‘rechtsverhouding’ mede de ruimte waarbinnen de onderhandelingen plaats dienen te vinden. Zo kunnen al tijdens de precontractuele periode voor partijen wederzijdse verplichtingen ontstaan. Welke verplichtingen dat zijn, is afhankelijk van de omstandigheden en van de fase waarin de onderhandelingen zich bevinden. In het arrest *Plas/Valburg*³ uit 1982 onderscheidde de Hoge Raad in de precontractuele periode drie fasen. In de eerste fase zijn partijen nog vrij de onderhandelingen af te breken. In de tweede fase staat dat partijen echter niet meer vrij zonder de door de wederpartij gemaakte kosten geheel of gedeeltelijk te vergoeden. In een derde fase zijn de onderhandelingen in een zodanig stadium gekomen dat het afbreken zelf in strijd met de goede trouw is, omdat partijen er over en weer op mochten vertrouwen dat, zoals de Hoge Raad dit uitdrukte: ‘enigerlei contract in ieder geval uit de onderhandeling zou resulteren’. In dat geval is plaats voor een vordering tot voortzetting van de onderhandelingen of tot schadevergoeding. Zo gaf de Hoge Raad in het arrest *Vaessen-Schoenmaker Holding/Shell* aan, dat ook de gederfde winst voor vergoeding in aanmerking komt, indien aannemelijk is dat bij voortzetting van de onderhandelingen een bepaalde overeenkomst tot stand zou zijn gekomen.⁴

Partijen kunnen echter in een zogeheten voorovereenkomst anders bepalen en op die manier invloed uitoefenen op de precontractuele wederzijdse rechten en plichten. Toen verzekeringsbedrijf Averro in een *letter of intent* uitdrukkelijk het recht had voorbehouden om de onderhandelingen over het ontwikkelen en licentiëren van programmatuur met softwarebedrijf Sherwood en distributeur BSA op

2 HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 (*Baris/Riezenkamp*).

3 HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723 (*Plas/Valburg*).

4 HR 23 oktober 1987, NJ 1988, 1017 (*Vaessen-Schoenmaker Holding/Shell*).

ieder moment en zonder opgave van redenen eenzijdig af te breken, stond de rechtbank Avero toe zich, nu er nog geen definitieve overeenstemming bestond, te beroepen op dit voorbehoud. Dit zou volgens de rechtbank slechts anders zijn geweest als er sprake zou zijn van bijzondere omstandigheden op grond waarvan het beroep van Avero in strijd zou zijn met de tussen partijen geldende eisen van de redelijkheid en billijkheid.⁵

De meningen over de grondslag van vorderingen op basis van precontractuele rechten en plichten lopen uiteen. Wordt de grondslag gevormd door een onrechtmatige daad, is er een zelfstandige grondslag of is de vordering gebaseerd op de redelijkheid en billijkheid alhoewel er strikt genomen nog niet kan worden gesproken van een overeenkomst?

4.2.2. Overheidsaanbestedingen

In het kader van het juridisch belang van de verschillende fasen die voorafgaan aan het sluiten van de overeenkomst, neemt het totstandkomen van contracten in de publieke sector op basis van de aanbestedingsregels een aparte plaats in. De publieke sector verricht zijn taken ook niet meer zonder grootschalig gebruik te maken van de nieuwe technologieën die de ICT heeft te bieden. De precontractuele fase van een aanbesteding volgens de Europese aanbestedingsrichtlijnen wordt beheerst door die richtlijnen.⁶ Nu is het de vraag in hoeverre er dan nog ruimte is voor de uit de jurisprudentie afgeleide regels die in de vorige paragraaf zijn aangehaald. De precontractuele fase wordt bij een dergelijke aanbesteding immers geheel geleid door de procedures zoals die zijn vastgelegd in de Europese aanbestedingsrichtlijnen, die in hun geheel als algemene maatregel van bestuur zijn geïmplementeerd in het Nederlandse recht. Er wordt tussen de betrokken partijen in een aanbestedingsprocedure in beginsel niet onderhandeld, behalve bij uitzondering onder bepaalde, heel beperkte voorwaarden.

Toch kunnen zich mijns inziens ook tijdens de precontractuele aanbestedingsprocedure situaties voordoen, waarin de hierboven aangehaalde rechtsregel, zoals deze is geformuleerd in het arrest *Baris/Riezenkamp*, van betekenis is. In voorkomende situaties dienen mijns inziens de aanbestedingsregels met inachtneming van de concrete omstandigheden ook te worden geïnterpreteerd dan wel nader ingevuld op een wijze die recht doet aan de tussen partijen bestaande bijzondere, door de goede trouw beheerste rechtsverhouding, medebrengende dat zij hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij. Te denken valt aan de formulering, het gebruik, de relevantie en de proportionaliteit van de gehanteerde selectie- en gunningscriteria.

Evenzo kan de *Plas/Valburg*-uitspraak een rol spelen. Te denken valt hierbij aan verschillende situaties waarin een aanbestedende dienst besluit om na het

⁵ Rb. Leeuwarden 26 mei 1999, *Computerrecht* 2000, p. 38 e.v.

⁶ Zie voor een bespreking van het aanbestedingsrecht hoofdstuk 3 van dit boek van C. Stuurman.

doorlopen van (een deel van) een aanbestedingstraject de opdracht toch maar niet te gunnen.

4.2.3. *Dwaling en misbruik van omstandigheden*

Als partijen tot overeenstemming van aanbod en aanvaarding zijn gekomen en het automatiseringscontract een feit is, treden de rechtsgevolgen in. Er ontstaat een situatie waarin partijen aan hun verplichtingen moeten voldoen. Wanneer partijen zich vervolgens tekort gedaan voelen omdat de automatisering anders blijkt uit te pakken dan zij voor ogen hadden, kan dat te wijten zijn aan verschillende ideeën over wat er is afgesproken. Dit kan worden veroorzaakt doordat zij bij het sluiten van de overeenkomst een verkeerde voorstelling van zaken hadden. Zo kan een klant teleurgesteld zijn, als hij meende met de aanschaf van de aangeboden hard- en software bepaalde mogelijkheden in huis te hebben gehaald, terwijl de hard- en software daarvoor de capaciteit blijkt te missen. Art. 6:228 BW kan in dat geval uitkomst bieden, mits tevens is voldaan aan bepaalde voorwaarden. Zo moet er zijn gedwaald over aspecten, die er al waren op het moment van het sluiten van het contract. Het artikel noemt drie alternatieve voorwaarden die een overeenkomst vernietigbaar maken, die tot stand is gekomen onder invloed van dwaling en bij een juiste voorstelling van zaken niet (of niet op dezelfde voorwaarden) zou zijn gesloten.

Er kan sprake zijn van dwaling die te wijten is aan het wel of aan het ten onrechte juist niet verstrekken van bepaalde inlichtingen door de wederpartij. Vereist is dat de wederpartij heeft begrepen of heeft moeten begrijpen dat de dwaling bij het afsluiten van de overeenkomst voor de dwalende van doorslaggevende betekenis was. Zo zal een klant de bestelling en levering van een configuratie met verschillende niet-compatibele onderdelen waarschijnlijk niet hebben gewild, als hij had geweten van de niet-compatibiliteit.

In het algemeen mag een partij afgaan op mededelingen van de tegenpartij. Er bestaat echter een onderzoeksplicht als men bij normale oplettendheid, gezien de omstandigheden, reden heeft tot twijfel. Door dan geen onderzoek te doen of vragen te stellen voldoet een partij niet aan zijn onderzoeksplicht en blijft het risico van de dwaling voor zijn eigen risico. Op partijen rust ook een mededelingsplicht. Vaststaande feiten, omstandigheden of ontwikkelingen zullen in beginsel moeten worden vermeld. Ook de vraag hoe ver de mededelingsplicht zich uitstrekt, hangt af van de concrete omstandigheden.

De laatste mogelijkheid tot vernietiging op grond van dwaling vormt nog de wederzijdse onjuiste voorstelling van zaken.

Binnen het leerstuk van de dwaling blijkt de deskundigheid van partijen eveneens een omstandigheid van gewicht te kunnen vormen. Is in bovenstaand voorbeeld de leverancier van de configuratie een deskundige, dan heeft deze een ruime informatieplicht, zeker als de klant een leek is. Deze mag in dat geval afgaan op de

gedane mededelingen. Was de klant deskundig en de leverancier een leek, dan vergroot dat de onderzoeksplicht van de klant.

De betekenis van de hoedanigheid van de contractspartijen is eveneens van invloed bij de constatering dat er sprake is van 'misbruik van omstandigheden'. Artikel 3:44 lid 4 BW noemt onder meer de afhankelijkheid en de onervarenheid als relevante omstandigheden. Er is sprake van misbruik als hiervan door de wederpartij op een onbehoorlijke wijze wordt geprofiteerd.

Een overeenkomst totstandgekomen onder invloed van een wilsgebrek is vernietigbaar.

De criteria, die binnen het leerstuk van de dwaling zijn ontwikkeld kunnen eveneens van belang zijn bij het vaststellen van een toerekenbare tekortkoming bij de nakoming van de contractuele verplichtingen (par. 4.3).

De ICT-branche maakt bij het contracteren veelvuldig gebruik van 'algemene voorwaarden'. Deze hebben het voordeel van de snelle toepasselijkheid.⁷

4.3. Contractuele aansprakelijkheid

mr. T.J. de Graaf

Art. 6:74 lid 1 BW begint met de woorden: 'Iedere tekortkoming in de nakoming van een verbintenis verplicht de schuldenaar de schade die de schuldeiser daardoor lijdt te vergoeden'. Een zodanige tekortkoming in de nakoming kan zich voordoen ten aanzien van allerlei verschillende soorten verbintenissen. Deze paragraaf beperkt zich tot tekortkomingen in de nakoming van verbintenissen die voortvloeien uit ICT-contracten. Om de vraag te kunnen beantwoorden wanneer sprake is van zodanige tekortkomingen, moet allereerst worden vastgesteld welke verbintenissen besloten liggen in ICT-contracten en wat de inhoud van die verbintenissen is. Vervolgens kan worden bepaald of de schuldenaar in de nakoming van één of meerdere van die verbintenissen tekort schiet. De wet, de betreffende overeenkomst en de rechtspraak bepalen welke verbintenissen met wat voor soort inhoud door een ICT-contract in het leven worden geroepen. Om die reden wordt hieronder achtereenvolgens besproken welke invloed de wet, de betreffende overeenkomst en de rechtspraak hebben op het bepalen van de aard en inhoud van die verbintenissen. Vervolgens wordt onderzocht op welke wijze overmacht, het gebruik van hulppersonen en hulpzaken alsmede bedongen garanties en exonenties van invloed zijn op de contractuele aansprakelijkheid van een ICT-leverancier. Afgesloten wordt met een analyse van drie belangrijke uitspraken over mislukte automatiseringen en een korte beschouwing over de aard van de te vergoeden schade.

⁷ Zie hoofdstuk 3 van dit boek van C. Stuurman.

4.3.1. Wettelijke kwalificatie

Hieronder zal worden onderzocht hoe een aantal ICT-contracten moet worden gekwalificeerd. Het ligt het meest voor de hand een ICT-contract te kwalificeren als een bijzondere overeenkomst zoals koop, huur, opdracht of aanneming van werk. Gevolg van de kwalificatie is dat de wettelijke bepalingen met betrekking tot deze bijzondere overeenkomsten op die contracten van toepassing zijn. Die wettelijke bepalingen bepalen c.q. beïnvloeden op hun beurt de verbintenissen die rusten op de partijen bij een zodanig contract. Hondius merkt op dat deze kwalificatie betrekkelijke waarde heeft.⁸ De bepalingen die als gevolg van de kwalificatie van toepassing zijn, zijn vaak van aanvullend recht. Partijen kunnen daarvan afwijken en doen dat in de praktijk ook vaak. Hondius merkt op dat deze kwalificatie wel betekenis heeft voorzover sprake is van dwingend recht of niet contractueel is afgeweken van regelend recht.

Het kwalificeren van een ICT-contract is ook van belang als van schade nog geen sprake is. Bijvoorbeeld bij het opstellen en uitonderhandelen van een ICT-contract. Door vast te stellen hoe het ICT-contract dat zij wensen te sluiten juridisch moet worden gekwalificeerd, kunnen partijen bepalen welke wettelijke bepalingen van toepassing zullen zijn op dat contract. Als deze bepalingen op een bepaald punt recht doen aan de belangen van beide partijen, dan hoeven partijen over dit punt strikt genomen niets te bepalen. Doen de bepalingen geen recht aan deze belangen, dan zullen partijen moeten vaststellen of zij van die bepalingen wel (aanvullend recht) of niet (dwingend recht) mogen afwijken.

De partij die niet (of niet goed) kwalificeert kan daarvan nadeel ondervinden. Neem bijvoorbeeld een aansprakelijkheidsuitsluiting bij consumentenkoop van hardware. Die uitsluiting is vernietigbaar (art. 7:23 lid 1 jo. 7:6 lid 1 jo. 3:40 lid 2 BW). De verkoper die dacht aan deze uitsluiting bescherming te kunnen ontleen, heeft een schijnzekerheid verworven. De koper die weet dat hij slechts een schijnzekerheid heeft gegeven en in ruil daarvoor een lagere prijs heeft betaald, lacht in zijn vuistje.

4.3.1.1. AANSCHAF VAN HARDWARE

De eenvoudigste kwalificatie betreft de aanschaf van hardware. Deze aanschaf valt veelal aan te merken als een koopovereenkomst. Uiteraard kan ook sprake zijn van huur of leasing.⁹ Ingeval van koop verbindt de verkoper zich een zaak te geven en verbindt de koper zich daarvoor een prijs in geld te betalen (art. 7:1 BW). Uit deze definitie blijkt dat koop betrekking heeft op zaken. Zaken zijn voor menselijke beheersing vatbare stoffelijk objecten (art. 3:2 jo. 3:3 BW). Hardware is een (roerende) zaak. Hardware kan daarom worden gekocht.

⁸ Hondius 1987, p. 131 en Hondius 1991, p. 68-70.

⁹ Bij de kwalificatie van de aanschaf van hardware worden huur en leasing niet verder besproken.

Er zijn talrijke gevolgen verbonden aan deze kwalificatie als koopovereenkomst. De verkoper moet hardware afleveren die aan de overeenkomst beantwoordt (conformiteits die is uitgewerkt in art. 7:17 BW). Doet hij dat niet, dan schiet hij tekort in de nakoming van een op hem rustende verbintenis. Verder moet de koper bij non-conformiteit tijdig klagen bij de verkoper. De rechtsvorderingen en verweren van de koper gebaseerd op non-conformiteit verjaren twee jaar na die klacht (art. 7:23 BW). Ook kan de verkoper die schade die hij aan een consumentkoper heeft moeten vergoeden verhalen op zijn verkoper en die verkoper weer op zijn verkoper enz. De kopers mogen eventuele exoneraties van de verkopers vernietigen (art. 7:25 jo. 7:24 jo. 7:6 jo. 3:40 lid 2 BW). De wettelijke regeling betreffende consumentenkoop is grotendeels van dwingend recht (art. 7:6 BW).

4.3.1.2. AANSCHAF VAN SOFTWARE

Lastiger te kwalificeren is de aanschaf van software. Dit komt onder andere omdat software bestaat uit: het geestesproduct (*corpus mysticum*, de onlichamelijke zijde) en de drager waarop dit geestesproduct is vastgelegd (*corpus mechanicum*, de lichamelijke zijde). Het belangrijkste is de juridische kwalificatie van de aanschaf van het geestesproduct. Het geestesproduct vertegenwoordigt (anders dan de drager) veel waarde. Bovendien zal eventuele schade vaak worden veroorzaakt door gebruik van het geestesproduct (en niet de drager).

De twee meest voor de hand liggende kwalificaties voor de aanschaf van software zijn koop en huur. Deze twee mogelijke kwalificaties worden hieronder achtereenvolgens besproken. Teneinde op voorhand het belang van deze keuze te illustreren, zal eerst de huurregeling worden vergeleken met die van koop.

De huurder moet bewijzen dat de software gebrekkig is *en* dat de daardoor veroorzaakte schade is toe te rekenen aan de verhuurder (art. 7:208 BW). Door deze regeling is degene die software huurt qua bewijslast slechter af dan degene die software koopt. De koper hoeft immers 'slechts' te bewijzen dat de software non-conform is (art. 7:17 BW), waarna de verkoper moet bewijzen dat deze tekortkoming niet aan hem kan worden toegerekend (art. 6:74 jo. 6:75 BW). De wetgever verheft in de parlementaire geschiedenis zelfs tot uitgangspunt dat de verhuurder slechts verplicht is tot herstel van het gebrek en niet tot vergoeding van de schade die door dat gebrek is veroorzaakt.¹⁰

Bij verder vergelijk tussen de huur- en koopregeling blijkt dat de verhuurder soms wel en soms niet beter af is dan de koper van software. Zo moet de huurder blijkens art. 7:222 BW onverwijld (vgl. ingeval van koop 'binnen bekwame tijd', art. 7:23 lid 1 BW) klagen als hij een gebrek ontdekt (vgl. ingeval van koop 'ontdekt of redelijkerwijs had behoren te ontdekken' (koop door een professionele partij) of 'ontdekt' (consumentenkoop), art. 7:23 lid 1 BW). Na de klacht gaat voor de huurder anders dan voor de koper geen korte verjaringstermijn van twee

¹⁰ Kamerstukken II, 1997/98, 26 089, nr. 3, p. 19-20.

jaar lopen (art. 7:23 lid 2 BW). De huurder valt terug op de algemene verjarings-termijn van vijf jaar (art. 3:310 BW).

De Kleve en Mulder menen dat software een zaak is omdat de software als geestesproduct onlosmakelijk verbonden is met de stoffelijke drager waarop de software is vastgelegd. Aanschaf van software is daarom koop van software.¹¹ Dit betekent dat alle andere bepalingen over zaken van toepassing zijn op software, zoals de bepalingen betreffende eigendom, toe-eigening, natrekking, vermenging en zaaksvorming (art. 5:1 jo. 5:4 jo. 5:14-16 BW). Over het algemeen wordt de redenering van De Kleve en Mulder verworpen omdat zij dogmatisch onjuist is en de consequenties van die redenering als onwenselijk worden ervaren.¹² In rechte is eveneens vastgesteld dat software geen zaak is.¹³

Van der Klaauw-Koops en Siemerink kwalificeren de aanschaf van software eveneens als een koopovereenkomst, maar op andere gronden dan De Kleve en Mulder.¹⁴ Van der Klaauw-Koops en Siemerink wijzen op het feit dat koop ook betrekking kan hebben op vermogensrechten (art. 7:47 jo. 3:6 BW). Zij stellen vast dat het auteursrecht op software en het gebruiksrecht dat voortvloeit uit een softwarelicentie vermogensrechten zijn. Zij concluderen vervolgens dat aanschaf van software door overdracht van het auteursrecht en aanschaf van software door het verlenen van een licentie beiden als koop dienen te worden beschouwd.

Thole brengt een onderscheid aan tussen deze beide vormen van aanschaf. Zij is het met Van der Klaauw-Koops en Siemerink eens dat als het auteursrecht op de software wordt overgedragen samen met het eigendomsrecht op de drager, sprake is van een koopovereenkomst (art. 7:9 voor de drager en art. 7:47 jo. 3:95 BW jo. 2 Aw voor het auteursrecht).¹⁵ Thole kan zich echter niet vinden in de opvatting dat aanschaf van software door het verlenen van een licentie als koop moet worden gekwalificeerd.¹⁶

Ik ben het met Thole eens. Een essentieel onderdeel van koop is dat de eigendom van de zaak wordt overgedragen (art. 7:9 BW). Het staat een eigenaar vrij *met uitsluiting van een ieder* over zijn zaak te beschikken (art. 5:1 lid 2 BW). Als eigendom wordt overgedragen mag de nieuwe eigenaar met uitsluiting van een ieder – dus ook met uitsluiting van de oude eigenaar – over de zaak beschikken.

11 De Kleve, Mulder 1989, p. 1343.

12 Van der Klaauw 1990, p. 282-283 en Paquay 1990, p. 283.

13 Zie voor het verzekeringsrecht Hof Den Haag 4 juni 1992, *Computerrecht* 1993/6, p. 255-256 (m.nt. Westerdijk; *Nationale Nederlanden/Stichting Beroepsgerichte Volwasseneducatie Drenthe*) waarin wordt geoordeeld dat computergegevens, los gedacht van hun drager, te abstract zijn en aldus geen stoffelijk goed vormen. Zie voor het strafrecht: HR 3 december 1996, *Computerrecht* 1997/4, p. 164-170 (concl. A-G Fokkens, m.nt. De Mulder; *A/OM*), *NJ* 1997/574 (m.nt. 't Hart) waarin wordt geoordeeld dat computergegevens niet als goed kunnen worden toegeëigend omdat een wezenlijke eigenschap van een goed is dat degene die de feitelijke macht daarover heeft deze noodzakelijkerwijze verliest als een ander zich de feitelijke macht erover verschaft en computergegevens deze eigenschap ontberen.

14 Van der Klaauw-Koops 1993, p. 97-98 en Siemerink 2002, p. 90-91.

15 Thole 1991, p. 164-165 en Thole 1996, p. 37.

16 Thole 1991, p. 165-166, Thole 1996, p. 36-38 en Thole 2000, p. 22.

Koop kan ook betrekking hebben op vermogensrechten (art. 7:47 BW). Het recht tot gebruik van de software dat uit de licentieovereenkomst of de wet (art. 45j Aw) voortvloeit, is een vermogensrecht (een vorderingsrecht).¹⁷ Als een auteursrecht-hebbende een (niet-privatieve, niet-exclusieve) softwarelicentie verleent, dan mag hij de software blijven gebruiken en ook aan anderen licentiëren. De licentienemer mag niet met uitsluiting van de auteursrecht-hebbende en ieder ander over de software beschikken. Aangezien voor koop essentieel is dat de koper in de plaats treedt van de verkoper, valt het verlenen van een licentie door de auteursrecht-hebbende mijns inziens niet als een koopovereenkomst te kwalificeren. De bepalingen van de kooptitel zijn mitsdien niet van toepassing op het verlenen van een licentie door de auteursrecht-hebbende.

Dit betekent echter niet dat een eenmaal verleend gebruiksrecht geen onderwerp van koop kan zijn. Dit kan wel. De licentienemer mag dit vorderingsrecht aan een derde verkopen en overdragen (art. 3:83 lid 1 BW jo. 3:94 lid 1 of lid 4 BW), tenzij de licentieovereenkomst dat verbiedt (art. 3:83 lid 2 BW).¹⁸ Als het vorderingsrecht is overgedragen, mag de koper over dat vorderingsrecht beschikken met uitsluiting van de verkoper. Belangrijk is in dit verband duidelijk te onderscheiden tussen het verlenen van een (gebruiks)recht en het verkopen en overdragen van het aldus verleende (gebruiks)recht.

Thole meent dat bij aanschaf van software middels het verlenen van een licentie door de auteursrecht-hebbende sprake is van huur.¹⁹ Huur wordt in de wet gedefinieerd als de 'overeenkomst waarbij de ene partij, de verhuurder, zich verbindt aan de andere partij, de huurder, een zaak of een gedeelte daarvan in gebruik te verstrekken en de huurder zich verbindt tot een tegenprestatie' (art. 7:201 lid 1 BW). Huur kan ook op vermogensrechten, zoals auteurs- en licentierechten, betrekking hebben. In dat geval zijn de bepalingen van de huurtitel van toepassing, voor zover de strekking van die bepalingen of de aard van het recht zich daartegen niet verzet (art. 7:201 lid 2 BW).

Als de huurregeling wordt toegepast op de softwarelicentie, levert dat het volgende beeld op. De licentiegever is verplicht gebreken in de software te herstellen, tenzij dit onmogelijk is of uitgaven vereist die in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs niet van de licentiegever zijn te vergen (art. 7:206 lid 1, dwingend recht voor gebreken die de licentiegever bij het aangaan van de overeenkomst kende of had behoren te kennen (art. 7:209 BW)). Een gebrek is een staat of eigenschap van de software of een andere niet aan de licentiegever toe te rekenen omstandigheid, waardoor de software aan de licentienemer niet het genot kan verschaffen dat een licentienemer bij het aangaan van de overeenkomst mag verwachten van goed onderhouden software van het soort als waarop de overeenkomst betrekking heeft (art. 7:204 lid 2 BW). De conformiteitseis van art. 7:17 BW valt te vergelijken met de conformiteitseis van art. 7:204 BW.

¹⁷ Spoor-Verkade 1993, p. 362-363 en Quaadvlieg 1995, p. 227. Anders Wentink 1995, p. 11-24.

¹⁸ Het is belangrijk onderscheid te maken tussen deze cessie van het gebruiksrecht (art. 3:94 BW) en de contract-overneming van de licentieovereenkomst (art. 6:159 BW).

¹⁹ Thole 1991, p. 165-166.

Daarnaast moet de licentiegever de schade vergoeden die de licentienemer lijdt als gevolg van een gebrek dat na het aangaan van de licentieovereenkomst is ontstaan en aan de licentiegever is toe te rekenen (art. 7:208 BW). Aan de licentiegever is toe te rekenen schade die is ontstaan door gebreken (i) die hij het aangaan van de licentieovereenkomst kende of had behoren te kennen (dwingend recht blijkt art. 7:209 BW), of (ii) waarvan hij bij het aangaan van de licentieovereenkomst heeft verklaard dat de software die gebreken niet had (art. 7:208 jo. 6:75 BW). Verder is belangrijk dat bij verkoop van de (auteursrechten op de) software, de rechten en verplichtingen (grotendeels) op de verkrijger overgaan (art. 7:226 BW).

Ik betwijfel of de huurregeling onverkort kan worden toegepast op alle soorten softwarelicenties die door auteursrechthebbenden worden verleend. Niet iedere vorm van ingebruikgeving van zaken valt als huur te kwalificeren. Er kan bijvoorbeeld ook sprake zijn van pacht (art. 2 Pachtwet; art. 7:201 BW bepaalt zelfs uitdrukkelijk dat pacht geen huur is) of bruikleening (art. 7A:1777 BW). Net zo min is bij iedere vorm van ingebruikgeving van software sprake van huur. Neem bijvoorbeeld een niet-exclusieve licentie voor onbepaalde tijd voor het gebruik van Word. Als aangenomen wordt dat de huurtitel van toepassing is, dan zou deze licentie ingevolge art. 7:228 lid 2 BW door Microsoft kunnen worden opgezegd. In de praktijk strookt dit niet met hetgeen de licentienemer verwacht (en ook mocht verwachten). Hij gaat er van uit (en mag ervan uitgaan) dat hij een onopzegbaar gebruiksrecht verkrijgt.

De wetgever heeft evenmin voor het systeem gekozen dat ingebruikgeving van software als huur wordt aangemerkt. De wetgever hanteert in de Auteurswet niet zonder reden het woord 'licentienemer' (art. 27a lid 2 en 28 lid 7 Aw). Als de wetgever een gelijkstelling tussen licentiëren en verhuren had gewild, had de wetgever wel het woord 'huurder' gebruikt in plaats van het woord 'licentienemer'. Ook uit de parlementaire geschiedenis met betrekking tot de huurtitel blijkt dat de wetgever bedenkingen heeft bij het verhuren van auteursrechten. Hij schrijft: 'In de eerste plaats zijn de meeste huurbepalingen geredigeerd met het oog op het normale geval van huur van een lichamelijke zaak. In de tweede plaats moet er rekening mee worden gehouden dat deze bepalingen zich in het geheel niet lenen voor toepassing met betrekking tot voor een tegenprestatie in gebruik gegeven vermogensrechten, waar geheel andere behoeften kunnen bestaan dan in deze titel onder ogen zijn gezien. Men denke bijvoorbeeld aan intellectuele eigendom.'²⁰

Uiteraard kan een auteursrecht op software of een softwarelicentie wel worden verhuurd, maar daarvoor is meer nodig dan de enkele ingebruikgeving, bijvoorbeeld het gebruik van het woord 'huren' in enige vorm.

Maar als licentiëren van software koop noch huur is, wat is het dan wel? Mijns inziens een *sui generis* overeenkomst die elementen van huur kan bevatten. Dit

²⁰ Kamerstukken II, 1997/98, 26 089, nr. 3, p. 10.

betekent dat het algemene vermogensrecht van toepassing is op een software-licentie en dat bepalingen uit de huurtitel zonnodig (naar analogie of wellicht zelfs via art. 7:201 lid 2 BW) daarop van toepassing kunnen zijn. Veel zal afhangen van de inhoud van de betreffende licentieovereenkomst.

4.3.1.3. ONTWIKKELEN VAN SOFTWARE

Voor ontwikkeling van software liggen twee kwalificaties voor de hand: de overeenkomst van opdracht (art. 7:400 e.v. BW) en die van aanneming van werk (art. 7:750 e.v. BW). De overeenkomst van opdracht is blijkens art. 7:400 lid 1 BW ‘de overeenkomst waarbij de ene partij, de opdrachtnemer, zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt anders dan op grond van een arbeidsovereenkomst werkzaamheden te verrichten die in iets anders bestaan dan het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard, het bewaren van zaken, het uitgeven van werken of het vervoeren of doen vervoeren van personen of zaken.’ Aanneming van werk is blijkens art. 7:750 BW ‘de overeenkomst waarbij de ene partij, de aannemer, zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt om buiten dienstbetrekking een werk van stoffelijke aard tot stand te brengen en op te leveren, tegen een door de opdrachtgever te betalen prijs in geld.’ Thole kwalificeert de softwareontwikkelingsovereenkomst als een overeenkomst van opdracht, Vandenberghe²¹, Franken²² en Hondius²³ als aanneming van werk. Volledigheidshalve zij opgemerkt dat toen Vandenberghe, Franken en Hondius kozen voor aanneming van werk, de opdrachttitel nog niet in werking was getreden.

Het belangrijkste verschil tussen deze twee definities is dat de aannemer zich bij aanneming van werk verbindt tot het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard terwijl bij de overeenkomst van opdracht de opdrachtgever zich verbindt tot het verrichten van werkzaamheden die uit iets anders bestaan dan het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard. Bepalend voor de kwalificatie van een softwareontwikkelingsovereenkomst is daarom of bij ontwikkeling van software een werk van stoffelijke aard tot stand wordt gebracht. Als we de hierboven verdedigde opvatting dat software geen zaak is (par. 4.3.1.2) ook in dat geval volgen, dan luidt de conclusie dat bij ontwikkeling van software geen werk van stoffelijke aard tot stand wordt gebracht. Een zaak valt blijkens haar definitie (art. 3:2 BW) gelijk te stellen met een stoffelijk object.

Een softwareontwikkelingsovereenkomst valt mijns inziens te kwalificeren als een overeenkomst van opdracht. Gevolg van deze kwalificatie is onder andere dat de softwareontwikkelaar bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht moet nemen (art. 7:401 BW). De softwareontwikkelaar neemt, met andere woorden, een inspanningsverbintenis op zich (par. 4.3.2).

21 Vandenberghe 1984, p. 7.

22 Franken 1988, p. 464 noot 33 en Franken 1992, p. 126-127.

23 Hondius 1991, p. 70.

4.3.1.4. GEMENGDE OVEREENKOMST

In de praktijk is vaak sprake van een gemengde overeenkomst. Zo kan een leverancier bijvoorbeeld standaardsoftware leveren, deze aanpassen aan de wensen van de afnemer en beide vormen van software in de toekomst onderhouden. Juridisch gezien valt een zodanige overeenkomst te ontleden in een aantal verschillende onderdelen: *sui generis* overeenkomst voor het licentieren van de standaardsoftware, overeenkomst van opdracht voor de aanpassingen, koopovereenkomst voor de aanpassingen (voorzover overdracht van auteursrechten is overeengekomen) en overeenkomst van opdracht voor het verrichten van onderhoud op beide vormen van software. Als sprake is van een zodanige gemengde overeenkomst zijn alle (wettelijke) bepalingen van al deze verschillende soorten overeenkomsten (in beginsel) naast elkaar van toepassing (art. 6:215 BW). Indien de leverancier schade veroorzaakt, moet allereerst worden vastgesteld door schending van welke verbintenis die schade is veroorzaakt. De inhoud van die verbintenis wordt, zoals gezegd, bepaald door het zojuist beschreven wettelijke kader alsmede door de hierna te bespreken contractuele inkleding van die overeenkomst en de normen die voortvloeien uit de rechtspraak.

4.3.2. Contractuele inkleding

In de praktijk leggen partijen de verbintenissen die uit hun ICT-contract voortvloeien vast. Zo wordt in een softwareontwikkelingsovereenkomst bepaald aan welke eisen de te ontwikkelen software moet voldoen, meer in het bijzonder welke functionaliteit deze software moet bezitten (de zogeheten functionele specificaties). Stel de opdrachtgever wil rekenmachinesoftware laten ontwikkelen die naast optellen, aftrekken, vermenigvuldigen en delen met een druk op de knop meters naar feet om kan rekenen. Als partijen uitsluitend afspreken dat rekenmachinesoftware wordt ontwikkeld maar niets bepalen over deze conversiemogelijkheid en de ontwikkelde software bezit deze functionaliteit niet, dan zal de teleurgestelde afnemer moeten bewijzen dat de softwareontwikkelaar niet de zorg van een goede softwareontwikkelaar in acht heeft genomen (art. 7:401 BW) door deze functionaliteit niet op te nemen in de rekensoftware.

Naast het concretiseren van de inhoud van de verplichtingen (waaraan moet de te ontwikkelen software voldoen?), bepalen partijen doorgaans welke vorm deze verplichtingen hebben (op welke wijze moet de software worden ontwikkeld?). Daarbij hebben zij de keuze tussen inspannings-, resultaats- en garantieverplichtingen. Als partijen niets bepalen is de softwareontwikkelaar gehouden te ontwikkelen met de zorg van een goede softwareontwikkelaar (art. 7:401 BW). Contractueel zouden partijen, als zij deze wettelijke norm zouden willen volgen, contractueel bepalen dat de softwareontwikkelaar zich *in zal spannen* rekensoftware te ontwikkelen die naast optellen, aftrekken, vermenigvuldigen en delen met een druk op de knop meters naar feet om kan rekenen (inspanningsverbintenis). Bezit de rekensoftware deze functionaliteit niet en de afnemer wil de daardoor geleden schade vergoed zien, dan moet hij bewijzen dat de leverancier zich onvoldoende heeft ingespannen. Partijen kunnen echter ook bepalen dat de rekensoft-

ware die functionaliteit op een bepaalde datum *zal* bezitten (resultaatsverbintenis). Bezit de rekensoftware deze functionaliteit op die datum niet en de afnemer wil de daardoor geleden schade vergoed zien, dan hoeft hij ‘slechts’ te bewijzen dat dat resultaat is uitgebleven. Dit bewijs is eenvoudiger te leveren dan het bewijs dat de leverancier zich onvoldoende heeft ingespannen.

4.3.3. *Rechterlijke kwalificatie*

Tot dusver de theorie. Hoe kwalificeert de rechter ICT-contracten in de praktijk? Die vraag is lastig te beantwoorden omdat de rechter vaak over ICT-contracten oordeelt waarin partijen afwijken van het toepasselijke regelende recht. Als partijen in geval van een softwareontwikkelingsovereenkomst expliciet bepalen dat de software op een bepaalde datum moet zijn ontwikkeld en de software is op die datum niet ontwikkeld, dan staat daarmee de tekortkoming vast. In dat geval hoeft de rechter zich niet te buigen over de vraag of sprake is van een overeenkomst van opdracht of aanneming van werk.²⁴

In gevallen waarin de rechter wel kwalificeert, doet hij dat vaak niet met zoveel woorden. Soms valt uit zijn woordkeuze op te maken welke wettelijke regeling hij toepast. Vaak is dit echter niet mogelijk. Zo oordeelt de President van de Rechtbank Zwolle bijvoorbeeld dat een licentienemer van een standaard enterprise resource planning software op grond van de automatiseringsovereenkomst mag verlangen dat de software de eigenschappen bezit die voor normaal gebruik nodig zijn.²⁵ Uit het gebruik van de woorden ‘normaal gebruik’ kan wellicht worden afgeleid dat de President hier de conformiteitstoets uit de kooptitel (art. 7:17 BW) toepast. Het kan echter ook zo zijn dat de President het contract conform het Haviltex criterium uitlegt en tot het oordeel komt dat hetgeen partijen over een weer redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten inhoudt dat in ieder geval mag worden verwacht dat de software de eigenschappen bezit die voor normaal gebruik nodig zijn. Als voorbeeld valt verder te noemen een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam over de levering van een klein gedeelte standaard software en voor het overgrote gedeelte maatwerk.²⁶ De Rechtbank oordeelt dat de leverancier Van der Horst zich verplicht tot het leveren van software die de eigenschappen zou bezitten die nodig zijn voor een normaal gebruik door een onderneming als Koster alsmede de eigenschappen die zijn beschreven in het functioneel ontwerp.

In een eerdere uitspraak van de Rechtbank Rotterdam kwalificeert de Rechtbank een softwareontwikkelingsovereenkomst met zoveel woorden als

24 Zie voor een voorbeeld daarvan Rechtbank Den Bosch 4 februari 1994, *Computerrecht* 1994/4, p. 174 (*Bazuin/XTEC*) waarin wordt geoordeeld dat vast staat dat XTEC wanprestatie heeft gepleegd omdat Bazuin onweersproken heeft gesteld dat de oplevering van de software per 1 mei 1989 moest geschieden en de oplevering op die datum niet heeft plaats gevonden.

25 President Rechtbank Zwolle 26 juli 2000, *KG* 2001, 21 (*Dalsem/Motherwell*) vervolgt: “Nu vaststaat dat de onder Windows 95 draaiende computers met daarop SAP versie 4.6 vier tot vijfmaal per dag vastlopen kan niet worden gezegd dat de programmatuur de eigenschappen bezit, die voor normaal gebruik nodig zijn.”

26 Rechtbank Rotterdam 3 juni 1993, *Computerrecht* 1996/3, p. 104 (*Van der Horst/Koster*).

‘overeengekomen werk’ en draagt als redengevende omstandigheid voor deze kwalificatie aan dat ‘een ieder in de gegeven omstandigheden duidelijk had moeten zijn dat X bij geen andere prestatie belang kon hebben dan een goed functionerend nieuw programma ter vervanging van het bestaande programma.’²⁷ Uit het gebruik van de woorden ‘overeengekomen werk’ kan wellicht worden afgeleid dat de Rechtbank de regeling inzake aanneming van werk toepast. Zeker is dit echter niet. Ook hier kan via contractsuitleg tot hetzelfde criterium worden gekomen. Voorzover de Rechtbank inderdaad de regeling inzake aanneming van werk toepast, lijkt de keus voor deze kwalificatie gezien de sterke bewoordingen van de Rechtbank niet zozeer op dogmatische gronden te berusten als wel te zijn ingegeven door de wens een billijk resultaat te bereiken.

Als tegenpool geldt een arrest van het Hof Amsterdam, waarin het Hof over een softwareontwikkelingsovereenkomst oordeelt dat Triumph Adler zich jegens Ehagé tot niet meer heeft willen verbinden dan zich naar behoren in te spannen, waarbij overschrijding van de toegezegde termijn wèl tot ontbinding van de overeenkomst, maar niet tot betaling van enige schadevergoeding zou kunnen leiden.²⁸ Volgens het Hof zou dat ook gelden voor een excessieve overschrijding van de leveringstijd. Dit arrest wordt begrijpelijk als men bedenkt dat de toepasselijke VIFKA-voorwaarden bepalen dat de afnemer bij overschrijding van leveringstermijnen nimmer recht heeft op schadevergoeding, ontbinding of nakoming van enige verplichting en dat partijen deze regeling hadden aangepast in die zin dat overschrijding van leveringstermijnen wèl recht geeft op ontbinding. Voorzover uit deze wijziging kan worden afgeleid dat partijen over deze bepaling hebben onderhandeld en geacht kunnen worden de consequenties van deze wijziging onder ogen te hebben gezien, valt te begrijpen dat het Hof het onderhandelingsresultaat respecteert.

De Rechtbank Maastricht kwalificeert uitdrukkelijk en past ook nog art. 6:215 BW op juiste wijze toe door te oordelen dat de overeenkomst moet worden gezien als een overeenkomst van opdracht voor wat betreft de automatiseringswerkzaamheden en aanneming van werk voor wat betreft de elektrotechnische werkzaamheden.²⁹

4.3.4. *Overmacht*

Als de afnemer er in slaagt te bewijzen dat de leverancier tekort is geschoten in de nakoming van een verbintenis, is het aan de leverancier te bewijzen dat de tekortkoming hem niet kan worden toegerekend (art. 6:74 lid 1 BW). De tekortkoming kan de leverancier niet worden toegerekend als deze niet aan zijn schuld is te wijten (art. 6:75 BW). Dit is het geval als de nakoming van de verbintenis voor de

²⁷ Rechtbank Rotterdam 28 januari 1983, *Computerrecht* 1987/4, p. 258 (X/Y).

²⁸ Hof Amsterdam 9 oktober 1986, *Computerrecht* 1987/2, p. 115 (Ehagé/Triumph Adler; m.nt. Stuurman).

²⁹ Rechtbank Maastricht 23 mei 2003, *LJN-nummer* AE4126, *Zaaknummer* 58591 (Houben/Lintsen).

betreffende schuldenaar onmogelijk of praktisch te bezwaarlijk is geworden, hij de omstandigheid waardoor de niet-nakoming is veroorzaakt niet heeft moeten en kunnen voorkomen en waarvan hij de gevolgen niet heeft moeten en kunnen verhinderen.³⁰

4.3.5. *Hulppersonen en hulpzaken*

Slaagt de leverancier erin te bewijzen dat de tekortkoming niet aan zijn schuld is te wijten, dan mag de afnemer bewijzen dat de tekortkoming toch krachtens wet, rechtshandeling of in het verkeer geldende opvattingen voor rekening van de leverancier komt (art. 6:75 BW). Voorbeelden van toerekening krachtens de wet zijn de aansprakelijkheid voor hulppersonen (art. 6:76 BW) en hulpzaken (6:77 BW).

Aansprakelijkheid voor hulppersonen komt aan de orde zodra de leverancier hulppersonen inschakelt bij de uitvoering van zijn werkzaamheden voor de afnemer.³¹ Hulppersonen zijn onder andere ondergeschikten, onderaannemers en de ondergeschikten van onderaannemers. Hulppersonen mogen worden ingeschakeld, tenzij de overeenkomst is aangegaan met het oog op een bepaalde persoon bij de leverancier (vgl. art. 7:404 BW) of de overeenkomst het gebruik van hulppersonen (met name onderaannemers) verbiedt of afhankelijk maakt van de voorafgaande schriftelijke toestemming van de afnemer. De leverancier is aansprakelijk voor de tekortkomingen die door zijn hulppersonen zijn veroorzaakt op gelijke wijze als voor zijn eigen gedragingen. Bepalend is dus of de leverancier aansprakelijk zou zijn geweest als hij (en niet de onderaannemer) de bewuste tekortkoming zelf zou hebben veroorzaakt. Dat de onderaannemer zich op overmacht mag beroepen betekent dus niet automatisch dat de leverancier dit ook mag.

Hulpzaken zijn zaken die de leverancier gebruikt voor de uitvoering van zijn verbintenis. Zijn die zaken ongeschikt voor de uitvoering van die verbintenis, dan wordt de tekortkoming die daardoor ontstaat de leverancier toegerekend, tenzij dit gelet op de inhoud en strekking van de rechtshandeling, de verkeersopvattingen en de overige omstandigheden van het geval onredelijk zou zijn (art. 6:77 BW). Interessant is vooral dat art. 6:77 BW alleen spreekt van zaken, dus de voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten (art. 3:2 BW). De tekortkoming die ontstaat door gebruik van ongeschikte hardware valt dus onder het toepassingsgebied van art. 6:77 BW. De tekortkoming die ontstaat door gebruik van ongeschikte software valt daar echter niet onder. Software is immers geen zaak. Hoewel art. 6:77 BW niet rechtstreeks van toepassing is op software, kan via een omweg wel een soortgelijke risicoaansprakelijkheid voor het gebruik van software als hulpmiddel worden gecreëerd. Dit kan door hetzij art. 6:77 BW naar analogie toe te passen, hetzij door te oordelen dat het gebruik van software als hulpmiddel krachtens de verkeersopvattingen voor rekening van de leverancier komt (art. 6:75 BW).

³⁰ Asser-Hartkamp 4-I, 2004, nr. 321-322.

³¹ Het criterium "bij de uitvoering van een verbintenis" moet beperkt worden uitgelegd (HR 12 juni 2002, *NJ* 2002, 495 (concl. P-G Hartkamp, m.nt. Haak; *Geldnet/Kwantum*).

4.3.6. *Garanties en exonerationen*

Het begrip ‘garantie’ heeft geen vaste betekenis, de betekenis ervan moet aan hand van het Haviltex criterium worden bepaald.³² Een garantie kan zijn een toezegging van een leverancier dat hij zal instaan voor bepaalde feiten of gebeurtenissen, waarvan het voorvallen of juist uitblijven aan correcte nakoming in de weg staat.³³ In dat geval kan de garant zich niet op overmacht beroepen als de toezegging wordt geschonden. Dat beroep heeft hij bij voorbaat prijsgegeven. Indien sprake is van een zodanige garantie alsmede overmacht, slaagt een eventueel beroep van de garant op overmacht niet omdat de tekortkoming – om in de termen van art. 6:75 BW te spreken – krachtens rechtshandeling voor zijn rekening komt. Betoogd wordt dat in uitzonderlijke gevallen een beroep op overmacht onder omstandigheden wel mogelijk is.

Het is gebruikelijk dat de leverancier het te leveren systeem aan de afnemer aanbiedt ter acceptatie. De afnemer verricht vervolgens een acceptatietest om te testen of het systeem voldoet aan de vooraf overeengekomen eisen. Zodra de acceptatietest met succes is doorlopen, begint de garantieregeling. Een zodanige garantieregeling houdt in dat de leverancier garandeert dat het systeem gedurende een bepaalde periode na acceptatie voldoet aan een aantal overeengekomen eisen, bijvoorbeeld de functionele specificaties die zijn opgenomen in de overeenkomst en de gebruikershandleiding. Daarmee concretiseren partijen de eisen waaraan het systeem moet voldoen. De inhoud en duur van de garanties verschilt aanzienlijk.³⁴

Een garantieverbintenis is een vorm van resultaatsverbintenis. Dit betekent dat als het resultaat waarvoor wordt ingestaan uitblijft, de tekortkoming vast staat. Welke verdere gevolgen schending van een garantie heeft, wordt bepaald door de garantieregeling zelf, en bij gebreke daaraan of voorzover sprake is van dwingend recht, de toepasselijke wettelijke regeling. Bij koop van hardware kan de koper kiezen tussen drie vormen van nakoming: aflevering van het ontbrekende, herstel of vervanging (alles binnen de grenzen van art. 7:21 BW). Hij kan voorts ontbinding (art. 6:265 e.v. BW) en schadevergoeding (art. 6:74 e.v. BW) eisen.³⁵ Bij een overeenkomst van opdracht zal de afnemer voor zijn nakomingsactie toevlucht moeten nemen tot het eisen van de zorg die een goed leverancier in acht moet nemen (art. 7:401 BW). Daarnaast zal ook hij schadevergoeding kunnen vorderen (art. 6:74 e.v. BW) en ontbinding uit kunnen (doen) spreken (art. 6:265 e.v. BW). Aangezien bij schending van een garantie sprake is van een tekortkoming, zal nakoming (aflevering van het ontbrekende, herstel of vervanging) kosteloos dienen te geschieden.

32 HR 22 december 1995, *NJ* 1996, 3000 (concl. A-G Hartkamp, *ABP c.s./FGH en Breevast of Hoog Catherijne*) en Hoge Raad 4 februari 2000, *NJ* 2000, 562 (concl. A-G Hartkamp, m.nt. Vranken; *Mol/Meijer*).

33 Parl. Gesch. Boek 6, p. 262 (MvA II) en 264 (TM) en Asser-Hartkamp 4-I, nr. 21.

34 Vergelijk voor een leveranciersvriendelijke versie art. 25 en 30 FENIT voorwaarden en voor een afnemersvriendelijke versie art. 7 BiZa modelcontract ontwikkelingsovereenkomst maatwerkprogrammatuur.

35 Strikt genomen zou ook nog worden gedacht aan vernietiging wegens bedrog, bedreiging of misbruik van omstandigheden (art. 3:44 BW) alsmede vernietiging wegens dwaling (art. 6:228 BW). Deze remedies blijven hier buiten beschouwing.

In de praktijk plegen afnemers naast een licentieovereenkomst met garanties een onderhoudsovereenkomst af te sluiten. Aangezien de garanties uit de licentieovereenkomst vaak nog lopen als de onderhoudsovereenkomst al van kracht is en zich een gebrek voordoet, rijst de vraag op (schending van) welke verbintenissen de afnemer zich kan/mag beroepen: de verbintenissen die voortvloeien uit de garantieregeling of de verbintenissen die voortvloeien uit de onderhoudsovereenkomst. Zonder uitgebreid op deze vraag in te gaan, signaleer ik dat in de praktijk onvoldoende wordt stil gestaan bij de samenlooperikelen die daardoor ontstaan.

De leverancier kan zijn aansprakelijkheid voor bepaalde schade uitsluiten of beperken door exonerationen te bedingen. De afnemer kan een zodanige exoneration echter vernietigen als sprake is van (i) consumentenkoop (art. 7:23 lid 1 jo. 7:6 lid 1 jo. 3:40 lid 2 BW) of (ii) de betreffende exoneration voorkomt in algemene voorwaarden en deze voor de afnemer onredelijk bezwarend is (art. 6:233 sub a BW met bewijsvermoeden van art. 6:237 sub f BW voor consumenten), dit laatste voorzover de afnemer (kort gezegd) minder dan 50 werknemers heeft, recentelijk geen jaarrekening heeft gedeponereerd (art. 6:235 BW) en geen sprake is van een internationale handelstransactie (art. 6:247 BW).

De afnemer kan voorts betogen dat de exoneration buiten toepassing moet blijven omdat dit in gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (art. 6:248 lid 2 BW). Dit zal in het algemeen het geval zijn als de schade is te wijten aan opzet of bewuste roekeloosheid van de schuldenaar of diens bedrijfsleiding.³⁶ De oude criteria grove schuld³⁷ en leidinggeven-de ondergeschikten³⁸ worden door de Hoge Raad niet meer gehanteerd. Ook andere omstandigheden zijn voor deze toetsing van belang. Te noemen vallen onder andere: de zwaarte van de schuld, de aard en verdere inhoud van de overeenkomst, de onderlinge verhouding van partijen, de verhouding tussen de exoneration en de omvang van de voorzienbare schade, de lage prijs in verhouding tot de grote omvang van de mogelijke schade en de eventuele verzekeringsdekking.³⁹

Als de onredelijk bezwarendheidstoets (art. 6:233 sub a BW) en de toets van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW) beiden van toepassing kunnen zijn, mag de afnemer kiezen op welke bepaling hij zich beroept.⁴⁰

36 HR 12 december 1997, *NJ* 1998, 208 (concl. A-G Hartkamp; *Stein/Driessen*) en HR 18 juni 2004, *LJN-nummer* AO6913, *Zaaknummer* C03/064HR.

37 Geïntroduceerd in HR 12 maart 1954, *NJ* 1954, 386 (concl. A-G Langemeijer, m.nt. Hijmans van den Bergh; "*Codam 75*"/*Merwede*" of *Kunst/Damco*); *AA* 1954, p. 175-184 (m.nt. Hijmans van den Bergh).

38 Geïntroduceerd in HR 20 februari 1976, *NJ* 1976, 486 (concl. A-G ten Kate; m.nt. G.J. Scholten; *Van der Laan/Top* of *Pseudo-vogelpest*).

39 Vgl. voor een uitgebreid recent overzicht van relevante omstandigheden Van Dunné 2001, p. 447-449.

40 HR 14 juni 2002, *NJ* 2003, 112 (concl. A-G Langemeijer; m.nt. Hijma; *Bramer/Colpro*).

4.3.7. *Rechtspraak mislukte automatiseringen*

In het voorgaande is nagegaan welke verbintenissen volgens de wet en de betreffende overeenkomst uit ICT-contracten voortvloeien, in hoeverre sprake kan zijn van overmacht, onder welke omstandigheden de tekortkoming ondanks overmacht toch voor rekening van de leverancier komt en wat exonerationen inhouden. In het hiernavolgende wordt aan de hand van drie belangrijke uitspraken over mislukte automatiseringen – RBC/Brinkers, Breikant en KIN/CAP Gemini – nagegaan hoe de rechtspraak met deze materie omgaat.

In 1977 vraagt Brinkers, een margarine fabriek, RBC te adviseren over het opnieuw automatiseren van haar op mainframes gebaseerde bedrijfsvoering.⁴¹ Brinkers dringt daarbij aan op spoed. Om die reden stelt RBC geen diepgaand onderzoek in naar de bedrijfsstructuur van Brinkers. RBC adviseert een bepaalde minicomputer aan te schaffen. Het nieuwe systeem functioneert gebrekkig. Er ontstaat een grote achterstand in Brinkers' administratie, waardoor Brinkers aanzienlijke schade lijdt. Brinkers verbreekt de relatie met RBC en probeert haar schade op RBC te verhalen.

De rechtbank wijst de vorderingen van Brinkers af. In hoger beroep stelt het Hof Den Haag voorop dat voor de beoordeling van de vraag of RBC wanprestatie heeft gepleegd beslissend is *of het advies de door RBC geadviseerde minicomputer aan te schaffen al of niet voldeed aan de mate van zorgvuldigheid die van een redelijk handelend en bekwaam leverancier geëist mag worden*. Dit criterium, dat een uitwerking is van het algemene criterium 'zorg van een goed opdrachtnemer' (art. 7:401 BW), is van groot belang voor het toetsen van het handelen van een automatiseringsadviseur.⁴²

Het Hof bepaalt vervolgens wat Brinkers in concreto van RBC mocht verwachten. Gezien de grote belangen die op het spel stonden, mocht van een zorgvuldig handelend adviseur als RBC worden verwacht dat zij, voordat zij haar advies uit bracht, een deugdelijk onderzoek zou hebben ingesteld naar de structuur van het bedrijf. Dat heeft RBC niet gedaan. Als RBC wel voorafgaand aan de implementatie een deugdelijk onderzoek zou hebben verricht, zou haar duidelijk zijn geworden dat de door haar geadviseerde mini-computer niet geschikt was voor het bedrijf van Brinkers. Ook het feit dat Brinkers op spoed aandrang disculpeert RBC niet. RBC had, als dit nodig was om een verantwoord advies uit te brengen, de benodigde tijd voor een diepgaand onderzoek naar de bedrijfsstructuur van Brinkers moeten verlangen. Het Hof oordeelt dat de mededelingen van RBC dat uitgegaan wordt van beperkte gegevens en dat ter wille van de snelheid een concessie is vereist te algemeen en vrijblijvend van aard zijn om te kunnen worden aangemerkt als voorbehouden met betrekking tot het advies of om te kun-

41 Hof Den Haag 8 maart 1984, *Computerrecht* 1984/2, p. 29 (*RBC/Brinkers*), bekrachtigd door HR 11 april 1986, *Computerrecht* 1986/3, p. 174.

42 Stuurman 1986, p. 34-35.

nen concluderen tot risico-aanvaarding door Brinkers. Wanneer RBC de risico's, die zijn verbonden aan de gekozen snelle methode, niet voor haar rekening had wensen te nemen, had zij dit uitdrukkelijk moeten stipuleren, te meer omdat RBC begreep en ook moest begrijpen dat Brinkers voer op het kompas van de door haar ingeschakelde adviseur. De Hoge Raad bevestigt het oordeel van het Hof.

In Breikant beslist de Stichting Geschillenoplossing Automatisering (SGOA) over de volgende feiten.⁴³ Een fabrikant van breikant en aanverwante producten wenst zijn voorraad te verminderen en zijn machines efficiënter te bezetten. Begin 1992 schakelt deze fabrikant een adviseur in te adviseren bij het kiezen van een nieuw besturingsconcept en een automatiseringspakket dat de uitvoering daarvan mogelijk maakt. Ook vraagt de fabrikant de adviseur hem te begeleiden in het daaropvolgende implementatietraject. Op de adviesovereenkomst zijn de COSSO voorwaarden 1990/1993 van toepassing. De fabrikant sluit vervolgens een turnkey-overeenkomst met de leverancier van het standaard automatiseringspakket. Ingevolge die overeenkomst wordt voor het automatiseringspakket een vaste prijs in rekening gebracht en wordt voor eventueel maatwerk gefactureerd op basis van bestede tijd. Een aangepaste versie van het plan van aanpak, die na het sluiten van de turnkey-overeenkomst door de fabrikant en de adviseur gezamenlijk is opgesteld, bepaalt dat de verwachte behoefte aan maatwerk bij het gekozen pakket nihil is. Toch moet de leverancier nadien een groot aantal maatwerkopdrachten uitvoeren. Hierdoor worden de verwachte kosten ruimschoots overschreden. Ten gevolge van invoering van dat pakket ontstaan grote administratieve en logistieke problemen bij de fabrikant. De fabrikant vordert ontbinding en schadevergoeding.

De SGOA-arbiters oordelen dat de adviseur tekort is geschoten bij het adviseren van het besturingsconcept en het automatiseringspakket, het begeleiden van de contractsonderhandelingen met de leverancier en het voorstellen van maatregelen om een cultuurverandering door te voeren. Hoe de arbiters tot deze conclusies komen zal ik hierna bespreken.

De fabrikant mag er volgens de arbiters van uitgaan dat de logistieke specialisten van de adviseur die het besturingsconcept hebben opgesteld, met kennis van zaken te werk gaan. Juist om een zo ingewikkelde kwestie op te lossen doet men een beroep op een deskundige adviseur. Op de adviseur rust dan ook de plicht de fabrikant ervan te weerhouden een verkeerde richting aan te houden door waarschuwend op te treden. De arbiters menen dat de adviseur dit niet heeft gedaan.

De arbiters menen voorts dat het bewuste automatiseringspakket niet juist is gekozen. De verkeerde keuze heeft tot gevolg dat een aanzienlijke hoeveelheid maatwerk moet worden verricht om het pakket alsnog geschikt te maken voor de fabrikant. De arbiters menen dat een professioneel handelend en deskundig adviseur de risico's en bezwaren die verbonden zijn aan de implementatie van het bewuste pakket had moeten voorkomen of in ieder geval de fabrikant daarvoor had moeten behoeden.

43 Stichting Geschillencommissie Automatisering 12 juni 1997, *Computerrecht* 2001/6, p. 315 (*Breikant*).

De arbiters zijn het eens met de stelling van de fabrikant dat hij door het vele maatwerk een zeer ongunstig contract heeft gesloten met de leverancier. Ook dit wordt de adviseur aangerekend. Bij de taak van de professionele adviseur die als begeleider voor het hele traject is ingehuurd hoort begeleiding bij de onderhandelingen met de leverancier, aldus de arbiters. Voorzover er maatwerkopdrachten zijn gegeven die onnodig waren, heeft de adviseur tot taak deze te voorkomen c.q. in te dammen.

Over de deskundigheid van partijen over en weer oordelen de arbiters tot slot dat deze niet gelijkwaardig is. De fabrikant huurt juist een professionele adviseur en begeleider in omdat de kennis in eigen huis ontbreekt. Voorzover het project niet voldoende wordt gedragen door de organisatie van de fabrikant, moet de adviseur gezien zijn ervaring hierop bedacht zijn en maatregelen voorstellen om een eventuele cultuurverandering te bewerkstelligen.

De fabrikant valt echter ook het een ander te verwijten. Zo menen de arbiters dat hij niet de volledige overeengekomen en noodzakelijke inzet en medewerking heeft gegeven en pas werkelijk aan de bel is gaan trekken toen het project voor het grootste deel was uitgevoerd. Ook heeft de fabrikant de adviseur niet op zijn huid gezeten. Verder is het volgens de arbiters onbegrijpelijk dat de fabrikant een contract met de leverancier heeft gesloten ondanks het ontbreken van een duidelijk advies van de adviseur.

Uiteindelijk wijzen de arbiters de ontbindingsvordering af omdat de COSSO-voorwaarden 1990/1993 ontbinding uitsluiten voor het reeds gepresteerde en de adviseur zijn hele prestatie heeft verricht, zij het gebrekkig. Mede gezien de eigen schuld van de fabrikant schuiven de arbiters de aansprakelijkheidsbeperking in de COSSO-voorwaarden 1990/1993 niet terzijde. In overeenstemming met deze aansprakelijkheidsbeperking veroordelen de arbiters de adviseur de helft van de gefactureerde bedragen als schadevergoeding aan de fabrikant te betalen.

De feiten waarover de Rechtbank Utrecht en het Hof Amsterdam hebben beslist in de zaak Liebeswerk Kirche in Not/Ostpreisterhilfe tegen CAP Gemini, zijn als volgt.⁴⁴ KIN is een internationaal opererende charitatieve instelling die zich met behulp van 13 nationale secretariaten bezig houdt met het werven van fondsen en het toekennen van deze fondsen aan talkrijke projecten van Rooms-Katholieke geestelijken over de hele wereld. KIN en CAP Gemini komen in februari 1985 overeen dat CAP Gemini de wereldwijde bestaande geautomatiseerde gegevensverwerking van KIN zou vernieuwen tegen betaling van een vast bedrag. Het nieuwe systeem zou naar verwachting op 1 augustus 1985 worden opgeleverd. Op deze overeenkomst zijn de algemene voorwaarden van de (toenmalige) branchevereniging van ICT-leveranciers, COSSO, uit 1978 van toepassing verklaard. Daarin is bepaald dat de leverancier ingeval van wanprestatie alleen aansprakelijk is voor schade van de afnemer als deze afnemer de overeenkomst tussentijds beëindigt. In dat geval hoeft de leverancier nooit meer dan NLG 100.000 aan de afnemer te ver-

44 Hof Amsterdam 22 november 2001, *Computerrecht* 2002/2, p. 94.

goeden. Op 1 juni 1987 is nog steeds geen werkend systeem opgeleverd. KIN beëndigt de overeenkomst en vordert betaling van schadevergoeding.

De centrale vraag in deze procedure is niet zozeer of CAP Gemini wanprestatie heeft gepleegd, want daar gingen uiteindelijk Rechtbank en Hof beide van uit, maar of CAP Gemini aan KIN zou kunnen tegenwerpen dat zij – conform de exoneratie in de COSSO voorwaarden – maximaal NLG 100.000 aan haar zou moeten vergoeden.

De rechtbank oordeelt op basis van een deskundigenrapport dat CAP Gemini weliswaar fouten had gemaakt, maar dat die fouten niet van zodanige ernstige en onherstelbare aard waren dat CAP Gemini in strijd met de eisen van redelijkheid en billijkheid handelde door op de exoneratieclausule een beroep te doen. In hoger beroep oordeelt het Amsterdamse Hof, anders dan de Rechtbank, dat het beroep van CAP Gemini op de exoneratieclausule naar regels van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Daarbij neemt het Hof in aanmerking:

- de manier waarop de exoneratieclausule tot stand was gekomen (de exoneratieclausule was opgenomen in branchevoorwaarden van ICT-leveranciers op de totstandkoming waarvan KIN geen invloed heeft gehad);
- de verhouding tussen partijen (een internationaal opererende charitatieve instelling vs. een groot internationaal opererend automatiseringsbedrijf) en in het bijzonder KIN's afhankelijkheid van de deskundigheid van CAP Gemini;
- het belang dat KIN had bij de prestatie van CAP Gemini; en
- de ernst van de tekortkoming (de deskundigen meenden in hoger beroep dat CAP Gemini een ernstig verwijt trof terzake het gebrek aan functionaliteit en operationaliteit en dat bij deze opdracht tegen ongeveer alle basisregels van projectmanagement was gezondigd).

Het Hof veroordeelt CAP Gemini daarom tot betaling van schadevergoeding, bestaande uit de terugbetaling van reeds betaalde bedragen, en verwijst partijen voor het overige naar een schadestaatprocedure. De zaak is vervolgens geschikt.

4.3.8. *Schade*

Indien de leverancier tekortschiet in de nakoming van een verbintenis, er geen sprake is van overmacht of de tekortkoming ondanks afwezigheid van schuld toch voor rekening komt van de leverancier, is de leverancier gehouden de schade die de afnemer door deze tekortkoming lijdt te vergoeden (art. 6:74-75 BW). De afnemer moet dus bewijzen dat er een oorzakelijk verband is tussen de tekortkoming en de schade. Dit volgt uit het woord 'daardoor' in art. 6:74 BW. Bovendien geldt als uitgangspunt dat de afnemer blijkens art. 6:98 BW moet bewijzen dat die schade in een zodanig verband staat met de tekortkoming dat deze schade 'mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend' aan de leverancier (toerekening naar redelijkheid).

Over de aard van de schadeposten die op basis van een contractuele aansprakelijkheidsregeling voor vergoeding in aanmerking komen, verschillen partijen in

de praktijk vaak van mening.⁴⁵ Het verdient voor beide partijen aanbeveling na te gaan welke schade de afnemer door een eventuele tekortkoming van de leverancier zou kunnen lijden en te bezien in hoeverre zodanige schade door de leverancier of verzekeraar van één van beiden wordt vergoed.

4.4. Productenaansprakelijkheid

F.A.M. van der Klaauw-Koops

4.4.1. Inleiding

In een ICT-omgeving kan schade ontstaan ten gevolge van een onrechtmatige daad. Dit kan schade zijn als gevolg van een onrechtmatige wijze van omgaan met apparatuur, infrastructuur en/of software, van onzorgvuldige of onwettige verkrijging, verwerking, transmissie of verstrekking van gegevens en informatie, en van het in het verkeer brengen van ondeugdelijke producten. Dit laatste brengt ons op een specifiek leerstuk van de wettelijke aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad, te weten de wettelijke aansprakelijkheid voor gebrekkige producten, aangeduid als de productenaansprakelijkheid. Onder productenaansprakelijkheid verstaan we de aansprakelijkheid van degene die een gebrekkig product in het verkeer heeft gebracht voor schade aan personen of zaken (niet het product zelf), veroorzaakt door dat gebrekkige product.

De codificatie vond plaats op 13 september 1990, toen wetsontwerp 19 636, dat vier jaar eerder was ingediend, tot wet werd verheven. Het resultaat hiervan was een toevoeging van art. 1407a-1407j aan het oude Burgerlijk Wetboek (de huidige art. 6:185-193 BW).⁴⁶ De inwerkingtreding van deze wettelijke bepalingen was op 1 november 1990, waarmee de implementatie van de EG-richtlijn van 25 juli 1985 ‘inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken’⁴⁷ in de Nederlandse wetgeving was afgerond.

Via aanpassing door de lidstaten van de nationale wetten aan de EG-richtlijn moet worden voorkomen dat onderlinge verschillen van de lidstaten op het gebied van de productenaansprakelijkheid ‘de mededinging kunnen vervalsen, het vrije verkeer van goederen binnen de gemeenschappelijke markt kunnen aantasten en tot verschillen kunnen leiden in het niveau van de bescherming van de consument tegen schade die door een product met gebreken wordt toegebracht aan diens gezondheid en goederen’, aldus de eerste overweging bij genoemde EG-richtlijn. De bescherming van de consument vormt het uitgangspunt van de nieuwe rege-

⁴⁵ Vergelijk voor een leveranciersvriendelijke versie art. 10 FENIT voorwaarden en voor een afnemersvriendelijke versie art. 8 BiZa modelcontract ontwikkelingsovereenkomst maatwerkprogrammatuur.

⁴⁶ Wet van 13 september 1990, *Stb.* 1990, 487.

⁴⁷ Richtlijn betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuurlijke bepalingen der Lid-Staten inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken, Richtlijn 85/374/EEG van 25 juli 1985, *PbEG* 1985 L 210/29.

ling. Zo dient, overeenkomstig de richtlijn, het risico van de schade die wordt geleden als gevolg van een gebrek in een product – de productschade – niet te worden afgewenteld op de consument. Dit risico ligt in beginsel bij de producent die het product in het verkeer heeft gebracht. Art. 1 van de Richtlijn verwoordt dit als volgt: ‘De producent is aansprakelijk voor de schade, veroorzaakt door een gebrek in zijn product’.

De ‘nieuwe’ productenaansprakelijkheid vormt een risicoaansprakelijkheid, onder bepaalde voorwaarden, die de bestaande schuldaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad en de contractuele aansprakelijkheid overigens onverlet laat (art. 6:193 BW).

Omdat de Nederlandse wetgever bij de implementatie van de richtlijnbevestigingen in het BW nauwelijks is afgeweken van de richtlijn, wordt in de hierna opgenomen behandeling van de productenaansprakelijkheid volstaan met een verwijzing naar de betreffende artikelen uit het BW.

Wat is nu de betekenis van deze ‘Europese’ wetgeving voor de ICT-branche? Gaan wij voor het gemak even uit van een tweedeling in hardware en software, dan levert de vraag naar de toepasselijkheid van de wetgeving inzake productenaansprakelijkheid op hardware ons geen hoofdbrekens op. Hardware vormt een roerende zaak en kan daarom worden gekwalificeerd als een ‘product’ binnen de context van de productenaansprakelijkheid. De vraag die ons echter wel bezighoudt, luidt: zijn de regels inzake de productenaansprakelijkheid op gebrekkige software van toepassing? Noch de richtlijn noch het Burgerlijk Wetboek noch de bijbehorende parlementaire stukken geven aan het aspect van de kwalificatie als product toereikend aandacht voor een voldoende houvast bij het geven van een stellig antwoord op deze vraag. Omdat mag worden verwacht dat ook in de consumentensfeer de rol en betekenis van de informatietechnologie alleen maar zal toenemen, lijkt de gestelde vraag niet van praktisch belang ontbloot. Dat de interpretatie van de verschillende gebruikte begrippen in de sfeer van het ‘gissen en missen’ terechtkomt, is inherent aan de hierboven gesignaleerde onmogelijkheid terug te kunnen vallen op de nationale en de Europese wetgever. In de toekomst zal het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, bij het beantwoorden van interpretatievragen, prejudiciële beslissingen geven, die naar verwachting meer duidelijkheid omtrent de juridische status van programmatuur in het kader van de productenaansprakelijkheid zullen brengen.

Hieronder zal eerst een korte bespreking volgen over de mogelijke kwalificatie van software als een ‘product’, mede aan de hand van de verschillende standpunten die hierover al zijn ingenomen (par. 4.4.2). Daarna volgt een summier bespreking van de begrippen ‘gebrek’ (par. 4.4.3), ‘producent’ (par. 4.4.4) en ‘schade’ (par. 4.4.5), uiteraard slechts voorzover dit relevant is voor softwaregerelateerde ‘producten’.

4.4.2. *Is software een product?*

Onder product wordt een roerende zaak verstaan, ook nadat deze een bestanddeel is gaan vormen van een andere roerende of onroerende zaak, alsmede elektriciteit. Landbouwproducten en producten van de jacht worden uitgezonderd (art. 6:187 lid 1 BW).

Dat dragers van software 'producten' kunnen zijn, behoeft geen betoog. Ook computergestuurde inrichtingen en dergelijke zijn als 'product' aan te merken. Waar het hier echter om gaat, zijn de computerprogramma's zelf, dat wil zeggen de instructies, geschreven om de computer een bepaalde taak laten uitvoeren, zij het dat voor dit laatste nodig is dat de instructies in een voor de computer leesbare vorm beschikbaar zijn. Een computer geladen met een tekstverwerkingsprogramma, dus met tekstverwerkingsinstructies, kan worden gebruikt om een tekstverwerkingstaak uit te voeren.

Is de op een drager vastgelegde programmatuur als 'product' te beschouwen dat een bestanddeel is gaan vormen van de drager? Verkade, die overigens de vraag of er sprake is van een product ruimer formuleert, namelijk voor informatie- in plaats van voor softwaredragers, meent vanuit een, wat hij noemt, *common sense*-benadering van het probleem in het licht van de richtlijn, een zoveel mogelijk bevredigend criterium te hebben gevonden door te bezien waarop de vastgelegde informatie is gericht.⁴⁸ Is dat op automatische machinale productverwerking of -besturing, dan is er sprake van een product, in tegenstelling tot informatie gericht op instructie van de menselijke geest. Dit criterium kan eveneens als antwoord gelden op de hierboven gestelde vraag naar de kwalificatie van programmatuur als 'product'. Het criterium heeft het voordeel dat we niet blijven zitten met de onbevredigende consequenties van het innemen van een star dogmatisch standpunt met betrekking tot de status van programmatuur. In de discussies over dit onderwerp tot nu toe is dit meestal wel het geval. Bovendien zal programmatuur die het mogelijk maakt dat een machine (op een bepaalde manier) werkt als product worden aangemerkt. In zijn in 1995 verschenen proefschrift komt Westerdijk tot de slotsom, dat alle in het verkeer gebrachte software als een product moet worden aangemerkt op grond van zijn functionaliteit en de noodzaak van stoffelijke vastlegging om te kunnen functioneren.⁴⁹ Aldus bezien ontstaat een technisch werktuig, vergelijkbaar met andere producten.

Beide bovengenoemde conclusies komen overeen met het alleszins redelijke standpunt van Stuurman en Vandenberghe⁵⁰, dat programmatuur, gezien de politieke ratio van de richtlijn (namelijk bescherming van de consument), als product dient te worden gekwalificeerd.

48 Verkade 1990.

49 Westerdijk 1995.

50 Stuurman, Vandenberghe 1988.

De argumenten, die in verband met het kwalificeren van software als een product plegen te worden aangevoerd, komen kort samengevat hierop neer:

- software is niet stoffelijk en kan daarom geen roerende zaak zijn. Hiertegen is aangevoerd dat uit de richtlijn helemaal niet blijkt dat een product per se stoffelijk moet zijn. Daarnaast wordt beargumenteerd dat software natuurwetenschappelijk gezien wel stoffelijk is of dat de stoffelijkheid van software kan worden aangenomen door uit te gaan van de stoffelijke drager waarop de software is vastgelegd. De dogmatische beschouwingen over de vraag of software een ‘goed’ (richtlijn) en een ‘zaak’ (Burgerlijk Wetboek) is, zouden echter weinig opleveren nu (ook in EG-context gezien) zij evenals het begrip ‘product’ hun eigen communautairrechtelijke interpretatie zullen moeten krijgen;
- software is informatie en het lijkt geen twijfel dat *informatie* als zodanig in geen geval als ‘product’ in de zin van het richtlijnstelsel dient te gelden. Informatie wordt bovendien niet ‘industriële vervaardiging via een technisch productieproces’⁵¹;
- was het de bedoeling geweest dat software wel als product zou kunnen worden aangemerkt, dan was dat in de richtlijn zeker apart vermeld, evenals dat is gebeurd voor elektriciteit. Daartegen pleit echter dat elektriciteit is vermeld omdat de juridische status van elektriciteit binnen de lidstaten omstreden is. Als men had voorzien dat gelijke problemen zich ook bij software zouden voordoen, dan had men software zeker ook afzonderlijk genoemd;
- softwareontwikkeling is een dienst en diensten zijn zeker geen producten in de zin van de richtlijn en art. 6:187 lid 1 BW. Dit is zo, maar de grens tussen ‘product’ en ‘dienst’ is echter niet haarscherp te trekken. Ons probleem zou ook minder belangrijk zijn geweest als het sinds november 1990 in Brussel circulerende Voorstel voor een EG-richtlijn van de Raad inzake de aansprakelijkheid voor *diensten* niet in 1994 was ingetrokken vanwege de sterk uiteenlopende meningen daarover. Er kan echter worden opgemerkt, dat zelfs als softwareontwikkeling een dienst is, dit niet impliceert dat softwareontwikkeling geen product zou kunnen opleveren;
- software is een product, want het is niet te rijmen met de gedachte de consument te beschermen, als voor mechanische varianten wel, maar voor software-uitvoeringen met eenzelfde functionaliteit geen productenbescherming bestaat.

Zoals gezegd is de uitleg van de art. 6:185 e.v. BW voorbehouden aan het Europees Hof van Justitie. Een toekomstige beslissing van het Europees Hof zal moeten uitwijzen aan welke argumenten doorslaggevend gewicht mag worden toegekend.

51 Considerans Richtlijn, overwegingen 2, 3 en 4.

4.4.3. Gebrek

Art. 6:186 BW formuleert het gebrekcriterium. Een product is gebrekkig als het niet de veiligheid biedt die men daarvan mag verwachten, alle omstandigheden in aanmerking genomen en in het bijzonder de presentatie van het product, het redelijkerwijs te verwachten gebruik en het tijdstip waarop het in het verkeer werd gebracht. Een product mag niet als gebrekkig worden beschouwd uitsluitend omdat nadien een beter product in het verkeer is gebracht (art. 6:186 lid 1 BW).

De gelaedeerde zal naast de schade en het causaal verband tussen gebrek en schade ook de gebrekkigheid van het product moeten bewijzen (art. 6:188 BW). Een product dat schade veroorzaakt, is gebrekkig als het niet de veiligheid biedt die men daarvan mag verwachten. ‘Men’ duidt op een geobjectiveerd criterium en wel op de veiligheid die ‘het grote publiek’ gerechtigd is te verwachten.⁵² Dit is een open criterium, dat aan de hand van de concrete omstandigheden moet worden ingevuld. Als wij ervan uitgaan dat ‘het grote publiek’ over het algemeen niet op de hoogte is van de kwaliteit van software en vertrouwen heeft in de wondere wereld van de informatietechnologie en haar mogelijkheden, dan moet software een grote mate van veiligheid bieden. Daarnaast hangt een gerechtvaardigde veiligheidsverwachting uiteraard ook af van het doel dat met de toepassing wordt gediend.

Een incidenteel gebrek bij een bepaald exemplaar of een bepaalde serie exemplaren levert uiteraard een gebrek op. Bij software valt in dit verband te denken aan kopieerfouten of virussen.

Ontwerpfouten in de vorm van ‘bugs’ zullen in een programma van enige omvang, gezien de stand der techniek, moeilijk zijn te vermijden en ook moeilijk zijn op te sporen. Bij de vraag of deze een gebrek opleveren, zijn de overige omstandigheden (art. 6:186 lid 1 BW) van belang. Te denken valt aan reclame, begeleidende documentatie, gebruik van bepaalde hard- en software, de aard van de software, gemaakte aanpassingen en dergelijke.

Art. 6:185 lid 1 BW noemt een aantal omstandigheden die de producent moet bewijzen om aan aansprakelijkheid te ontkomen. Het zogenaamde ontwikkelingsrisicoverweer (‘state of the art’-verweer, sub *e*) is er één van. Dit verweer betreft het beroep van de producent op het feit dat het op grond van de stand van de wetenschap en de techniek op het tijdstip waarop het product in het verkeer is gebracht, onmogelijk was het bestaan van het gebrek te ontdekken. Als het voor de softwareproducent mogelijk is om een zodanig verweer hard te maken, dan rijst direct de vraag naar de (on)rechtmatigheid van het in het verkeer brengen van de betreffende gebrekkige software.

⁵² Richtlijn, considerans, 6e overweging.

4.4.4 *Producent*

Degene die door de gelaedeerde kan worden aangesproken ingeval van productenaansprakelijkheid is de producent. Dit begrip vult de richtlijn, met het oog op de achterliggende gedachte van de consumentenbescherming, heel ruim in. De producent is de fabrikant van een eindproduct, de producent van een grondstof of de fabrikant van een onderdeel, alsmede eenieder die zich als producent presenteert door zijn naam, zijn merk of een ander onderscheidingsteken op het product aan te brengen. Daarnaast wordt een ieder die het product in de EG invoert om dit te verstrekken in het kader van zijn commerciële activiteiten beschouwd als producent. Als niet kan worden vastgesteld wie de producent is, wordt de leverancier als producent beschouwd (art. 6:187 leden 2, 3 en 4 BW).

Een exonerationclausule overeengekomen met eventuele gelaedeerden kan dit risico voor de producent niet verkleinen. De aansprakelijkheid van de producent zoals deze voortvloeit uit art. 6:185 e.v. BW kan niet bij overeenkomst met de benadeelde worden uitgesloten of beperkt (art. 6:192 lid 1 BW). Dit verbod geldt niet binnen de onderlinge overeenkomsten van de verschillende producenten die bij de ontwikkeling van het product zijn betrokken. Art. 6:189 BW bepaalt nog dat als verschillende personen op grond van art. 6:185 lid 1 BW aansprakelijk zijn voor dezelfde schade, elk hunner voor het geheel aansprakelijk is.

4.4.5 *Schade*

De productenaansprakelijkheid betreft slechts de productschade. De productschade wordt veroorzaakt door het defecte product en bestaat uit letselschade, die al of niet de dood tot gevolg heeft, of zaakschade, aan een andere zaak dan het schade-toebrengende product, die gewoonlijk voor ge- of verbruik in de privésfeer is bestemd (art. 6:190 lid 1 BW) en door de benadeelde ook hoofdzakelijk in de privésfeer is ge- of verbruikt.

Dat slechts schade aan personen of aan zaken in de consumentensfeer voor vergoeding in aanmerking komt, levert een beperking op van het aantal gevallen van risicoaansprakelijkheid. Vaak zal de schade, die wordt veroorzaakt door softwarefouten, liggen in de sfeer van de gegevensverwerking waardoor een enorm financieel nadeel kan ontstaan dat niet als productschade zal worden aangemerkt. De voorbeelden van productenaansprakelijkheid naar aanleiding van softwarefouten liggen voornamelijk in de sfeer van de computergestuurde apparatuur, zoals bestralingsapparatuur, robots, vliegtuigbesturing en dergelijke. Jurisprudentie van Nederlandse rechters is er (nog) niet. Daar staat tegenover dat de verwachting niet ongegrond is dat zich in de toekomst een toename van softwaregebruik zal voordoen en als gevolg daarvan waarschijnlijk ook van juridische procedures op het gebied van de productenaansprakelijkheid.

De zaakschade kent een franchise van EUR 500 (art. 6:190 lid 1 sub *b* BW). Deze moet zijn overschreden alvorens vergoeding van het bedrag kan worden geëist. De

gelaedeerde moet de vordering in beginsel binnen drie jaar indienen, gerekend vanaf het moment waarop de gelaedeerde wist of had kunnen weten van de schade ten gevolge van het gebrek van het product en van de identiteit van de producent.

4.5. Verzekering

Automatisering gaat met risico's gepaard en bedrijven dienen zich daarvan bij de bedrijfsvoering bewust te zijn. Als logisch gevolg op het inventariseren van de risico's die zijn verbonden aan de automatisering via een zogenaamde 'risk-management'-analyse, wordt onderzocht hoe en tegen welke prijs de risico's kunnen worden beperkt. Daarin past, naast het overwegen van technische, organisatorische en juridische (contractuele) maatregelen, ook de overweging omtrent het al dan niet afsluiten van verzekeringen. In dit laatste geval wordt er met een verzekeraar overeengekomen dat de verzekeraar bepaalde mogelijke risico's, al of niet met vaststelling van een eigen risico, voor de verzekerde zal dragen tegen betaling van een afgesproken geldbedrag, de verzekeringspremie. Vaak zal een wederpartij bij het aangaan van een ICT-contract eisen dat er aansprakelijkheidsverzekeringen zijn afgesloten, omdat hij niet met onvergoede schade wil blijven zitten.

Dat 'automatiseringsrisico's' kunnen worden verzekerd, is nog maar sinds relatief korte tijd het geval. Belangrijke redenen hiervoor zijn het relatief korte bestaan van de automatisering, de veranderlijkheid van de technologie en daaraan inherent de onzekerheid over de vraag welke risico's er zijn, de frequentie waarin deze risico's zich voordoen en de financiële omvang van de risico's.

Er heeft echter wel een ontwikkeling op het gebied van de verzekerbaarheid van automatiseringsrisico's plaatsgevonden. Zo zijn de risico's van hardwareschade, van eventuele gevolgen daarvan, van reconstructiewerkzaamheden, uitwijkschade, van computerfraude door werknemers en/of derden, en van internet- en e-commerce-risico's alweer gedurende een wat langere tijd te verzekeren. Daarnaast is er sprake van de eerder in dit hoofdstuk behandelde aansprakelijkheidsrisico's. Deze laatste betreffen de risico's van vermogensverlies als gevolg van de gehoudenheid tot het vergoeden van de door derden geleden schade. Ook voor deze automatiseringsrisico's ontstaan er meer mogelijkheden om aansprakelijkheidsverzekeringen af te sluiten.

Een waarschuwing vooraf bij het behandelen van ICT-verzekeringen is wel op zijn plaats, omdat uiteindelijk de verzekeringspolissen bepalen welke risico's zijn gedekt en welke schade voor vergoeding door de verzekeraar is uitgesloten.

Ook voor de ICT zijn er de onderscheiden aansprakelijkheidsverzekeringen: de AVB en de BAV. Dit zijn verzekeringen die schade vergoeden van derden waarvoor de verzekerde aansprakelijk is.

Een groot gedeelte van de aansprakelijkheidsrisico's wordt gedekt door een AVB-polis. AVB staat voor AansprakelijkheidsVerzekering Bedrijven. De schade, veroorzaakt door medewerkers van het ICT-bedrijf, die wordt vergoed op basis van

deze 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 van die twee schadesoorten. Dat wil zeggen dat er onder een AVB-polis geen sprake is van dekking van schade die niet is aan te merken als zaak- of letselschade of als vermogensschade die uit deze beide soorten schade voortvloeit.

Sinds een aantal jaren zijn er in Nederland ook verzekeraars die voor de ICT-branche een aparte verzekering leveren, de BeroepsAansprakelijkheidsVerzekering (BAV) voor ICT-bedrijven. Deze verzekering dekt de aansprakelijkheid voor directe en indirecte ‘zuivere vermogensschade’ die wordt geleden door derden en die is veroorzaakt door beroepsfouten. Deze derden kunnen bijvoorbeeld cliënten van het bedrijf zijn, maar ook leveranciers of dienstverleners. Denk bij beroepsfouten bijvoorbeeld aan het geven van een fout automatiseringsadvies zoals speelde in de eerder aangehaalde zaak tussen RBC en Brinkers of aan het leveren van software waarin een programmeerfout zit.

De BAV dekt geen persoonsschade of schade aan goederen, maar wel de vermogensschade ten gevolge van de gemaakte fout waarvoor het bedrijf aansprakelijk is. Een automatiseringsbedrijf dat zowel het risico van een claim van geleden vermogensschade ten gevolge van beroepsfouten als dat van persoons- en letselschade wil overdragen aan een verzekeraar heeft daarom aan een van beide verzekeringen niet genoeg. Om de risico’s van schade aan derden te verzekeren moeten deze door op elkaar afgestemde polissen, zowel een AVB-polis als een BAV-polis, zijn gedekt. Een en ander is uiteraard afhankelijk van de soort werkzaamheden die binnen het bedrijf worden verricht. Daarnaast is het noodzakelijk te bepalen wie onder de te verzekeren personen worden gerekend.

Zoals bij zoveel contracten is het ook bij een verzekeringsovereenkomst van het grootste belang dat het afgesloten verzekeringscontract bepaalt wat partijen wilden overeenkomen. Een nauwkeurige formulering van wat, wie, hoe lang en voor welke bedrijfsactiviteiten is verzekerd, voorkomt veel narigheid. Bedenk dat 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 die de verzekerde loopt. De omvang van dit laatste hangt in sterke mate af van de activiteiten die de verzekerde verricht. Risico’s, die de verzekeraar niet wil dekken of waarvan hij de reikwijdte niet kan overzien, zal de verzekeraar willen uitsluiten. De volgende voorbeelden maken dit duidelijk:

- de verzekeraar verzekert veelal de gehele activiteit van de verzekerde. Hij biedt doorgaans geen mogelijkheid om een bepaald automatiseringsproject te verzekeren, omdat hieraan teveel problematische kantjes zitten zoals: Wanneer begint het project voor de verzekeraar te lopen? Wanneer mag de fout aan het licht treden wil de schade worden vergoed? Onzekerheid over de mate van risico van de projecten;
- voor het bepalen van de risico’s van de verzekerde is het mede van belang welk gebruik de verzekerde maakt van, in automatiseringcontracten veelvuldig

gebruikte, clauses die de aansprakelijkheid beperken 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 of garantiebepalingen, die zijn opgenomen in 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 eigen-risico-bedrag. Als dit het geval is, dient de verzekerde zich hiervan bij het aangaan van overeenkomsten met derden bewust te zijn;

- schade van derden die voortvloeit uit overschrijding van leveringstermijnen – een helaas veel voorkomend euvel in automatiseringsland – wordt door verzekeraars bijna standaard buiten de dekking gehouden;
- wat is een beroepsfout, en wat niet. De polis zal hiervan een omschrijving geven die de dekking bepaalt, en die hopelijk overeenkomt met de beroepsfouten waarvoor een bedrijf aansprakelijk kan worden gesteld. Datzelfde geldt voor de personen die op verschillende rechtsgronden door het bedrijf worden ingezet om bedrijfsactiviteiten te verrichten.

Het vaststellen van aansprakelijkheid in automatiseringskwesties roept vaak ingewikkelde juridische vragen op. Dit probleem is expliciet aan de orde gekomen tijdens de jaren 1998 en 1999, toen men zich richtte op de bestrijding van de zogenaamde millenniumbug. Over deze 'Y2K'-kwestie is toentertijd veel literatuur verschenen. Wij volstaan hier met een verwijzing naar het artikel van Franken en Hondius.⁵³ Voor de kosten van rechtsbijstand ingeval van een gerechtelijke procedure behoort een rechtsbijstandverzekering tot de mogelijkheden. Omdat partijen ook beslissen, dat hun geschillen, indien mogelijk, worden afgedaan door arbitrage of door middel van een alternatieve vorm van geschillenbeslechting, kan het aan te raden zijn de verzekering uit te laten strekken tot de onkosten die daarmee gepaard gaan.

Geraadpleegde en aanbevolen literatuur

Van Dunné, J.M., *Verbintenissenrecht. Deel I. Contractenrecht*, Deventer: Kluwer 2001.

Duthler A.W., *Beheersing van automatiseringsrisico's: het belang van goede (verzekerings)contracten*, Alphen aan den Rijn/Zaventem: Samson BedrijfsInformatie 1995.

Hondius, E.H., 'Boekbesprekingen. G. Vandenberghe 'Partijenaansprakelijkheid bij softwarecontracten'', *Computerrecht* 1987/2, p. 131-132.

⁵³ Franken, Hondius 1999.

Hondius, E.H. , ‘Computercontracten, privaatrechtelijke aspecten’, in: De Graaf, F. en Berkvens, J.M.A. (red.), *Hoofdstukken informaticarecht*, Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1991, p. 66-81.

FENIT, *De verzekering voor beroepsaansprakelijkheid van ICT-bedrijven*, Woerden, maart 2003.

Franken, H. ‘Burgerlijk recht en informatica’, *WPNR* 5585 (1988), p. 461-466.

Franken, H., ‘Computerrecht’, in: Castermans, A.G. (red.), *Het Nieuw BW in functie. De invloed van het nieuwe vermogensrecht op tien bijzondere rechtsgebieden*, Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 119-135.

Franken, H. en Hondius, E.H., ‘Millenium en aansprakelijkheid’, *NJB* 1999/24 p. 1073-1084.

Fransen van de Putte, A.S., ‘Automatiseren en verzekeren’, in: De Graaf, F. en Berkvens, J.M.A. (red.), *Hoofdstukken informaticarecht*, Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1991, p. 173-188.

Hartkamp. A.S., *mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen*, Deventer: Kluwer 2004.

Van der Klaauw-Koops, F.A.M., ‘De juridische status van software. Reactie II’, *NJB* 1990/7, p. 282-283.

Van der Klaauw-Koops, F.A.M., ‘Risico's en aansprakelijkheid. Koop en productenaansprakelijkheid gelden ook voor programmatuur’ in: Franken, H. (red.), *Dossier Onderneming & Automatisering, Serie Dossier over Onderneming, Financiën en Recht*, 's-Hertogenbosch: Uitgeverij Account/Advies B.V. 1993, p. 96-100.

Kleve, P., De Mulder, R.V., ‘De juridische status van software’, *NJB* 1989/37, p. 1342- 1345.

Nieuwenhuis, J.H., Stolker, C.J.J.M. & Valk, W.L., *Vermogensrecht, Tekst en commentaar*, Kluwer: Deventer 2004.

Paquay, ‘Software als stoffelijk object. Reactie III’, *NJB* 1990/7, p. 283.

Prins J.E.J., ‘Overeenkomst betreffende aansprakelijkheidsverzekering voor computer service en softwarebureaus, E.3.7-1 t/m 70’, in: J.M.A. Berkvens, R.E. van Esch, H. Franken, C.F. van Geest & F.V.B.M. Mutsaerts (red.), *Automatiseringscontracten, modellen voor de praktijk*, Deventer: Kluwer (supplement 16, januari 1996).

Quaadvlieg 1995, A.A., 'Intellectuele-eigendomslicentie in Boek 9 Fw', *NTBR* 1995/9-10, p. 226-235.

Siemerink, L.A.R., hoofdstuk 5 in: Van der Klaauw-Koops, F.A.M., Corvers, S.F.M., *Praktisch informaticarecht*, Groningen: Martinus Nijhoff 2002, p. 87-99.

Spoor, J.H., Verkade, D.W.F., *Auteursrecht*, Deventer: Kluwer 1993.

Stuurman, C., *Aansprakelijkheid en automatisering, de positie van de adviseur*, Lelystad: Vermande 1986.

Stuurman, C., Vandenberghe, G.P.V., 'Softwarefouten: een 'zaak' van leven of dood? De status van software onder de EG-richtlijn produktenaansprakelijkheid en de Nederlandse uitvoeringswetgeving', *NJB* 1988/45-46

Stuurman, C., 'Informatica en aansprakelijkheid', in: De Graaf, F. en Berkvens, J.M.A. (red.), *Hoofdstukken informaticarecht*, Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1991.

Thole, E.P.M., *Software, een 'novum' in het vermogensrecht. Beschouwingen over de positie van het auteursrecht op software in het vermogensrecht*, (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1991.

Thole, E.P.M., 'De juridische kwalificatie van de aanschaf van software', in: 10 jaar IT & recht: verleden, heden en toekomst. Nederlandse Vereniging van Informatietechnologie en Recht., Alphen aan den Rijn: Samson Bedrijfsinformatie 1996, p. 29-41.

Thole, E.P.M., 'Aansprakelijkheid, hoofdstuk 7E/7.2, supplement september 2000', in: Prins, J.E.J. e.a. (red.), *Recht en Informatietechnologie, Handboek voor Rechtspraktijk en Beleid*, Den Haag: Sdu Uitgevers.

Vandenberghe, G., *Partijenaansprakelijkheid bij softwarecontracten, Reeks Informatica en recht deel 2*, Antwerpen/Deventer: Kluwer rechtswetenschappen 1984.

Verkade, D.W.F., Sint Truiden, M.Ph. van & Maassen, J.F.C., *Product in gebreke, Productenaansprakelijkheid naar Nederlands en E.E.G.-recht*, Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1990.

Vranken, J.B.M., *Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten in het verbin-tenissenrecht*, Zwolle 1989.

Wentink, B.C., *De licentie in het vermogensrecht*, Studiepockets Privaatrecht nr. 51, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

Westerdijk R.J.J., *Productenaansprakelijkheid voor software: beschouwingen over de aansprakelijkheid voor informatieproducten*, Reeks informatica en recht deel 16 (diss. VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 1995.

