



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## **Modelsourcingsovereenkomst van de vereniging Platform Outsourcing Nederland**

Graaf, T.J. de

### **Citation**

Graaf, T. J. de. (2011). Modelsourcingsovereenkomst van de vereniging Platform Outsourcing Nederland. *Computerrecht*, 5, 248-253. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/47295>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/47295>

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

# Modelsourcingovereenkomst van de vereniging Platform Outsourcing Nederland

124

De modelsourcingovereenkomst van de Vereniging PON is een redelijk evenwichtige modelovereenkomst voor met name IT-sourcingtransacties. In dit artikel worden belangrijke onderwerpen met betrekking tot dit model kritisch besproken, waaronder opschorting, intellectuele eigendomsrechten, aansprakelijkheid en de positie van derden.

## 1. Inleiding

Op 12 januari 2011 presenteerde de Werkgroep Platform Outsourcing Nederland (PON)-Sourcingcontract van de Vereniging PON<sup>2</sup> haar modelsourcingovereenkomst 1.0.<sup>3</sup> Die werkgroep had, zo blijkt uit de inleiding op de overeenkomst, tot doel een modelcontract voor een sourcingtransactie met een grote IT-component op te stellen dat als voorbeeld of inspiratiebron kan dienen voor eigen contracten. Uit die inleiding blijkt ook dat is uitgegaan van een volwassen klant en leverancier die beiden Nederlands<sup>4</sup> zijn en dat getracht is de overeenkomst niet overwegend in het voordeel van een der partijen te schrijven. Vanwege de omvang van de overeenkomst zal ik in het hiernavolgende de mijns inziens belangrijkste onderwerpen kritisch bespreken. Daarbij wordt dankbaar gebruikgemaakt van het grote aantal voetnoten bij de overeenkomst. Die geven bruikbare inzichten in de redenen waarom die bepalingen zo zijn opgesteld en op welke wijze zij verder kunnen worden uitgewerkt.

1. Mr. dr. Tycho de Graaf is advocaat bij NautaDutilh te Amsterdam, universitair docent bij eLaw@Leiden en redacteur van dit blad.
2. Het Platform Outsourcing Nederland is een onafhankelijk platform dat streeft naar verdere professionalisering van outsourcing in Nederland door een ontmoetingsplaats te bieden aan alle partijen betrokken bij outsourcing, wetenschappelijke instellingen en hogescholen alsmede te streven naar 'kennisvergroting, markttransparantie en een betere aansluiting tussen vraag- en aanbodzijde', zie <http://platformoutsourcing.nl/page/founding-statement>. Ook besteden regelmatig aandacht aan outsourcing de NVvIR (zie G. Brunt & B. Westerbrink-Veenendaal (red.), *IT Outsourcing, juridische aspecten van outsourcing*, (Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Informatietechnologie en Recht), 's-Gravenhage: Elsevier Juridisch 2004 en de presentaties op de voorjaarsvergadering 2004 op [www.nvvir.nl/publicaties](http://www.nvvir.nl/publicaties)) en de VIRA ([www.vira.nl/](http://www.vira.nl/)).
3. De overeenkomst is te vinden op <http://platformoutsourcing.nl/profiles/blogs/modelsourcingcontract-v1>.
4. Zie voor internationale aspecten en Angelsaksische literatuur o.a. H.D.J. Jongen, 'Offshoring - enkele aandachtspunten', *Computerrecht* 2005/31; J.K. Halvey, *Information Technology Outsourcing Transactions: Process, Strategies, and Contracts*, Hoboken, New Jersey: John Wiley & Sons, Inc. 2005; A. Lewis, *Outsourcing Contracts: A Practical Guide*, Surrey: City & Financial Publishing 2009 en G. Kimball, *Outsourcing Agreements: A Practical Guide*, Oxford: Oxford University Press 2010.

## 2. Overname, transitie en transformatie

De overeenkomst gaat er terecht vanuit dat eerst bepaalde activa (en passiva) worden overgenomen door de leverancier (art. 2.1), vervolgens gedurende een transitieperiode de verantwoordelijkheid voor de diensten naar de leverancier wordt overgeheveld (art. 3.1) en (zo nodig) worden getransformeerd opdat de diensten meer gestandaardiseerd of kostenefficiënter kunnen worden uitgevoerd (art. 3.2).

De wijze waarop de overname, transitie en transformatie plaatsvindt wordt niet verder uitgewerkt, anders dan partijen ertoe aan te zetten de betreffende onderwerpen in een Overnameovereenkomst, Transitieplan respectievelijk Transformatieplan verder uit te werken. Verder wordt toegelicht dat het niet ongebruikelijk is dat de diensten in de aanloopfase op basis van inspanningsbasis worden verricht (voetnoot 8) en bepaalt dat transitie en transformatie afgesloten worden met een acceptatietestprocedure (art. 3.2). Deze keuzes zijn begrijpelijk gezien de keuze voor een overeenkomst als voorbeeld of inspiratiebron, de grote verscheidenheid waarop deze onderwerpen geregeld (kunnen) worden en het feit dat het hier een eerste versie van de overeenkomst betreft. Toch hoop ik dat in een tweede versie ook die onderwerpen wat meer worden uitgewerkt, al was het maar door een raamwerk aan te reiken, een aantal *best practices* te verzamelen of met *checklists* te werken. Hetzelfde geldt voor andere onderwerpen zoals SLA's, DAP's en retransitieplannen.

Nogal voorzichtig wordt (in voetnoot 5) geschreven dat ook kan worden overwogen de overnameovereenkomst 'echt separaat' te houden van de sourcingovereenkomst omdat de overname een eenmalige gebeurtenis is en de diensten daarna nog jaren kunnen worden verricht. Het separaat houden van beide overeenkomsten lijkt me eerder hoofdregel dan uitzondering. In de regel zullen de activa die bij het begin van de dienstverlening aan de leverancier worden overgedragen in de loop van de sourcingovereenkomst worden vervangen door andere activa (bijv. nieuwe hardware en nieuwe releases, versies en updates van software). Als de overname- en sourcingovereenkomst in één overeenkomst worden gegoten, heeft ontbinding van die ene overeenkomst wegens bijvoorbeeld een tekortkoming in de nakoming van één van de diensten tot gevolg dat bij wijze van ongedaanmakingsverbintenis (art. 6:271 BW)<sup>5</sup> de klok moet worden teruggedraaid, ook ten aanzien van de overgenomen activa. Dat zal in de regel erg ingewikkeld, zo niet

5. Zie voor complicaties in gevallen waarin de aard van de prestatie uitsluit dat zij ongedaan wordt gemaakt (art. 6:272 BW) Rb. 's-Hertogenbosch 13 april 2005, *Computerrecht* 2006/9 (Steinz/Kluwer), m.nt. T.J. de Graaf en Rb. 's-Hertogenbosch 11 januari 2006, *Computerrecht* 2006/72 (OGP/Van Mierlo), m.nt. T.J. de Graaf en de literatuur en jurisprudentie waarnaar in die annotaties wordt verwezen, alsmede voor het moeten bijbetalen bij wijzigingen in de waardevergoeding art. 6:278 BW.

ondoelbaar zijn (reden waarom in de meeste overnameovereenkomsten ontbinding wordt uitgesloten).

Het separeren in twee overeenkomsten tot uitgangspunt nemend, moet acht worden geslagen op art. 2.1. Dat artikel bepaalt dat partijen in het kader van de onderhavige outsourcing de als bijlage 3 bijgesloten overnameovereenkomst zijn aangegaan en definieert het begrip 'Overeenkomst' als "De in het Contractblad en bijbehorende Bijlagen vastgelegde sourcingovereenkomst." De overeenkomst naar de letter interpreterend, leidt dit ertoe dat als de sourcingovereenkomst wordt ontbonden, de als bijlage 3 bijgesloten overnameovereenkomst eveneens in de ontbinding wordt meegetrokken. Aannemende dat dit niet de bedoeling is, zal de definitie van het begrip 'Overeenkomst' moeten worden aangepast om de overnameovereenkomst daar niet onder te laten vallen.

### 3. Algemene verplichtingen leverancier

In algemene zin bepaalt art. 4.2 dat de leverancier zich verplicht bij de uitvoering van de overeenkomst te voldoen "aan de mate van zorgvuldigheid die van een redelijk handelende, bekwame en professionele leverancier onder vergelijkbare omstandigheden en onder vergelijkbare contractuele voorwaarden geëist mag worden." Deze maatstaf behelst een nadere uitwerking van de sinds *RBC/Brinkers* klassiek geworden (en uit de beroepsaansprakelijkheidsrechtspraak afkomstige) toets van de redelijk handelend en bekwaam automatiseringsadviseur.<sup>6</sup> Meer concreet verplicht de overeenkomst de leverancier zijn personeel voldoende vertrouwd te maken met de onderneming van de klant en de wijze waarop de diensten worden gebruikt (art. 4.4), desgevraagd op *time and material*-basis trainingen te verzorgen aan het personeel van de klant om hen vertrouwd te maken met de diensten en de gebruiksmogelijkheden (art. 4.5) en zich aan de huisregels van de klant te houden (art. 4.6).

Verder verplicht de leverancier zich te houden aan de op hem van toepassing zijnde wet- en regelgeving (art. 4.3), over de vereiste vergunningen te beschikken (art. 4.7) en (als optie) de klant te vrijwaren voor alle schade en boetes geleden door, respectievelijk opgelegd aan, de klant als de leverancier niet over die vergunningen beschikt of niet vol-

doet aan de daarin gestelde eisen (art. 4.7). Interessant is dat een uitgebreide(re) bescherming van de klant tegen inlenersaansprakelijkheid<sup>7</sup> ontbreekt, terwijl de ARBIT<sup>8</sup> (in art. 67) een zodanige bescherming wel bevat en zelfs de (erg) leveranciersvriendelijke FENIT-voorwaarden 2003 (in art. 20.4) en ICT-Office-voorwaarden 2009 (in module 7, art. 7) een zodanige bescherming wel bieden (zij het gebrek<sup>9</sup>).

De klanten die aan toezicht zijn onderworpen, zoals banken en verzekeraars, zullen zich verheugen over een (optionele) regeling dat de leverancier ervoor zal zorgen dat hij handelt conform relevante toezichtwet- en regelgeving die specifiek op de diensten van toepassing zijn als de klant de diensten zelf zou uitvoeren (art. 4.3). Wie de kosten daarvoor voor zijn rekening moet nemen en de voors en tegens van deze regeling worden weliswaar uiteengezet in voetnoot 9, maar dat laat onverlet dat dit een voor de leverancier ongunstige regeling is.<sup>10</sup> Uitvoering van die regeling veronderstelt immers dat de leverancier van de betreffende wet- en regelgeving op de hoogte is. Voor de gemiddelde in toezichtwet- en regelgeving gespecialiseerde jurist en *compliance officer* is dat een redelijke kluit, laat staan voor een gemiddelde leverancier. Vaak zie je regelingen op grond waarvan de klant dat zelf (voor eigen rekening en risico) bijhoudt omdat hij dat toch al moet doen, de leverancier informeert zodra de diensten als gevolg van zodanige wet- of regelgeving moeten worden aangepast en zodanige wijzigingen vervolgens aan de hand van een wijzigingsprocedure worden overeengekomen en uitgevoerd. Soms gaan klanten die aan toezicht zijn onderworpen zo ver de leverancier te dwingen (of bij wijze van service: te vragen) interne cursussen met betrekking tot (wijzigingen in) toezichtwet- en regelgeving bij te wonen.

### 4. Algemene verplichtingen klant

Op de klant worden bij wijze van spiegelbeeld *mutatis mutandis* een aantal verplichtingen die op de leverancier rusten van toepassing verklaard: voldoen aan de mate van zorgvuldigheid die van een redelijk bekwame klant onder vergelijkbare omstandigheden geëist mag worden (art. 5.2), overeenkomst uitvoeren in overeenstemming met de op hem van toepassing zijnde wet- en regelgeving (art. 5.4) en personeel voldoende vertrouwd maken en houden met de wijze waarop de diensten worden aangeboden en de gebruiksmogelijkheden daarvan (art. 5.5).

6. Hof 's-Gravenhage 8 maart 1984, *Computerrecht* 1984/2, p. 29 (*RBC/Brinkers*), bekrachtigd door HR 11 april 1986, *Computerrecht* 1986/3, p. 174, waarover C. Stuurman, *Aansprakelijkheid en automatisering: de positie van de adviseur*, Lelystad: Vermande 1986 en in algemene zin I.P. Michiels van Kessenich-Hoogendam, *Beroepsfouten. Studiepockets privaatrecht nr. 11*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995. Zie ook art. 7:401 BW en Geschillencommissie Automatisering 12 juni 1997, *Computerrecht* 2001/6, p. 315 (*Breikant*), waarover W.F.R. Rinzema & B.T. Beuving, 'Advies is niet altijd goed', *Computerrecht* 2001/6, p. 295 e.v.

7. Inlenersaansprakelijkheid kan zich voordoen als de leverancier werknemers ter beschikking stelt aan de klant en die werknemers onder toezicht of leiding van de klant werken. Gevolg daarvan kan zijn dat die klant op grond van art. 34 Invorderingswet 1990 hoofdelijk aansprakelijk is voor premies werknemersverzekeringen, premies volksverzekeringen, loonbelasting en omzetbelasting die in verband met die werkzaamheden ontstaan, zie J.J. Vetter, P.J. Wattel & M.H.M. van Oers, *Invordering van belastingen. fed fiscale studiereserie nr. 2*, Deventer: Kluwer, 2009, nr. 419.

8. Algemene Rijksvoorwaarden bij IT-overeenkomsten (ARBIT), Regeling van de Minister-president, Minister van Algemene Zaken van 7 juli 2010, nr. 3093917, *Stcrt.* 19 juli 2010, nr. 11138, p. 1-43.

9. Zie voor kritiek op deze regeling in de FENIT-voorwaarden 2004 en voor suggesties voor een betere regeling, T.J. de Graaf, 'Cliënt niet beter af met de nieuwe FENIT-voorwaarden', *Contracteren* 2004/1, p. 11-20, p. 13-14. De regeling met betrekking tot inlenersaansprakelijkheid in de ICT-Office-voorwaarden 2009 is ongeveer hetzelfde als die in de FENIT-voorwaarden 2004.

10. Daaraan doet niet af de optionele zin dat de relevante toezichtwet- en regelgeving nader omschreven is in een bepaalde bijlage omdat men in die bijlage al snel de Wft en alle daarmee verband houdende regelgeving zal opnemen en de leverancier dan (bijna) net zo ver van huis is als wanneer de optionele zin niet zou zijn opgenomen.

Lastiger is de algemene verplichting voor de klant “redelijkerwijs die medewerking te verlenen die Leverancier in staat stelt de Overeenkomst na te komen.” (art. 5.3). Dat leveranciers, zoals in voetnoot 12 terecht wordt opgemerkt, over het algemeen onwelwillend staan tegenover een limitatieve omschrijving van de op de klant rustende verplichtingen laat onverlet dat, uit oogpunt van de klant, een wat verdergaande inperking van deze medewerkingsplicht meer voor de hand had gelegen. De vaak gehoorde en commercieel goed klinkende (maar vanuit juridisch oogpunt wegens vermenging van verantwoordelijkheden af te raden) *partnership*-gedachte klinkt hier mijns inziens te veel in door.<sup>11</sup> Deze medewerkingsverplichting kan wellicht worden geïnterpreteerd als een verplichting voor de klant de leverancier proactief te informeren over hetgeen voor de leverancier relevant is voor de uitvoering van de op de leverancier rustende verplichtingen.

Naarmate meer wordt geoutsourced en minder ICT-kennis en ervaring bij de klant achterblijft, wordt het voor de klant steeds lastiger hieraan te voldoen. In zodanige gevallen zal de klant het liefst willen betogen dat de leverancier de deskundige partij is en in die hoedanigheid de klant specifiek om bepaalde medewerking zal hebben te vragen indien dat voor de uitvoering van de overeenkomst nodig is, welke medewerking de klant in dat geval vanzelfsprekend zal verlenen. Voor de klant zou het daarom beter zijn de woorden ‘medewerking te verlenen’ vooraf te laten gaan door het woord ‘desgevraagd’. Omdat dat laatste voor de leverancier weer vaak te weinig is, zou ervoor gekozen kunnen worden bij wijze van compromis te bepalen dat door de klant medewerking wordt verleend voor zover de vereiste medewerking tot het expertisegebied van de klant behoort en dat van de klant, mede in het licht van de op dat moment bij de klant aanwezige kennis en ervaring, redelijkerwijs kan worden verlangd.

## 5. Hardware, software en IE-rechten

De overeenkomst verplicht de leverancier, bij wijze van hoofdregel, tot het verkrijgen, in stand houden en betalen van de licenties en onderhoudsregelingen met betrekking tot door hem gebruikte en door hem aan de klant beschikbaar gestelde hard- en software (art. 6.1). De wijze waarop een en ander wordt uitgewerkt blijft – en dat is logisch voor een model zoals het onderhavige – nogal aan de oppervlakte. Algemene verplichtingen voor de leverancier gangbare types of versies van hard- en software te gebruiken en ter beschikking te stellen (art. 6.4) en het zich realiseren door beide partijen dat “IT zich continu blijft ontwikkelen en dat een goede bedrijfsvoering vereist dat bij de relevante ontwikkelingen wordt aangesloten ...” (art. 7.4) zegt bijvoorbeeld niets concreets over hoeveel releases de klant mag achterlopen zonder van onderhoud verstoken te

blijven, in hoeverre de leverancier zich bij voorbaat en tegen welke kosten verplicht het door hem gemaakte maatwerk zodanig aan te passen dat het blijft functioneren in samenhang met nieuwe releases van de door hem (door)geleverde standaard soft- en hardware waarop het draait of waarmee het functioneert en op welke wijze bij de aanschaf van hard- en software al wordt geanticipeerd op een eventuele exit en insourcing of overdracht aan een opvolgend dienstverlener. Dat moet uiteraard voor elk softwarepakket en elke hardware afzonderlijk worden bepaald (en zo nodig en voor zover redelijkerwijs haalbaar worden doorgezet naar de leveranciers daarvan en versterkt met derdenbetingen), maar het zou goed zijn in een voetnoot op dit soort problemen te attenderen. Ook de leverancier kan daar belang bij hebben, bijvoorbeeld als hij op eigen naam hard- of software ‘aanschaf’ voor de klant die hij niet voor anderen (of zichzelf) kan of mag gebruiken en waarmee hij dreigt te blijven zitten als de overeenkomst wordt beëindigd.

Opvallend is de nogal summiere regeling met betrekking tot intellectuele eigendomsrechten in art. 27. In voetnoot 42 wordt vermeld dat het voor de hand ligt dat de rechten op maatwerk dat door de leverancier specifiek ten behoeve van de klant wordt ontwikkeld bij de klant rusten (moet zijn: ‘moeten komen te rusten’, want de leverancier zal in de regel maker en mitsdien auteursrechthebbende zijn). Op welke wijze die intellectuele eigendomsrechten bij de klant komen te rusten, wordt echter niet uitgewerkt. Ik zou verwachten dat hier ten minste worden opgenomen: een overdracht (reeds nu voor alsdan) van intellectuele eigendomsrechten met betrekking tot het maatwerk en de documentatie van de leverancier aan de klant, een garantie (en niet alleen een vrijwaring zoals in art. 27.3) dat het maatwerk en de documentatie geen inbreuk maken op intellectuele eigendomsrechten van derden, een aantal algemene kwaliteitseisen waaraan deze *deliverables* moeten voldoen en de wijze waarop het maatwerk en de documentatie feitelijk worden verschaft. Dat de inhoud van de *license back* van (de overgedragen intellectuele eigendomsrechten met betrekking tot) het maatwerk aan de leverancier vaak voor overleg is (aldus voetnoot 42), staat er mijns inziens niet aan in de weg dat een aanzet daartoe welkom zou zijn geweest.

In art. 27 is verder opmerkelijk dat de vrijwaring voor inbreuk op intellectuele eigendomsrechten van derden betrekking heeft op ‘software, hardware of andere zaken’. Mag ik daaruit afleiden dat de opstellers van mening zijn dat software een zaak is, dus een voor menselijke beheersing vatbaar stoffelijk object (art. 3:2 BW), gelijk het Hof Amsterdam in *Hulskamp/De Beeldbrigade* ten aanzien van standaardsoftware eerder oordeelde en over welke uitspraak de meningen op z'n zachts gezegd verdeeld zijn?<sup>12</sup> De klant zou in dat geval kunnen profiteren van het confor-

11. Zie voor meer voorbeelden van een zodanige *partnership*-gedachte art. 7.1 (dat bepaalt dat partijen ernaar streven om verbeteringen door te voeren die de klant ten goede komen) en art. 10.1 (dat bepaalt dat partijen al het redelijke zullen doen om in de uitvoering van de overeenkomst verspilling van natuurlijke hulpbronnen te minimaliseren).

12. Hof Arnhem 1 juni 2010, *Computerrecht* 2010/143 (*De Beeldbrigade/Hulskamp*), m.nt. R.J.J. Westerdijk.

miteitsvereiste van art. 7:17 BW, de leverancier van de kortere verjaringstermijn van art. 7:23 lid 2 BW.<sup>13</sup>

## 6. Aansprakelijkheid, garanties, vrijwaringen, derden, verzekeringen en boetes

De aansprakelijkheidsregeling is kort, maar krachtig: aansprakelijkheid voor directe schade wordt beperkt tot een in te vullen maximum per gebeurtenis (*cap per event*) en tot een in te vullen maximum per contractjaar (art. 22.1, *global cap*), terwijl aansprakelijkheid voor indirecte en gevolgschade wordt uitgesloten en daaronder in ieder geval wordt verstaan schade door winstderving, schade door gemiste besparingen, immateriële schade en andere schade dan directe schade (art. 22.2).<sup>14</sup>

Aangezien Hartkamp en Sieburgh onder verwijzing naar *Gemeente Groningen/erven Zuidema* van mening blijven dat als een exoneratie niet duidelijk aangeeft dat zij ook op buitencontractuele aansprakelijkheid betrekking heeft, de exoneratie uitsluitend betrekking heeft op contractuele aansprakelijkheid, zou ik zelf zekerheidshalve in een model als het onderhavige hebben bepaald dat de exoneraties gelden ongeacht de rechtsgrond waarop aansprakelijkheid wordt gebaseerd.<sup>15</sup> Door dat te bepalen wordt de pas afgesneden voor klanten die bij samenloop tussen contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid proberen op onrechtmatige daad al parallelspringend<sup>16</sup> de exoneratie te omzeilen.<sup>17</sup> Tegelijkertijd geven Hartkamp en Sieburgh aan dat de rechtspraak zich doorgaans op het standpunt stelt dat een exoneratie op zowel contractuele als buitencontractuele aansprakelijkheid ziet.<sup>18</sup> Om die reden zou ik me als leverancier in de praktijk ook niet al te veel zorgen maken.

Ook ontbreekt een Himalaya-clausule (derdenbeding ex art. 6:253 BW) op grond waarvan een hulppersoon van de leve-

rancier zich jegens de klant op dezelfde verweermiddelen kan beroepen als de leverancier, in het geval een paarden-springende klant over het hoofd van zijn leverancier de hulppersoon uit onrechtmatige daad aanspreekt.<sup>19</sup> De leverancier heeft daar belang bij, als was het maar om te voorkomen dat de anders onbeperkt (ook voor indirecte en gevolgschade) aansprakelijke hulppersoon de leverancier in voorkomend geval in vrijwaring oproept, bijvoorbeeld als de schade voor een deel door de leverancier is veroorzaakt. Ook kan de leverancier er belang bij hebben bepaalde exoneraties van zijn toeleveranciers, bijvoorbeeld softwareleveranciers wiens software hij doorlicentieert, *back-to-back* door te zetten aan zijn klant. Art. 40.1 lijkt van het tegendeel uit te gaan door te bepalen dat algemene voorwaarden van derden niet van toepassing zijn op de overeenkomst, terwijl art. 6.3 wel bepaalt dat de klant zich aan de gebruiksinstructies en -voorwaarden met betrekking tot ter beschikking gestelde hardware, software en online-applicaties (is dat geen software?) moet houden.

Laatstgenoemd art. 6.3, voor zover niet in tegenspraak met art. 40.1, is mij overigens niet duidelijk. Wiens voorwaarden gelden nu in welke relatie en op welke wijze: gelden de licentievoorwaarden tussen producent en klant (directe licentie), gelden de licentievoorwaarden van producent in de relatie tussen leverancier en klant op *back-to-back*-basis waarbij voor producent leverancier moet worden gelezen en voor leverancier klant, of moet dit per geval worden beslist afhankelijk van de wijze waarop ter beschikking wordt gesteld?<sup>20</sup> Vermoedelijk wordt het laatste bedoeld, maar dan moeten partijen er wel op bedacht zijn dat ze dat in praktijk wel goed afspreken. En dan laat ik, om de zaak niet nog verder te compliceren, nog maar even buiten beschouwing *Avéro/Visser*,<sup>21</sup> *Vos-Heipro*<sup>22</sup> en *HCC/Dell II*<sup>23</sup>-achtige problemen. Hoe het ook zij, de regeling vormt wel een aardige manier voor een leverancier om, gechargeerd gezegd, langs een achterdeur een aantal bepalingen in de overeenkomst te 'smokkelen'. Daar zal de afnemer niet blij mee (moeten) zijn. Waarom niet deze *carte blanche*-regeling be-

13. Vgl. bijv. art. 3:310 BW voor de 'algemene' schadevergoedingsverjaringstermijn van 5 jaar nadat de gelaedeerde bekend is geworden met de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon.  
 14. Zie voor de begrippen directe schade, indirecte schade en gevolgschade T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Directe schade in het contractenrecht', *MvV* 2007/11, p. 226-231.  
 15. *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III\**, Deventer: Kluwer 2010, nr. 12 onder verwijzing naar HR 19 februari 1993, *LJN* ZC0870, *NJ* 1994/290 (*Gemeente Groningen/erven Zuidema*), concl. A-G Strikwerda, m.nt. C.J.H. Brunner.  
 16. Een parallelsprong is een actie uit onrechtmatige daad tegen een contractuele wederpartij en is geoorloofd als 'wanneer onafhankelijk van een toerekenbare tekortkoming sprake is van een onrechtmatige daad, terwijl die onrechtmatige daad wel verband houdt met de contractuele verhouding; men denke aan de beschadiging van een zaak die de schuldenaar uit hoofde van de overeenkomst onder zich heeft', aldus *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV\**, 2010, nr. 10.  
 17. Zie voor (eventuele) parallelspronggaten in de FENIT- en ICT-Office-voorwaarden T.J. de Graaf, 'Cliënt niet beter af met de nieuwe FENIT-voorwaarden', *Contracteren* 2004/1, p. 17-18 respectievelijk T.J. de Graaf, 'Opbouw en aansprakelijkheidsregeling ICT-Office-voorwaarden 2009 kritisch bekeken', *Contracteren* 2009/3, p. 74-76.  
 18. Zo ook H.B. Krans, *Schadevergoeding bij wanprestatie* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1999, p. 63.  
 19. Zie voor (eventuele) paardenspronggaten in de FENIT- en ICT-Office-voorwaarden T.J. de Graaf, 'Cliënt niet beter af met de nieuwe FENIT-voorwaarden', *Contracteren* 2004/1, p. 19-20 respectievelijk T.J. de Graaf, 'Opbouw en aansprakelijkheidsregeling ICT-Office-voorwaarden 2009 kritisch bekeken', *Contracteren* 2009/3, p. 78-79.

20. Zie voor mijn moeite een soortgelijke vraag te beantwoorden bij het bespreken van de Thuiswinkel-voorwaarden T.J. de Graaf, 'Algemene voorwaarden Thuiswinkel kritisch bekeken', *Tijdschrift voor Internetrecht* 2009/5, p. 136-137.  
 21. Bij verwijzing naar twee sets algemene voorwaarden zonder duidelijk te maken wat wanneer geldt, geldt geen van beide sets, HR 28 november 1997, *NJ* 1998/705 (*Avéro/Visser*). Teneinde die problemen te voorkomen zou de rangorderegeling van art. 36 en de geen-voorwaarden-van-derdenregeling van art. 40.1 kunnen worden aangepast.  
 22. Dat een specifieke bepaling in een overeenkomst prevaleert boven een bepaling in algemene voorwaarden is geen (ongeschreven) rechtsregel, maar slechts een gezichtspunt bij de uitleg, HR 13 juni 2003, *NJ* 2003/506 (*Vos/Heipro*). Ook hier zou een aanpassing van de rangorderegeling van art. 36 problemen kunnen voorkomen.  
 23. Hof 's-Gravenhage 22 maart 2005, *Computerrecht* 2005/43 (*HCC/Dell II*), m.nt. R.J.J. Westerdijk, waarover kritisch Westerdijk in zijn voornoemde noot alsmede M. van Tol, 'Succesvolle actie HCC tegen algemene voorwaarden Dell. Hof Den Haag 22 maart 2005 (HCC/Dell Computer B.V.)', *MvV* 2005/4, p. 75 over terhandstellingsproblemen (art. 6:233 onder b jo. 6:234 BW) bij verwijzing naar voorwaarden van derden in B2C-verhoudingen, maar in B2B-verhoudingen ook relevant, tenzij sprake is van art. 6:235 (met name grote wederpartij) of 6:247 lid 2 BW (internationale verhouding).

perken tot een limitatief aantal soorten voorwaarden, zoals OEM-licenties?

Verder is onduidelijk in hoeverre de exoneraties van toepassing zijn op schade die de leverancier op grond van (schending van) garanties of vrijwaringen aan de klant moet vergoeden. Ik blijf van mening dat de ingevolge een schending van een garantie te vergoeden schade onder de exoneratie valt; voor vrijwaringen weet ik het niet.<sup>24</sup> De overeenkomst bepaalt dat de exoneraties komen te vervallen in geval van opzet of bewuste roekeloosheid van een partij, haar ondergeschikten of hulppersonen alsmede in geval van schade als gevolg van dood- of letsel (art. 22.3). Voetnoot 39 noemt als voorbeelden voor artikelen waarvoor een partij bij schending onbeperkt aansprakelijk is en die aan de exoneratievervallijst van art. 22.3 kunnen worden toegevoegd: schenden van geheimhouding en IE-inbreuken. Betekent dit *a contrario* dat de opstellers van mening zijn dat bij gebreke aan zodanige toevoeging de ingevolge de vrijwaring wegens schending van IE-rechten te vergoeden schade onder de exoneraties valt? Moerel en Van Reeken durven wel de algemene stelling aan dat exoneraties ook van toepassing zijn op contractuele vrijwaringen, tenzij anders overeengekomen.<sup>25</sup>

Naast de eerdergenoemde vrijwaringen bepaalt art. 23.1 dat de klant de leverancier zal vrijwaren "van alle vorderingen van contractpartijen van Klant die er direct of indirect op zijn gebaseerd dat Leverancier te kort is geschoten in de nakoming van deze Overeenkomst." Hoewel ik de achtergrond van deze bepaling begrijp – de relatie tussen de klant en diens afnemers onttrekt zich aan de invloedssfeer van de leverancier en deze bepaling ligt in het verlengde van de uitsluiting voor indirecte en gevolgschade – is dit een uit het oogpunt van de klant nogal verstrekkende bepaling.

Het model geeft ruimte aan een bonus-malusregeling (art. 21.1) en bepaalt in algemene zin (en in afwijking van art. 6:92 lid 1 en 2 BW) dat een eventuele malus het recht van de klant om nakoming of schadevergoeding te vorderen onverlet laat, met dien verstande dat een betaalde malus in mindering wordt gebracht of verschuldigde schadevergoeding (art. 21.2).<sup>26</sup>

Dat de leverancier verplicht wordt adequaat verzekerd te zijn is een regeling die uitwerking behoeft. Een van de voornaamste redenen een zodanige regeling op te nemen is om, in geval van faillissement van de leverancier, te voorkomen dat door een verzekeraar uitgekeerde bedragen in de boedel van de leverancier vallen en de afnemer nimmer berei-

ken. Tegen verwezenlijking van dit risico wordt de afnemer niet beschermd. Ook voor een *parent company guarantee* wordt geen voorzet gegeven.

## 7. Beëindiging en exit

De overeenkomst bepaalt, afgezien van gebruikelijke opzeggemogelijkheden en *exit fees*, dat ieder der partijen de Overeenkomst geheel of gedeeltelijk mag ontbinden als de andere partij in Verzuim verkeert, tenzij de tekortkoming gezien haar bijzondere aard of betekenis de ontbinding niet rechtvaardigt (art. 31.2). Het begrip 'Verzuim' is gedefinieerd door een interessante samenvoeging van art. 6:265 lid 2, 6:80, 6:82 en 6:83 BW, met als opvallende afwezige art. 6:83 onder b BW: "Het verzuim treedt zonder ingebrekestelling in: ... wanneer de verbintenis voortvloeit uit onrechtmatige daad of strekt tot schadevergoeding als bedoeld in artikel 74 lid 1 en de verbintenis niet terstond wordt nagekomen." Betekent de afwezigheid van art. 6:83 onder b BW dat in dat geval niet kan worden ontbonden? Ik zou het niet weten en hoop dat de opstellers in de volgende versie duidelijkheid verschaffen.

In ieder geval is op het eerste gezicht opmerkelijk dat ingevolge art. 3.5 van de als bijlage bij de overeenkomst opgenomen Gedragscode Retransitie de klant de leverancier voor de retransitie betaalt op basis van *time and material*, zonder dat daarbij onderscheid wordt gemaakt tussen verschillende redenen voor beëindiging en de klant dus ook moet betalen als hij ontbindt wegens een tekortkoming in de nakoming van de leverancier. De gekozen oplossing is wel praktisch. Als de klant wil dat de leverancier hard loopt om de retransitie tot een succes te maken, dan neemt de kans daarop toe als de leverancier zeker weet dat hij betaalt krijgt. Tegelijkertijd heeft de klant er wel belang bij dat de leverancier zijn verplichtingen niet opschort voor wat betreft de retransitiewerkzaamheden, ook al liggen partijen voor het overige in de clinch. Een zodanige verbod op opschorting bevat de overeenkomst niet en dat is uit oogpunt van de klant jammer, zeker in het licht van de complicaties die rezen in *Insinger de Beaufort/Centric*.<sup>27</sup>

Ook interessant is het feit dat ingevolge art. 31.2 (net als bij art. 6:265 BW) bij iedere tekortkoming kan worden ontbonden, in plaats te kiezen voor een leveranciersvriendelijke variant zoals wezenlijke tekortkoming van een verplichting, tekortkoming van een wezenlijke verplichtingen of een wezenlijke tekortkoming van een wezenlijke verplichting. Verder zij gewezen op de als bijlage bij de overeenkomst opgenomen acceptatietestprocedure, waarin een *factory acceptance* test ontbreekt en waarin alleen is bepaald dat de klant de betreffende Projectovereenkomst mag ontbinden als hij

24. T.J. de Graaf, 'Opbouw en aansprakelijkheidsregeling ICT-Office-voorwaarden 2009 kritisch bekeken', *Contracteren* 2009/3, p. 76-79 alsmede voor garanties: T.J. de Graaf, *Exoneraties in (ICT-)contracten tussen professionele partijen* (diss. Leiden), *Serie Recht en Praktijk nr. 141*, Deventer: Kluwer 2006, p. 92-118.

25. E.M.L. Moerel & B.L.P. van Reeken, *Outsourcing. Een juridische gids voor de praktijk, Serie Praktijkhandleidingen*, Deventer: Kluwer 2009, nr. 13.3.5, p. 220-221.

26. Zie voor boetes o.a. de recente, nogal merkwaardige uitspraak Rb. Utrecht 22 juni 2011, *LJN BQ8727 (Mediq/SVT)*; C.E. Drion, 'Boete doen', *NJB* 2011/8, p. 471 en W.F.R. Rinzema & H.N. Schelhaas, 'Contractuele sancties in ICT-dienstverleningscontracten', *Computerrecht* 2009/147.

27. Rb. Amsterdam (vzr.) 15 februari 2010, *Computerrecht* 2010/106 (*Insinger de Beaufort/Centric*), m.nt. P. De Wit & M.A. van Bommel. Daar was opschorting door de leverancier niet uitgesloten en overeengekomen dat *Insinger de Beaufort* de exitkosten betaalde tenzij sprake was van prestatie door *Centric*. Toen de exit werd ingezet, schortte *Centric* op omdat *Insinger de Beaufort* aangaf slechts onder voorbehoud te willen betalen. De voorzieningenrechter veroordeelde *Centric* medewerking te verlenen aan de exit.

de resultaten van de diensten voor de tweede keer afkeurt (en dus onduidelijk is welk lot de overeenkomst en overige op grond daarvan gesloten overeenkomsten beschoren is, hetgeen niet in een model kan worden opgenomen, maar waarvoor het (vooral) uit oogpunt van de afnemer raadzaam is een regeling over op te nemen).

## 8. Conclusie

Mijn soms wat zwaar aangezette kritiek op een flink aantal punten met betrekking tot gemaakte keuzes en uit te werken onderwerpen (met name opschorting, intellectuele eigendomsrechten, aansprakelijkheid, derden) alsmede op toe te voegen raamwerken, *checklists* en *best practices* (Overnameovereenkomst, Transitieplan, Transformatieplan, SLA's, DAP's en retransitieplannen), doet er niet aan af dat de modelsourcingovereenkomst mijns inziens, al met al, een redelijk evenwichtige modelovereenkomst is en een goed uitgangspunt vormt voor verdere ontwikkeling. Ik hoop dat de modelovereenkomst de komende jaren verder wordt uitgewerkt en verfijnd en kijk uit naar de volgende versie.