



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Nederland ICT-voorwaarden: agile, SaaS, garanties en exoneraties kritisch bekeken en vergeleken

Graaf, T.J. de

Citation

Graaf, T. J. de. (2016). Nederland ICT-voorwaarden: agile, SaaS, garanties en exoneraties kritisch bekeken en vergeleken. *Computerrecht*, 2016(1), 2-6. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/47899>

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/47899>

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

Nederland ICT-voorwaarden: agile, SaaS, garanties en exonerationen kritisch bekeken en vergeleken

Computerrecht 2016/2

Op 3 juni 2014 zijn de ICT-Office-voorwaarden uit 2009 vervangen. Nieuwe wet- en regelgeving, jurisprudentie en vormen van dienstverlening waren aanleiding voor een nieuwe set voorwaarden. Daarnaast zijn de regels gewijzigd die bepalen wanneer welk hoofdstuk (of welke hoofdstukken) van toepassing zijn. In dit artikel zullen een aantal nieuwe vormen van dienstverlening (agile en SaaS), deze nieuwe opbouw, de garanties en de exonerationen worden besproken.

1. Inleiding

Op 3 juni 2014 verving Nederland ICT (de opvolger van ICT-Office en daarvoor de FENIT) de 55 pagina's tellende ICT-Office-voorwaarden uit 2009 door een nieuwe, 17 pagina's tellende set.² Nieuwe wet- en regelgeving, jurisprudentie en vormen van dienstverlening waren naar verluid belangrijke redenen voor een ingrijpende update van de voorwaarden. Ook is Nederland ICT afgestapt van het regime waarbij bepaalde hoofdstukken, die betrekking hebben op specifieke producten of diensten, alleen van toepassing zijn als dat expliciet wordt overeengekomen. De nieuwe voorwaarden bepalen, net als de FENIT-voorwaarden (de voorloper van de ICT-Office-voorwaarden), dat die hoofdstukken automatisch van toepassing worden zodra het bewuste product of de bewuste dienst wordt geleverd. In dit artikel wordt deze nieuwe opbouw en een aantal nieuwe vormen van dienstverlening (meer specifiek: agile en SaaS) besproken, gevolgd door een kritische bespreking van de garanties en exonerationen.³ Daarbij zal de nadruk liggen op de wijzigingen ten opzichte van de vorige set algemene voorwaarden.⁴

2. Nieuwe opbouw

In de nieuwe opbouw is gelukkig weer gekozen voor een gelaagd regime: de algemene bepalingen (hoofdstuk 1) zijn van toepassing op alle geleverde producten en diensten en de specifieke bepalingen gelden automatisch zodra producten of diensten worden geleverd die onder de reikwijdte van die specifieke bepalingen vallen (op grond van de eerste bepaling in de betreffende hoofdstukken, die dat met zo

veel woorden bepaalt, en net als onder het regime van de FENIT-voorwaarden).⁵ De mate van gelaagdheid wordt bepaald door het vaststellen van de aard van de geleverde producten of diensten. Wordt bijvoorbeeld op grond van een overeenkomst software in licentie gegeven en hardware verkocht, dan geldt naast hoofdstuk 1 (algemene bepalingen) ook hoofdstuk 4 (ter beschikking stellen programmatuur) en hoofdstuk 12 (koop van hardware). Voor de levering van diensten geldt, ongeacht de aard van dienstverlening, dat als "tussenlaag" het hoofdstuk met algemene bepalingen over dienstverlening van toepassing is (hoofdstuk 2).⁶ Als bijvoorbeeld een SaaS-dienst wordt geleverd, dan geldt hoofdstuk 3 (SaaS) naast zowel hoofdstuk 2 (dienstverlening) als hoofdstuk 1 (algemene bepalingen). Deze meer gelaagde structuur voor diensten is nieuw ten opzichte van de ICT-Office-voorwaarden. In laatstgenoemde voorwaarden werd veel herhaald door het ontbreken van een tussenlaag in de specifieke dienstenhoofdstukken ("modules").

Het voordeel en gevolg van het gebruik van de meer gelaagde structuur (dus de toevoeging van een algemeen deel voor diensten) is dat veel bepalingen in de meer specifieke hoofdstukken zijn geschrapt. Ook is een aantal specifieke diensten geschrapt, te weten computerservice en ASP (delen van module 4 die nu deels onder diensten en deels onder SaaS vallen), projectmanagement (deel van module 9 dat nu onder diensten valt), toegang tot internet (module 14), telecommunicatiediensten (module 15) en financiering en leasing (module 16). Vermoedelijk is dat gedaan omdat een aantal onderwerpen daaruit in algemene zin kon worden geregeld en de overige onderwerpen door marktpartijen zelf in gedetailleerde voorwaarden overeengekomen werden en worden. De omvang van de set is (mede) hierdoor behoorlijk afgenomen: van 55 naar 17 pagina's.

Interessant is dat in de nieuwe voorwaarden, anders dan in de oude,⁷ een rangorderegeling ontbreekt (een regeling die bepaalt welke bepaling geldt als twee bepalingen met elkaar in strijd zijn). Dat is opmerkelijk omdat de Hoge Raad in het *Jonker/Heipro*-arrest heeft uitgemaakt dat er geen

1 Mr. dr. T.J. (Tycho) de Graaf is advocaat bij NautaDutilh N.V. te Amsterdam, universitair docent eLaw@Leiden en redacteur van dit tijdschrift.

2 Een inkijskijemplaar is te vinden op <http://www.nederlandict.nl/?id=13437>.

3 Een bespreking van overige onderwerpen gaat het bestek van dit artikel helaas te buiten.

4 Degenen die een algemenere beschouwing wensen, zij onder andere verwezen naar R. Zaal, 'Nederland ICT Voorwaarden onder de loep. 22 bepalingen om een streep door te zetten', *Automatiseringids* 23 oktober 2014.

5 In haar aankondiging van de nieuwe voorwaarden (<http://www.nederlandict.nl/index.shtml?id=13436&ch=ICT>) legt Nederland ICT uit dat de gebruikers van de voorwaarden de voorkeur geven aan de automatische structuur. Eerder uitte ik felle kritiek op de keuze in de ICT-Office voorwaarden om de specifieke modules alleen te laten gelden als de betreffende module met zoveel woorden is overeengekomen, zie T.J. de Graaf, 'Opbouw en aansprakelijkheidsregeling ICT-Office-voorwaarden 2009 kritisch bekeken', *Contracteren* 2009/3, p. 71-73.

6 Als diensten gelden: SaaS (hoofdstuk 3), ontwikkeling van programmatuur en websites (hoofdstuk 5), onderhoud van programmatuur en support (hoofdstuk 6), advisering en consultancy (hoofdstuk 7), detacheringendiensten (hoofdstuk 8), opleiding en trainingen (hoofdstuk 9) en hosting (hoofdstuk 10).

7 Art. 1.2 module algemeen ICT-Office bepaalt dat bij strijd tussen de algemene module en een specifieke module, de bepaling in de specifieke module prevaleert.

regel is die bepaalt dat een specifieke bepaling in een overeenkomst prevaleert boven een bepaling in algemene voorwaarden, maar dit hooguit als een gezichtspunt in aanmerking kan worden genomen bij de uitleg aan de hand van de Haviltex-maatstaf.⁸

3. Actualiteit: agile en SaaS

In de voorwaarden is een aantal actuele technische ontwikkelingen verwerkt. Zo zijn in het hoofdstuk over ontwikkeling van programmatuur en websites (hoofdstuk 5) twee bepalingen toegevoegd over agile softwareontwikkeling (art. 36.3 en 36.4).⁹ Wat met name opvalt, is dat vooral veel verantwoordelijkheden van de leverancier worden weggeschreven. Zo aanvaardt de klant het risico dat de programmatuur en/of websites “niet noodzakelijkerwijs aan alle specificaties zullen beantwoorden”, aanvaardt de klant de programmatuur en/of website “in de staat waarin deze zich op het moment van het einde van de laatste ontwikkelfase bevindt (‘as is, where is’)” en is de leverancier “na de laatste ontwikkelfase niet gehouden tot herstel van fouten, tenzij schriftelijk anders overeengekomen”. Verder geldt op grond van art. 36.4 bij agile softwareontwikkeling de acceptatie- en garantieregeling (grotendeels) niet.

Nu begrijp ik wel dat een groot deel van dat soort bepalingen inherent is aan een agile ontwikkelmethode, maar in de voorwaarden is weinig gedaan om het verminderen van de verantwoordelijkheden van de leverancier ten aanzien van kwaliteit en levertijden van deliverables te compenseren met het uitbreiden van verantwoordelijkheden ten aanzien van (met name) het proces. Zo ontbreken verplichtingen met betrekking tot: (1) het maken van realistische inschattingen ten aanzien van benodigde inspanningen, doorlooptijd en kosten voor de per iteratie (sprint) te ontwikkelen work items (backlog) en de gevolgen als die inschattingen niet kloppen (bij voorbeeld extra sprints of schrappen functionaliteit, samen met afspraken wie welk deel betaalt); (2) het bij aanvang van een sprint formuleren van duidelijke criteria wanneer een sprint af is in het licht van het uiteindelijke doel (definition of done) en wat de gevolgen zijn als het niet af is; (3) het monitoren van geboekte voortgang en nog benodigde tijd (velocity); (4) de kwaliteit van de in te zetten mensen (kwalificaties, kennis en ervaring), ontwikkelcapaciteit (dedicated capaciteit en mogelijkheden reservecapaciteit te benutten) en samenstelling van het team (niet wijzigen key personnel tijdens project, recht op vervanging overige medewerkers en regeling voor inwerktijd en daarmee gepaard gaande kosten); (5) de kwaliteit waarin de programmatuur en documentatie dient te voldoen; (6) op welke wijze getest gaat worden; (7) geen opschorting

hangende discussies over het voorgaande teneinde de vaart erin te houden; en (8) een exit regeling.¹⁰

Toegegeven, een deel van deze voorstellen verdraagt zich niet goed met de principes achter agile softwareontwikkeling,¹¹ neigt ernaar bij het sprinten te willen mini-watervallen,¹² hoort voor een deel thuis in een uitgewerkt contract en past slecht bij de eenzijdigheid die traditiegetrouw kenmerkend is voor deze voorwaarden. Tegelijkertijd lijkt het niet te veel gevraagd in de voorwaarden in ieder geval iets in algemene zin over een aantal van deze onderwerpen te bepalen. Zo kan worden begonnen criteria te stellen aan de kwaliteit en samenstelling van het team aan leverancierszijde in plaats van, zoals nu het geval is, alleen klant garanties te laten geven over zijn inbreng, medewerking en beslissingsbevoegdheid (art. 36.3).

Verder zijn de voorwaarden geactualiseerd door een specifiek hoofdstuk over SaaS-diensten op te nemen (hoofdstuk 3). Belangrijk voor de leverancier is dat hij een eenzijdige wijzigingsbevoegdheid heeft ten aanzien van inhoud en omvang van de SaaS-dienst (art. 24.3) en herstel van gebreken kan uitstellen totdat een nieuwe versie van de programmatuur in gebruik wordt genomen (art. 25.1). Ook staat hij er niet voor in dat wijzigingen in wet- en regelgeving tijdig worden doorgevoerd in de in het kader van de SaaS-dienst ter beschikking gestelde programmatuur (art. 25.3) en is hij niet gehouden bepaalde eigenschappen of functionaliteiten te handhaven, wijzigen of toe te voegen (art. 24.4). Daarmee wordt recht gedaan aan het algemene karakter van een SaaS-dienst en heeft de leverancier vrijheid zijn eigen roadmap te bepalen, zij het dat deze vrijheid ontaardt in vrijblijvendheid daar waar materiële gebreken niet tijdig worden hersteld en belangrijke eigenschappen of functionaliteiten worden verwijderd. Het zou redelijker zijn geweest als, zoals steeds vaker gebruikelijk is, toezeggingen worden gedaan met betrekking tot de termijn waarop materiële wijzigingen worden aangekondigd en een ondergrens wordt bepaald ten aanzien van de door te voeren wijzigingen (bij voorbeeld geen materiële verslechtering voor de klant).

De keerzijde voor de leverancier is een extra mogelijkheid de overeenkomst schriftelijk op te zeggen tegen de datum waarop de wijziging in werking treedt (art. 24.3 ten opzichte van de algemene opzegmogelijkheden in art. 4.2 en 15.3). Die mogelijkheid heeft de klant echter niet als de wijziging verband houdt met wijzigingen in wetgeving of door bevoegde instanties gegeven voorschriften, of leverancier de kosten van de wijziging voor zijn rekening neemt.

⁸ HR 13 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF5538, NJ 2003/506 (*Jonker/Heipro*).

⁹ Agile softwareontwikkeling is een softwareontwikkelingsmethode die zich kenmerkt door elkaar opvolgende korte ontwikkeltrajecten (iteraties), waarbij teams intensief samenwerken en aan het eind van iedere iteratie iets bruikbaar wordt opgeleverd en getest, zie <https://nl.wikipedia.org/wiki/Agile-softwareontwikkeling>.

¹⁰ Zie voor een uitwerking van een groot aandeel van deze verplichtingen C. Jeloscsek & J.J. Linnemann, ‘Contracteren over agile softwareontwikkeling. Uitdagingen en struikelblokken’, *Computerrecht* 2013/82.

¹¹ Zie bij voorbeeld de Principles behind the Agile Manifesto op <http://www.agilemanifesto.org/principles.html>.

¹² De watervalmethode is de klassieke vorm van softwareontwikkeling, waarin (in de meest extreme vorm) aan het begin van het traject wordt bepaald waaraan het eindproduct moet voldoen, wanneer het klaar moet zijn en tegen welke kosten (fixed time, fixed price).

Overigens oogt dit hoofdstuk over SaaS-diensten frisser dan het is. Eigenlijk is het grotendeels een refresh van artikelen die eerder al voorkwamen in de ICT-Office-voorwaarden, in art. 3.3, 7.1 en 7.5 van de ASP, SaaS en computerservice module 4 respectievelijk het uit de onderhoudsmodule 5 overgebrachte art. 4.3. Nieuw is wel een expliciete toevoeging in het beëindigingsartikel dat in geval van faillissement van de klant, het recht eindigt van de klant “tot toegang en/of gebruik van de diensten van leverancier, zonder dat hiertoe een opzeggingshandeling van de zijde van de leverancier vereist is.” (art. 15.5). Dat lijkt zich slecht te verdragen met de roep om curatoren toegang tot de cloud te laten blijven houden.¹³ Medewerkingsverplichtingen bij een exit ontbreken, net als in de oude voorwaarden.

4. Garanties

De vorige set algemene voorwaarden, de ICT-Office voorwaarden, bevatte een aantal garanties: (1) met betrekking tot door leverancier geleverde producten; (2) een dienstegarantie met betrekking tot ASP en SaaS (art. 7.1 module 4); (3) een *sole remedy* dienstegarantie met betrekking tot computerservice (art. 7.3 module 4). Ten aanzien van overige diensten waren ook garanties opgenomen, maar die verplichtingen hadden maar weinig om het lijf.¹⁴ Telkens was het woord garanties eigenlijk niet op z'n plaats. Die 'garanties' waren namelijk slechts geclausuleerde inspanningsverbintenissen, ten aanzien waarvan bovendien uitdrukkelijk werd bepaald dat de leverancier zich bij schending van zo'n verbintenis kon blijven beroepen op overmacht¹⁵ (art. 13.1 module algemeen) en de aansprakelijkheidsbeperking voor directe schade tot de bedongen prijs (art. 12.1 module algemeen).¹⁶ Grosso modo golden bijvoorbeeld de product-

garanties gedurende drie maanden na levering of acceptatie en verplichtte de leverancier zich naar beste vermogen bij schending daarvan in te spannen tot herstel binnen redelijke termijn van een bepaald soort fouten: het aantoonbaar, reproduceerbaar en substantieel niet voldoen aan de door leverancier schriftelijk kenbaar gemaakte functionele of technische specificaties (bij voorbeeld art. 9.2 jo. 5.3 module 1 met betrekking tot softwarelicenties). Per product of dienst werden die garanties aangevuld met extra beperkingen die verband hielden met de aard van het product of de dienst, bij voorbeeld dat herstel van gebreken bij ASP, SaaS en computerservice kon worden uitgesteld tot een volgende versie (art. 7.1 module 4).

Er zijn geen noemenswaardige wijzigingen van de 'garanties' in de nieuwe Nederland ICT-voorwaarden met betrekking tot ter beschikking gestelde programmatuur en ontwikkelde programmatuur en websites (art. 34 respectievelijk 40) alsmede verkochte hardware (art. 62) in vergelijking met de ICT-Office voorwaarden (art. 9 module 1, art. 11 module 2 respectievelijk art. 6 module 11).

Bij de andere garanties is wel het één en ander veranderd. Doordat de nieuwe Nederland ICT-voorwaarden geen specifieke bepalingen met betrekking tot computerservice meer kennen, keert ook de oude *sole remedy clause* met betrekking tot computerservice niet terug (art. 7.3 module 4 ICT-Office). Die *sole remedy clause* bepaalde dat bij gebreken in de resultaten van de computerservice waarvan herstel naar het oordeel van leverancier technisch of redelijkerwijs niet mogelijk is, de leverancier uitsluitend gehouden is tot herstel of terugbetaling, en dus niet tot schadevergoeding. Dat is positief voor de klant. Voor hem is ook positief dat veel product- en dienstenspecifieke negatieve garanties niet zijn teruggekeerd, bijvoorbeeld het niet instaan voor: foutloos of zonder onderbrekingen functioneren van webhosting diensten (art. 8 module 6 ICT-Office), ongestoorde beschikbaarheid van bandbreedte en toegang tot internet (art. 9.1 module 14 ICT-Office) en ongestoorde beschikbaarheid van vaste en mobiele telecommunicatienetwerken (art. 13.1 module 15 ICT-Office). Eerlijk gezegd lijken met dit soort negatieve garanties¹⁷ steeds minder nodig in deze tijd. Klanten zullen de afwezigheid van dit soort storingen niet meer (mogen) verwachten, althans voor zover deze storingen te wijten zijn aan omstandigheden buiten de invloedssfeer van de leverancier.

Nadelig voor leveranciers blijft dat de garanties niet als *sole remedy* zijn geformuleerd. Daardoor kan de klant, in plaats van herstel te verlangen, de overeenkomst ontbinden (zij het dat ontvangen prestaties en daarmee samenhangende beta-

13 Zie voor mogelijkheden voor de faillissementscurator (toch) toegang te krijgen tot de administratie F.B. Bosveldt & A.R. van Oijen, 'Cloud computing in faillissement en surseance: beter één administratie in de hand dan tien in de lucht?', *Tvl* 2013/39 en B. Wessels, 'De curator en de cloud', *NJB* 2015/639 alsmede de in die artikelen aangehaalde jurisprudentie.

14 Art. 8 module 6 webhosting, art. 9.1 module 14 internettoegang en art. 13 module 15 telecommunicatiediensten.

15 Hoewel aan de begrippen 'instaan voor' en 'garantie' geen vaste betekenis toekomt (HR 4 februari 2000, ECLI:NL:HR:1995:ZC1930, *NJ* 1996/300 (*Hoog Catherijne*) respectievelijk HR 4 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4728, *NJ* 2000/562 (*Mol/Meijer*), wordt in de parlementaire geschiedenis en door Hartkamp & Sieburgh aangenomen dat er een normaaltype garantie bestaat, bij schending waarvan de garant zich niet op overmacht kan beroepen (hetgeen dus niet geldt voor de ICT-Office 'garanties'), zie C.J. van Zeven, J.W. du Pon & M.M. Olthof, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 6. Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1981, p. 262 (M.v.A. II) en 264 (T.M.) respectievelijk Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-1^a, Deventer: Kluwer 2011, nrs. 21 en 362. Zekerheidshalve is het daarom voor de garant aan te bevelen te bepalen dat overmacht ook kan worden ingeroepen als een garantie wordt geschonden.

16 Brunner en Janssen menen dat een specifieke garantie prevaleert boven een algemene exoneration (hetgeen dus niet geldt voor de ICT-Office 'garanties'), zie Brunner in zijn noten bij HR 9 oktober 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0710, *NJ* 1994/289 (*Maassluis of Steendijkpolder*) en HR 25 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1016, *NJ* 1994/291 (*Gerards/Vijverberg*) respectievelijk M.A.J.G. Janssen, 'Rechtsgevolgen van een garantie', in: M.M. van Rossum e.a., *Garanties in de rechtspraak, Serie Recht en Praktijk, Contracten- en Aansprakelijkheidsrecht nr. CA12*, Deventer: Kluwer 2015, p. 33-39. Anders: T.J. de Graaf, 'Garanties versus non-conformiteit en exonerationen', *ORP* 2012-3, p. 37-38. Zekerheidshalve is het daarom voor de garant aan te bevelen te bepalen dat exonerationen ook kunnen worden ingeroepen als een garantie wordt geschonden.

17 Anders dan in mijn proefschrift (zie T.J. de Graaf, *Exonerationen in (ICT-)contracten tussen professionele partijen* (diss. Leiden), *Serie Recht en Praktijk nr. 141*, Deventer: Kluwer 2006, p. 108-110) ben ik inmiddels van mening dat negatieve garanties de verwachtingen van de klant kunnen beïnvloeden en mogelijk zelfs exonarerend kunnen werken.

lingsverplichtingen in beginsel¹⁸ geen voorwerp van ongedaanmaking zijn, art. 15.2 Nederland ICT) en schadevergoeding vorderen (binnen de grenzen van de exoneraties in art. 16 Nederland ICT en het elders in de voorwaarden bepaalde). Positief voor leveranciers is dat de garantieregelingen in de Nederland ICT-voorwaarden verder zijn dichtgetimmerd dan die in de ICT-Office voorwaarden. Onder het regime van de ICT-Office voorwaarden bestaan mogelijkheden om de in de garantieregelingen opgenomen beperkingen (waaronder alleen inspannen te herstellen, drie maanden garantie en daarna geen herstelverplichting) te omzeilen door niet te ageren op grond van de garantieregeling, maar op grond van de wet.¹⁹ De meest voor de hand liggende wettelijke grondslagen om tot een tekortkoming in de nakoming te (kunnen) concluderen zijn non-conformiteit (zie voor koop art. 7:17 BW en voor huur art. 7:204 BW²⁰) of het niet handelen met de zorg van een goed opdrachtnemer (bij opdracht ex art. 7:401 BW). Een omzeilingsmogelijkheid ontstaat bijvoorbeeld als sprake is van een gebrek dat geen fout is in de zin van de betreffende garantieregeling en waarop dus de garantieregeling niet van toepassing is,²¹ maar wel kwalificeert als non-conformiteit op grond van de wet en zodoende een tekortkoming in de nakoming. Die weg werd in de ICT-Office-voorwaarden alleen afgesneden bij koop van hardware. Daar werd expliciet bepaald dat ieder ander of verdergaand beroep van de klant op non-conformiteit is uitgesloten (art. 6.2 en 6.4 module 11). In de Nederland ICT-voorwaarden wordt die regeling herhaald (art. 62.2 en 62.4).

Nieuw in de Nederland ICT-voorwaarden is een soortgelijke anti-omzeilingsregeling met betrekking tot softwarefouten. Niet in de garantieregeling, maar erg verstopt in artikel 30.3 over acceptatie – dat had transparanter gemogen – wordt eerst het begrip fouten gedefinieerd²² en daarna het volgende bepaald: “Leverancier heeft geen enkele verplichting met betrekking tot andere gebreken in of aan de programmatuur dan met betrekking tot fouten in de zin van deze algemene voorwaarden.” De klant heeft dus, anders gezegd en anders dan onder vigeur van de vorige set, geen aanspraken ten opzichte van de leverancier met betrekking tot gebreken die geen fouten zijn in de zin van de voorwaarden, ook niet als die fouten wel non-conformiteit opleveren in de zin van bij voorbeeld art. 7:17 BW (als de kooptitel op de betreffende aanschaf van software kan worden toegepast²³).

5. Exoneraties

In de algemene aansprakelijkheidsclausule is niet zo veel veranderd (art. 12 module algemeen ICT-Office en 16 Nederland ICT). Gebleven zijn mogelijke gaten waar ik eerder op wees. Ten eerste kan de eerste trap van de aansprakelijkheidsbeperking voor directe schade wegens “een toerekenbare tekortkoming” tot de bedongen prijs worden gelezen als een aansprakelijkheidsbeperking per gebeurtenis (*cap per event*) in plaats van voor alle gebeurtenissen tezamen (*global cap*) (als je “een” leest als “één”, art. 16.1). Ten tweede kunnen bepaalde exoneraties onderuit worden gehaald als je van mening bent dat garanties prevaleren boven exoneraties.²⁴ Die redenering gaat in ieder geval niet op voor de exoneratie ten aanzien van directe schade tot de bedongen prijs omdat die exoneratie wel uitdrukkelijk bepaalt dat zij geldt ten aanzien van “welke rechtsgrond dan ook, daaronder uitdrukkelijk begrepen iedere tekortkoming in de nakoming van een met klant overeengekomen garantieverplichting” (art. 16.1). Ten derde kunnen de aansprakelijkheidsbeperking voor schade door dood, lichamelijk letsel of wegens materiële beschadiging van zaken (art. 16.2) alsmede de aansprakelijkheidsuitsluiting voor indirecte en gevolgschade (art. 16.3) wellicht uit hoofde van onrechtmatige daad worden gepasseerd door middel van een zogeheten parallelsprong (omdat zij niet bepalen dat ze gelden ongeacht de rechtsgrond waarop aansprakelijkheid wordt gebaseerd).²⁵

Het volgende is wel veranderd in de algemene aansprakelijkheidsclausule: de zinsnede is geschrapt dat de aansprakelijkheidsbeperking voor directe schade tot de bedongen prijs van overeenkomstige toepassing is op de vrijwaringsverplichting van leverancier ten aanzien van schending van intellectuele eigendomsrechten van derden (welke zinsnede wel was opgenomen in art. 12.1 module algemeen ICT-Office). Dat doet de vraag rijzen wat dan wel geldt bij een zodanige vrijwaring: zijn de toepasselijke exoneraties daarop onverkort van toepassing (ondanks dat een en ander dus niet expliciet is bepaald) of prevaleren vrijwaringen boven exoneraties en is de leverancier onbeperkt aansprakelijk voor de uit hoofde van die vrijwaringsverplichting te vergoeden schade?

In de meer specifieke aansprakelijkheidsclausules is ten nadele van de klant veranderd dat de leverancier voortaan alleen aansprakelijk is voor ge- en misbruik van toegangs-codes als het misbruik het rechtstreekse gevolg is van een opzettelijk of bewust roekeloos handelen of nalaten van de bedrijfsleiding van leverancier (art. 21.2 Nederland ICT). Onder de oude voorwaarden was de leverancier aansprakelijk als zodanig ge- en misbruik een rechtstreeks gevolg was van een handelen of nalaten van de leverancier, dus ook als geen sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid (art. 5.5 module algemeen ICT-Office).

18 “tenzij klant bewijst dat leverancier ten aanzien van het wezenlijke deel van die prestaties in verzuim is.” (art. 15.2 Nederland ICT).

19 Zie voor een uitwerking van deze mogelijkheden T.J. de Graaf, ‘Garanties versus non-conformiteit en exoneraties’, *ORP* 2012-3, p. 34-37.

20 J.L. Jonker & J.A. Bal, ‘Toepasselijkheid huurtitel 7.4 BW op IT’, *Computerrecht* 2015/124.

21 Vaak: het aantoonbaar, reproduceerbaar en substantieel niet voldoen aan door leverancier schriftelijk kenbaar gemaakte functionele of technische specificaties, zie bij voorbeeld art. 9.2 jo. 5.3 module 1 ICT-Office-voorwaarden.

22 “het substantieel niet voldoen van de programmatuur aan de door leverancier schriftelijke uitdrukkelijk kenbaar gemaakte functionele of technische specificaties...”

23 Waarover: HR 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1301, *Computerrecht* 2012/154, m.nt. Westerdijk (*Hulskamp/De Beeldbrigade*).

24 Aldus Brunner en Janssen, anders: De Graaf, zie voetnoot 15.

25 T.J. de Graaf, ‘Opbouw en aansprakelijkheidsregeling ICT-Office-voorwaarden 2009 kritisch bekeken’, *Contracteren* 2009/3, p. 74-77.

Andere wijzigingen zijn doorgaans in het voordeel van de klant. In algemene zin wordt het niet beschikbaar zijn van één of meer persoonsleden niet meer als overmacht aangemerkt (art. 13.1 (xi) module algemeen ICT-Office). In de specifieke delen van de voorwaarden is een flink aantal aansprakelijkheidsuitsluitingen verdwenen. De *sole remedy* bij computerservice is, zoals gezegd, verdwenen (art. 7.3 module 4 ICT-Office). Ook keert de bepaling niet terug waarin iedere aansprakelijkheid van leverancier was uitgesloten voor (1) het – al dan niet tijdelijk – niet beschikbaar zijn van de door leverancier ontworpen, ontwikkelde, onderhouden of beheerde website; (2) het niet, niet juist of niet volledig presenteren van de inhoud van de website; en (3) het vrijkomen van – al dan niet vertrouwelijke – gegevens uit een besloten deel van de website (art. 11.1 module 5 ICT-Office). Verder sluit de leverancier niet langer alle verantwoordelijkheid uit voor inhoud, samenstelling en gebruik van de domeinnaam van de klant en is de daarmee corresponderende vrijwaringsverplichting van de klant verdwenen (art. 2.10 module 6 en 3.4 module 14 ICT-Office). De verantwoordelijkheid van leverancier voor gehoste gegevens wordt evenmin meer met zo veel woorden uitgesloten en ook de daarmee corresponderende garantie- en vrijwaringsverplichting van de klant (art. 8.4 en 9.2 module 6 ICT-Office) keert niet terug. De leverancier zal wel nog kunnen proberen zich te beroepen op de algemene garantie van de klant dat de beschikbaar gestelde databestanden geen inbreuk maken op rechten van derden en aanspraak kunnen proberen te maken op de daarmee corresponderende vrijwaringsverplichting (art. 10.6 Nederland ICT).

Verder is de aansprakelijkheidsuitsluiting van leverancier voor de selectie van een gedetacheerde medewerker komen te vervallen, is de klant niet meer per definitie aansprakelijk voor alle schade die de gedetacheerde werknemer lijdt en hoeft de klant de leverancier niet meer te vrijwaren voor aanspraken van derden met betrekking tot het werk van die werknemer en aanspraken voortvloeiende uit lichamelijk letsel of de dood van die werknemer in verband met de detacheringsovereenkomst (art. 7.2 en 7.3 module 7 ICT-Office). Ook hoeft de klant de leverancier niet meer te vrijwaren voor aanspraken van derden met betrekking tot de verpakking van verkochte hardware (art. 3.3 module 11 ICT-Office). Tot slot zijn allerlei aansprakelijkheidsuitsluitingen van leverancier voor telecommunicatiediensten komen te vervallen, zoals met betrekking tot nummerwijzigingen, buitengebruikstellingen, aftappen, atmosferische omstandigheden en interconnectiestoringen (art. 3.3, 4.3, 5.1 en 7.1 module 15 ICT-Office). Naar ik aanneem is ervoor gekozen telecommunicatiedienstverleners dat soort onderwerpen naar eigen goeddunken te laten regelen.

6. Conclusie

Het is tijd de balans op te maken. Nederland ICT heeft met haar nieuwe set algemene voorwaarden een aantal belangrijke verbeteringen gerealiseerd. Veel bepalingen met betrekking tot wel erg specifieke vormen van dienstverlening

zijn geschrapt, net als talloze herhalingen. De set is gelaagder door het introduceren van een nieuwe tussenlaag met betrekking tot diensten. Door dit alles is de set van 55 tot 17 pagina's gereduceerd. Dat is positief, net als het herinvoeren van een structuur waarbij afzonderlijke modules automatisch van toepassing worden zodra het bewuste product of de bewuste dienst wordt geleverd.

Ook is positief dat de *sole remedy* garantie bij computerservice is verdwenen, net als veel product- en dienstenspecifieke negatieve garanties en aansprakelijkheidsuitsluitingen. Voor de leverancier is prettig dat de garanties minder makkelijk kunnen worden omzeild door gebruik te maken van wettelijke remedies, zij het dat dat vanuit het oogpunt van de klant wel op een duidelijkere plek had gemogen dan verstoppt in een acceptatieregeling.

Toch is er ruimte voor verbetering. Zo ontbreekt ineens een rangorderegeling, is agile softwareontwikkeling wat karig uitgewerkt (in ieder geval vanuit het oogpunt van de klant), zijn de SaaS-bepalingen op onderdelen te klantvriendelijk en is een aantal eerder geconstateerde gaten in de exonerationen niet gedicht. Ook blijven de voorwaarden erg leveranciersvriendelijk/klantvriendelijk, maar dat viel ook te verwachten.