



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Cliënt niet beter af met nieuwe FENIT-voorwaarden

Graaf, T.J. de

Citation

Graaf, T. J. de. (2004). Cliënt niet beter af met nieuwe FENIT-voorwaarden. *Contracteren*, (1), 11-20. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/47376>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/47376>

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

Contracten maken

Cliënt niet beter af met de nieuwe FENIT-voorwaarden

Mr. T.J. de Graaf

1. Inleiding

De Federatie Nederlandse IT (FENIT) is een brancheorganisatie van ICT leveranciers die, gemeten naar omzet, naar eigen zeggen de economische belangen van 80% van de Nederlandse IT-bedrijven bundelt.¹ Deze brancheorganisatie stelt algemene voorwaarden op die haar leden van toepassing kunnen verklaren op hun contracten met hun cliënten. Op 3 juni 2003 heeft de FENIT haar herziene leveranciersvriendelijke algemene voorwaarden gedeponeerd bij de griffie van de Haagse rechtbank.² Net als bij vorige versies³ is de herziening van de oude voorwaarden van

1 <www.fenit.nl>

2 Algemene voorwaarden van FENIT. Gedeponerd bij de Griffie van de Arrondissementsrechtbank te Den Haag op 3 juni 2003, nr. 60/2003.

3 Zie voor besprekingen van de vorige versies van de FENIT-voorwaarden: A.H.J. Kuus, Nieuwe Cosso-voorwaarden, *Computerrecht* 1991/2, p. 78-82; H.D.J. Jongen, Herziene algemene voorwaarden voor de automatiseringsbranche, *Bb* 1991/2, p. 9-12; J.M.A. Berkvens, Vierde generatie COSSO-voorwaarden, *Computerrecht* 1993/4, p. 171-173; A.H.J. Kuus, De algemene voorwaarden van de FENIT: COSSO in een nieuwe jas, *Computerrecht* 1995/3, p. 99-102. Zie voor een artikelsgewijs commentaar op de FENIT-voorwaarden uit 1994: H.J. Gardeniers, P.C. van Schelven & E.M. Stouthamer, FENIT-algemene voorwaarden, *ICT Modelcontracten*, deel Standaardovereenkomsten, Deventer: Kluwer 2001, Stand. ov. Alg. Ned. p. 1-148 en voor een kritische beschouwing op de exoneratieclausules in die voorwaarden: H.S.M. Kruijer, De exoneratieclausules in de algemene voorwaarden van de Federatie van Nederlandse ondernemingen in de informatietechnologie (FENIT), *ITeR*-reeks nr. 33, Deventer: Kluwer 2000.

4 Zie voor besprekingen van de huidige versie van de FENIT-voorwaarden: Fenit scherpt regels aan. Nieuwe leveringsvoorwaarden beschermen vooral leveranciers beter, *Automatisering Gids* 2003, nr. 34, p. 1; Nieuwe leveringsvoorwaarden. Veranderende markt dwingt Fenit tot aanpassen, *Computable* 29 augustus 2003, p. 3; F.V.B.M. Mutsaerts, Nieuwe Fenit-voorwaarden geanalyseerd. Regels branchevereniging zijn in overeenstemming gebracht met de jurisprudentie van de afgelopen jaren, *Automatisering Gids* 2003, nr. 35, p. 6 in gewijzigde vorm opgenomen in F.V.B.M. Mutsaerts, De nieuwe FENIT-voorwaarden geanalyseerd, *ICT Modelcontracten*, deel Standaardovereenkomsten, Deventer: Kluwer 2003, Stand. ov. Alg. Ned. p. 131-148; W. van Holst, Nieuwe Fenit-voorwaarden benadelen afnemer, *Computable* 10 oktober 2003, p. 55; en J.M.A. Berkvens & A.H.J. Kuus, FENIT-Voorwaarden 6: the next generation?, *Computerrecht* 2003/6, p. 346-349.

8 december 1994 volgens de FENIT ingegeven door veranderingen in de markt, wetgeving en rechtspraak.⁴ In dit artikel worden de wijzigingen in de FENIT-voorwaarden met name vanuit het oogpunt van de cliënt onder de loep genomen. Besproken worden vooral de wijzigingen in het hoofdstuk algemene bepalingen van de FENIT-voorwaarden.

2. Informatieverplichtingen

Bij automatiseringsprojecten speelt het inwinnen en verschaffen van informatie door de leverancier respectievelijk de cliënt een grote rol. In de verhouding tussen een niet-deskundige cliënt en een deskundige leverancier⁵ van ICT-producten of diensten geldt als hoofdregel dat de leverancier over voldoende informatie met betrekking tot het voorwerp van automatisering moet beschikken alvorens hij op verantwoorde wijze kan/mag adviseren en leveren.⁶ Deze informatie zal hij moeten inwinnen bij de cliënt. In de rechtspraak zijn diverse voorbeelden te vinden: de bewuste leverancier had zich de vraag moeten stellen of de door hem te leveren apparatuur in redelijkheid bruikbaar kon zijn voor zijn cliënt;⁷ Olivetti had moeten beoordelen of de omgeving waar Broere de apparatuur wilde plaatsen voldeed aan de strenge eisen die daaraan door de apparatuur werden gesteld;⁸ en RBC had een deugdelijk onderzoek moeten instellen naar de structuur van het

5 In deze bijdrage scheid ik de adviseur en leverancier gemakshalve over één kam. De lezer zij echter gewaarschuwd dat het verschil in feitelijke positie tussen een adviseur en een leverancier ook vaak een verschil in juridische positie met zich meebrengt.

6 C. Stuurman, De aansprakelijkheid van de automatiseringsadviseur, *Computerrecht* 1986/3, p. 148; C. Stuurman, Aansprakelijkheid en automatisering: de positie van de adviseur, *Lelystad: Koninklijke Vermande* 1986, p. 39-40; W.F.R. Rinzema & B.T. Beuving, 'Advies' is niet altijd goed, *Computerrecht* 2001/6, p. 299-300.

7 Raad van Arbitrage van de Metaalnijverheid en -Handel 12 oktober 1979, *Tijdschrift voor Arbitrage* 1980/1, p. 18 (X/Y).

8 HR 11 november 1983, *RvdW* 1983, 194 (Broere/Olivetti).

bedrijf van Brinkers alvorens zijn advies uit te brengen.⁹ Deze onderzoeksplicht van de leverancier vindt zijn begrenzing in de mededelingsplicht van de cliënt. De cliënt kan echter vaak niet beoordelen welke informatie voor de leverancier relevant is.¹⁰ In de meeste gevallen kan van de cliënt daarom niet meer worden verwacht dan dat hij de benodigde informatie alleen verschaft als de leverancier hem daarom vraagt.

In artikel 1.2 van de nieuwe voorwaarden garandeert de cliënt dat de door of namens hem aan de leverancier gegeven informatie waarop de leverancier zijn aanbieding baseert, juist en volledig is. Daarmee wordt de onderzoeksplicht van de leverancier ingeperkt.¹¹ Uit artikel 1.2 vloeit immers voort dat de leverancier geen onderzoek hoeft te verrichten naar de juistheid en volledigheid van de hem verstrekte informatie. Ik vraag me af of de cliënt de expertise heeft te beoordelen of de door hem verschaft informatie juist en volledig is. De cliënt doet er verstandig aan de leverancier alleen die informatie te verschaffen waarvan hij zeker weet dat deze juist en volledig is. Indien de cliënt twijfelt of bepaalde informatie juist en volledig is, zal hij deze niet aan de leverancier moeten verstrekken, maar hem uit moeten nodigen die informatie zelf in te winnen. Mocht de informatie die de leverancier vervolgens zelf inwint onjuist of onvolledig zijn, dan kan de leverancier zich niet op artikel 1.2 beroepen. Dat artikel ziet namelijk uitsluitend op informatie die door de cliënt is verschaft. Gevolg van dit alles is dat een verstandige cliënt weinig tot geen informatie zal verschaffen en de leverancier alsnog veel onderzoek moet gaan verrichten. In dat geval keert artikel 1.2 zich als een boemerang tegen de leverancier. In plaats dat zijn onderzoeksplicht wordt ingeperkt, wordt zij verruimd. Overigens is een soortgelijke garantie opgenomen in de oude voorwaarden in artikel 22.1 en 22.2, maar die garantie ziet uitsluitend op ontwikkeling van programmatuur. De garantie in de nieuwe voorwaarden ziet op alle verhoudingen tussen de leverancier en de cliënt (dus bijvoorbeeld ook op iedere vorm van dienstverlening).

In artikel 1.2 lees ik niet dat de cliënt garandeert dat hij aan de leverancier alle informatie verschaft die nodig is om een offerte uit te brengen. Dat zou een brug te ver zijn. De cliënt kan immers niet beoordelen welke informatie voor de leverancier relevant is. De cliënt garandeert in artikel 1.2 'alleen' dat de informatie die hij verschaft juist en volledig is. Verder dienen beide partijen zich te realiseren dat er omstandigheden denkbaar zijn waarin ondanks het bestaan van deze garantie wordt geoordeeld dat de garantie niet van toepassing is omdat dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Ik denk met name aan de situatie dat de leverancier weet dat de hem verschaft informatie niet juist en volledig is.¹²

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

10 I.P. Michiels van Kessenich-Hoogendam, Beroepsfouten, studiepockets privaatrecht nr. 11, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 30-31.

11 De onderzoeksplicht van de leverancier wordt overigens verder ingeperkt doordat volgens art. 28.1 de cliënt bij koop van apparatuur het risico draagt van de selectie van de gekochte apparatuur en de leverancier er niet voor in staat dat de geleverde apparatuur geschikt is voor het beoogde gebruik, tenzij in de schriftelijke koopovereenkomst de gebruiksdoeleinden duidelijk en zonder voorbehoud zijn gespecificeerd.

12 Vergelijk M.A.J.G. Janssen, Rechtsgevolgen van een garantie, in: M.M. van Rossum e.a., Garanties in de rechtspraktijk, Serie Recht en Praktijk nr. 20, Deventer: Kluwer 2002, p. 81-92 alsmede G. Raaijmakers, Garanties bij overnames (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, p. 67-68 en de daar aangehaalde literatuur en jurisprudentie.

3. Prijsaanpassingen en rente

Voor prijsaanpassingen (lees: prijsverhogingen) ter zake van periodieke betalingsverplichtingen geldt blijkens artikel 2.2 dat de leverancier deze alleen mag doorvoeren na een schriftelijke kennisgeving die ten minste drie maanden voorafgaand aan de prijsaanpassing wordt gedaan. De cliënt mag de overeenkomst binnen dertig dagen na kennisgeving van de prijsverhoging beëindigen tegen de datum waarop de aangekondigde verhoging in werking zou treden. In de oude voorwaarden krijgt de cliënt daarvoor zeven dagen. Hoewel de positie van de cliënt daarmee enigszins is verbeterd, gelden de oude bezwaren onverkort. De cliënt geeft met deze bepaling immers *carte blanche* aan de leverancier zijn prijzen voor periodiek te betalen bedragen elke drie maanden te verhogen. Immers, de cliënt zal in de praktijk de facto niet kunnen beëindigen als zijn bedrijfsvoering, zoals zo vaak, afhankelijk is van hetgeen waarvan de prijzen worden verhoogd. In dat geval zal hij de prijsverhogingen moeten slikken.

Er moet sprake zijn van 'een periodieke betalingsverplichting van cliënt', wil de leverancier gerechtigd zijn zijn prijzen te verhogen. Als voorbeelden vallen vooral te noemen (niet eenmalige) licentie- en onderhoudsvergoedingen. In systeemimplementatie-overeenkomsten wordt vaak een betalingsschema afgesproken op grond waarvan de cliënt bepaalde percentages van het totale bedrag moet betalen op het moment dat bepaalde *milestones* worden gehaald. Is in dat geval ook sprake van periodieke betalingsverplichtingen in de zin van artikel 2.2? Naar mijn idee niet. Om betalingsverplichtingen als periodiek te kunnen kwalificeren, moet uitsluitend het verstrijken van tijd bepalend zijn voor het moment waarop deze verplichtingen verschuldigd zijn. Bij voornoemde situatie is dat niet het geval. Het verrichten van een prestatie, te weten het halen van *milestones*, en niet het tijdsverloop bepaalt in dat geval wanneer de cliënt moet betalen. In die situatie mag de leverancier zijn prijzen dus niet op grond van artikel 2.2 verhogen.

Het verhogen van prijzen tijdens implementatie van een systeem is overigens vaak onredelijk, vooral als het project in een gevorderd stadium verkeert en de cliënt al grote bedragen heeft betaald. In dat geval heeft hij weinig andere keus dan de verhogingen maar te slikken. Als hij de overeenkomst beëindigt, blijft hij immers zitten met een project dat nog niet af is en vaak bezwaarlijk door een ander kan worden afgemaakt, hetzij omdat noodzakelijke informatie (bijvoorbeeld de broncode van de programmatuur) bij die derde ontbreekt, hetzij omdat het nog duurder is een derde het project te laten voltooien (kapitaalvernietiging). De FENIT heeft dat ingezien en heeft het oude artikel 2.3, dat de leverancier het recht geeft ook tijdens de systeemimplementatie de overeengekomen prijzen en tarieven te verhogen voorzover het gaat om prestaties die drie maanden nadien worden geleverd, geschrapt.

Overigens is artikel 2.2 mijns inziens in strijd met de zwarte lijst, zie artikel 6:236 sub i BW.¹³ Voornoemd artikel bepaalt (vrij vertaald) dat als onredelijk bezwarend worden aangemerkt bedingen

13 Anders: Kuus, Nieuwe Cosso-voorwaarden, p. 100 (zie noot 3) en Gardeniers, Van Schelven & Stouthamer, FENIT-algemene voorwaarden, p. 17 (aantekening 1 bij art. 2) (zie noot 3), die allen menen dat de regeling niet in strijd is met art. 6:236 sub i BW.

die de leverancier het recht geven zijn prijzen te verhogen, tenzij de consument de overeenkomst mag ontbinden. De uitzondering in de laatste zinsnede mag de leverancier niet baten. Immers, de nieuwe voorwaarden bepalen dat de cliënt bij prijsverhogingen de overeenkomst uitsluitend mag beëindigen (en niet ontbinden). Cruciaal verschil tussen beëindigen en ontbinden is dat bij beëindiging partijen niet verplicht zijn hun prestaties ongedaan te maken en bij ontbinding wel. Bovendien, ook al zou cliënt kunnen ontbinden wegens een tekortkoming in de nakoming, dan nog treden geen ongedaanmakingsverbintenissen in werking. De artikelen 9.5 en 11.2, die grotendeels gelijk zijn gebleven, bepalen immers dat ontbinding uitsluitend voor de toekomst werkt. De zwarte lijst geldt alleen voor consumenten. Voor de zakelijke cliënt (op wie art. 6:235 lid 1 en 3 noch 247 lid 2 BW van toepassing is) kan slechts gehoopt worden dat hij in een voorkomend geval aan het vorenstaande een argument voor reflexwerking kan ontleen teneinde aan (te) verregaande verhoging van periodieke betalingsverplichtingen te ontkomen. Hoe het ook zij, de cliënt doet er goed aan duidelijke afspraken over prijsaanpassingen te maken, bij voorbeeld door een indexeringsovereenkomst te komen.

Als gevolg van de inwerkingtreding van de Wet bestrijding betalingsachterstand handelstransacties per 1 december 2002 is de positie van de cliënt in negatieve zin gewijzigd. Voortaan is hij blijkens artikel 6:119a jo. 120 BW ingeval van handelstransacties bij gebreke van betaling binnen dertig dagen, wettelijke rente verschuldigd die gelijk is aan zeven procentpunten boven de herfinancieringsrente van de Europese Centrale Bank. Dat is een hogere rente dan voorheen. Dat zal de leveranciers als muziek in de oren klinken. Partijen mogen contractueel van deze regeling afwijken en cliënten doen er dus goed aan dat te doen.

4. Opschorting en verrekening

In de nieuwe voorwaarden zijn de cliënt de machtsmiddelen van verrekening (art. 6:127 e.v. BW) en opschorting (6:52 e.v. en 262 e.v. BW) ontnomen (art. 2.3). In de praktijk blijken deze machtsmiddelen voor de cliënt bijzonder nuttig wanneer problemen ontstaan. De cliënt zit op het geld en kan de leverancier de worst voorhouden dat hij betaalt zodra de problemen zijn opgelost. Ook kan de cliënt eventuele boetes die de leverancier verschuldigd is, bij voorbeeld omdat hij zijn service levels niet heeft gehaald, verrekenen met vergoedingen die hij aan de leverancier verschuldigd is uit hoofde van een onderhoudsovereenkomst. Als de cliënt al heeft betaald of niet gerechtigd is tot verrekening en opschorting, is het voor hem moeilijker de leverancier (met juridische middelen) te motiveren de problemen (snel) op te lossen.

5. Overname personeel en inlenersaansprakelijkheid

Volgens de oude voorwaarden mogen medewerkers van de andere partij slechts worden overgenomen na goed zakelijk overleg. Indien personeel wordt overgenomen, is het meestal de cliënt die medewerkers van de leverancier in dienst neemt. Het feit dat

vooraangaand aan deze overname goed zakelijk overleg moet worden gevoerd, biedt de leverancier onvoldoende bescherming.¹⁴ Praten kan altijd, maar of het belet dat de desbetreffende medewerker daarna alsnog in dienst treedt bij de cliënt is zeer de vraag. Het is dan ook begrijpelijk dat overname van elkaars personeel volgens artikel 3.2 nu nog uitsluitend kan plaatsvinden na schriftelijke goedkeuring van de partij wiens medewerkers bij de ander in dienst wensen te treden. Dat aan overtreding van het verbod geen contractuele sanctie is verbonden, is op zich verklaarbaar. De aard en hoogte van de sanctie hangt immers af van de aard van het project en de 'marktwaarde' van de ingeschakelde medewerkers. Toch verdient het, met name voor de leverancier, aanbeveling in een concreet project een boete aan overtreding van het overnameverbod te verbinden; hetzij als gefixeerde schadevergoeding, hetzij naast een eventuele schadevergoeding. Het is immers lastig te bewijzen welke schade de partij wiens medewerker wordt overgenomen, lijdt. Een regeling daarover (op voorhand) voorkomt langdurige en kostbare procedures waarbij geen van beide partijen is gebaat.

Het detacheren van medewerkers door de leverancier aan de cliënt wordt geregeld in het nieuwe artikel 20. De leverancier verplicht zich, anders dan onder de oude voorwaarden, de loonbelasting en premies voor sociale verzekeringen voor gedetacheerde medewerkers tijdig en volledig af te dragen en de cliënt te vrijwaren voor alle wettelijke aanspraken van de Belastingdienst respectievelijk socialeverzekeringsinstanties dienaangaande (inlenersaansprakelijkheid). Deze regeling lijkt mooier dan zij is. De leverancier is volgens de wet toch al verplicht deze belastingen en premies af te dragen voor zijn gedetacheerde medewerkers. Daarvoor is een contractuele regeling niet nodig. Bovendien, als de cliënt door de Belastingdienst of socialeverzekeringsinstanties wordt aangesproken omdat de cliënt met de leverancier voor deze belastingen en premies nu eenmaal hoofdelijk aansprakelijk is (art. 34 Invorderingswet 1990), zal de cliënt de leverancier ook zonder deze contractuele regeling in vrijwaring op kunnen roepen (art. 86 e.v. Rv). Alle bedragen die de cliënt aan de belastingdienst of socialeverzekeringsinstanties moet betalen, kan hij op de leverancier verhalen omdat deze in de onderlinge verhouding met de cliënt volledig draagplichtig is (art. 6:10 BW). Het enige voordeel van artikel 20 is dat de cliënt daarmee jegens de leverancier verbintenisrechtelijke aanspraken geldend kan maken naast zijn wettelijke rechten. Voorzover met de leverancier discussie ontstaat over afdracht, vrijwaring en draagplicht, wordt het voor de cliënt eenvoudiger deze discussie in de kiem te smoren.

Het werkelijke probleem is echter dat de Belastingdienst of socialeverzekeringsinstanties de cliënt met name zal willen aanspreken als de leverancier geen verhaal biedt. Dan heeft de cliënt niets aan bovenstaande verplichtingen en vrijwaringen. Dat probleem wordt door de nieuwe voorwaarden niet opgelost. Teneinde dit probleem zoveel mogelijk te voorkomen, kan van een zogenoemde g-rekeningconstructie gebruik worden gemaakt, van de leveran-

¹⁴ Ter verdediging van de FENIT zij opgemerkt dat het overnameverbod voor wat betreft detachingskrachten in 1994 niet (veel) strakker kon worden geredigeerd omdat volgens de Arbeidsvoorzieningswet 1990 afspraken in contracten tussen detachingshuizen en opdrachtgevers die detachingskrachten belemmerden om met derden een dienstverband aan te gaan, nietig werden geacht. Met de inwerkingtreding van de Wet Allocatie Arbeidskrachten voor Intermediairs (WAADI) op 1 juli 1998 is dit verbod komen te vervallen.

cier worden verlangd dat hij een bankgarantie laat stellen of met de leverancier, de Belastingdienst en socialeverzekeringsinstanties worden afgesproken dat de cliënt belastingen en premies waarvoor hij hoofdelijk aansprakelijk is, direct bij de belastingdienst en de socialeverzekeringsinstanties stort. Indien die constructie niet wenselijk of mogelijk is, kan het risico in ieder geval verkleind worden door het opnemen van een verplichting voor de leverancier tot het afgeven van periodieke verklaringen door een (onafhankelijke) accountant of de Belastingdienst en de socialeverzekeringsinstanties dat de belastingen en premies tijdig zijn afgedragen.

6. Privacy

Het nieuwe artikel 3.3 verplicht de cliënt de leverancier te vrijwaren voor aanspraken van personen wiens persoonsgegevens worden verwerkt (in de zin van de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp)) in een persoonsregistratie (lees: bestand in de zin van de Wbp) waarvoor de cliënt verantwoordelijk is, tenzij de cliënt bewijst dat de feiten die aan de aanspraak ten grondslag liggen *uitsluitend* aan de leverancier toerekenbaar zijn. In geval van computerservice (automatische verwerking van gegevens met behulp van programmatuur en apparatuur die door de leverancier wordt beheerd) is de cliënt ingevolge artikel 15.3 verplicht de leverancier te vrijwaren voor alle aanspraken van derden (een breder begrip dan personen wiens persoonsgegevens worden verwerkt) wegens een niet aan de leverancier toe te rekenen schending van de Wbp en/of andere toepasselijke privacywetgeving. Het is opvallend dat de omkering van de bewijslast die in eerstgenoemde vrijwaring is opgenomen, niet is doorgedrongen tot laatstgenoemde vrijwaring. Als geen sprake is van computerservice (art. 3.3) moet de cliënt de leverancier vrijwaren, tenzij de cliënt bewijst dat de aanspraak uitsluitend aan de leverancier toerekenbaar is. Als wél sprake is van computerservice (art. 15.3), moet de cliënt de leverancier alleen vrijwaren als de leverancier bewijst dat de aanspraak niet aan de leverancier kan worden toegerekend. Dat de bewijslast voor de leverancier ingeval van computerservice zwaarder is, heeft wellicht te maken met het feit dat hij ingeval van computerservice juist wordt ingehuurd voor automatische gegevensverwerking en om die reden zwaardere verantwoordelijkheden op zich wenst te nemen dan als het verwerken van persoonsgegevens slechts bijproduct is ten opzichte van zijn overige werkzaamheden voor de cliënt. Nieuw is verder dat de leverancier zich verplicht in geval van computerservice aan de Wbp te voldoen en zorg te dragen voor passende technische en organisatorische maatregelen om (persoons)gegevens te beveiligen tegen verlies of onrechtmatige verwerking (art. 15.1).

7. Eigendomsvoorbehoud, retentierecht en opschortingsrecht

Nieuw is de regeling van artikel 4.1 over zaaksvorming. Dat artikel bepaalt dat als de (wederverkopende) cliënt uit zaken die door de leverancier zijn geleverd een nieuwe zaak vormt, de cliënt die

zaak vormt voor de leverancier en deze voor de leverancier houdt tot dat de cliënt alle uit hoofde van de overeenkomst verschuldigde bedragen heeft voldaan. In feite wordt de leverancier van apparatuur die onder eigendomsvoorbehoud aan een wederverkopende cliënt levert door deze regeling beschermt tegen zaaksvorming door deze cliënt.¹⁵

Nieuw is ook artikel 4.3, dat de leverancier naast het (contractuele) retentierecht voor roerende zaken (zie art. 4.1), een (contractueel) opschortingsrecht geeft met betrekking tot de afgifte van vermogensrechten, gegevens, documenten, databestanden en (tussen)resultaten van de dienstverlening voorzover deze in het kader van de overeenkomst zijn ontvangen of gegenereerd. Deze retentie- en opschortingsrechten gaan verder dan de wettelijke rechten (zie art. 3:290 e.v. BW voor het retentie- en art. 6:52 BW e.v. en 6:262 e.v. BW voor het opschortingsrecht) omdat zij kunnen worden ingeroepen totdat *alle* aan de leverancier verschuldigde bedragen zijn betaald, ongeacht of sprake is van enige connexiteit tussen de verschuldigde bedragen en de achtergehouden zaken of vermogensrechten, enzovoort. De cliënt dient in een concreet geval te bezien of toepassing van dit retentie- of opschortingsrecht niet tot een ontoelaatbaar resultaat leidt. Dit zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn als de leverancier weigert bepaalde apparatuur af te leveren terwijl de cliënt de daarvoor verschuldigde bedragen heeft betaald, maar (nog) niet andere bedragen voor bijvoorbeeld diensten die met de apparatuur niets te maken hebben. Overigens wordt de cliënt bijvoorbeeld in dat geval geconfronteerd met het feit dat hij zijn betalingsverplichtingen voor deze diensten niet op mag schorten (art. 2.3).

Opvallend is dat in de nieuwe voorwaarden geen gebruik is gemaakt van de ruimere bescherming die artikel 3:92a BW biedt aan een leverancier die apparatuur in het buitenland levert. Zo zou een Nederlandse leverancier die in Duitsland levert, kunnen bedingen dat hij gebruik kan maken van het Duitse verlengde eigendomsvoorbehoud. Het argument dat dit niet nodig is omdat de voorwaarden alleen in nationale verhoudingen worden gehanteerd, gaat niet op. Uit de beschikbaarheid van een Engelse versie van de voorwaarden, maar ook uit het feit dat nu, anders dan in de oude voorwaarden, de toepasselijkheid van het Weens Koopverdrag (alleen van toepassing op 'internationale koopovereenkomsten') wordt uitgesloten (art. 12.1), blijkt reeds dat ook aan internationale verhoudingen is gedacht.

8. Intellectuele eigendomsrechten

Net als in de oude voorwaarden is de hoofdregel volgens artikel 6.1 dat de cliënt een licentie verkrijgt voor het gebruik van programmatuur en apparatuur. Nieuw is de toevoeging dat het gebruiksrecht zich ook uitstrekt tot databestanden en websites. Naar mijn idee is dit gedaan omdat (ingeval van databestanden) de databankenwet tot een zodanige uitbreiding noopt en (ingeval van websites) om discussie te voorkomen over de vraag of een website kwalificeert als programmatuur.

¹⁵ P.C. van Schelven kwam reeds met een vrijwel identieke formulering voor dit artikel in zijn noot onder president Rechtbank Almelo 23 december 1999, Computerrecht 2000/2, p. 81-84 (ABB Sattline/Van der Hel q.q.).

Verder is nu uitdrukkelijk bepaald dat de licentie niet-exclusief en niet-overdraagbaar is (art. 6.1). Uitzondering op de hoofdregel is dat intellectuele eigendomsrechten aan de cliënt worden overgedragen (art. 6.2). Die overdracht moet volgens de voorwaarden schriftelijk en uitdrukkelijk geschieden en laat onverlet dat de leverancier de daaraan ten grondslag liggende ideeën 'hergebruikt' voor andere cliënten, waaronder dus ook concurrerende cliënten. De 'standaard' rechtvaardiging van de leverancier voor dit hergebruik is dat hij alleen op die manier een zo 'lage' prijs kan offeren en anders geen zaken meer kan doen. De toevoeging over het toegestane hergebruik van ideeën is vanuit auteursrechtelijk oogpunt strikt genomen overbodig. Het auteursrecht beschermt alleen de uiterlijke vorm van de ideeën, niet de ideeën zelf. De (protectionistische) cliënt die door 'zijn' nieuwe systeem een concurrentievoorsprong wil nemen, zal zijn toevlucht moeten zoeken tot een (mededingingsrechtelijk toelaatbaar) non-concurrentiebeding waarmee hij de leverancier verbiedt gedurende een bepaalde periode een systeem dat soortgelijk is aan 'zijn' systeem aan te bieden aan de concurrenten van de cliënt. Zonodig kan de cliënt daaraan toevoegen dat de leverancier verplicht is tot geheimhouding van de ideeën die aan het systeem van de cliënt ten grondslag liggen. Het verdient aanbeveling beide verplichtingen te sanctioneren met een boeteclausule.

In de nieuwe voorwaarden is uitdrukkelijk bepaald dat de cliënt programmatuur die hij van de leverancier heeft gelicentieerd niet door een derde mag laten hosten, noch een derde daar (al dan niet op afstand) toegang toe mag geven (art. 23.3). In een tijd van outsourcing en application service providers zullen cliënten zich hierover verbazen. Dat net als in de oude voorwaarden maar één reservekopie mag worden gemaakt (art. 6.5) en de licentie beperkt blijft tot gebruik op de oorspronkelijke verwerkingseenheid (art. 23.2) is ook niet van deze tijd. Zeker bij bedrijfskritische systemen is het gebruikelijk van systemen regelmatig integraal een back up te maken of zelfs volledig dubbel uit te voeren (redundant/mirroring).

Indien intellectuele eigendomsrechten worden overgedragen, geschiedt deze overdracht net als in de oude voorwaarden ingevolge artikel 4.2 onder de voorwaarde dat de cliënt alle daarvoor verschuldigde vergoedingen tijdig en volledig heeft betaald. Nog steeds is niet expliciet bepaald of het een overdracht onder opschortende of ontbindende voorwaarde betreft. Ik neem aan dat de FENIT bedoeld heeft de overdracht onder opschortende voorwaarde van betaling plaats te laten vinden. Dit volgt impliciet uit de formulering van de voorwaarde. Er staat immers dat wordt overdragen onder de voorwaarde dat tijdig en volledig wordt betaald (opschortend) en niet dat wordt overgedragen, tenzij niet tijdig of volledig wordt betaald (ontbindend). Dat opschortend is bedoeld, volgt eveneens uit het feit dat men bij overdracht van intellectuele eigendomsrechten onder voorwaarde van betaling in het algemeen aansluiting probeert te zoeken bij de wettelijke regeling van overdracht van zaken onder voorwaarde van betaling, welke overdracht wordt vermoed onder opschortende voorwaarde te geschieden (art. 3:92 BW).

Ingeval de leverancier faillieert voordat de cliënt tijdig en volledig heeft betaald, maar nadat beide partijen een overeenkomst hebben getekend waarmee (vaak onder andere) intellectuele eigendomsrechten worden overgedragen, maakt het voor de cliënt overigens

niets uit of deze rechten zijn overgedragen onder de opschortende of ontbindende voorwaarde van tijdige en volledige betaling. Op het moment dat beide partijen een zodanige overeenkomst tekenen, levert¹⁶ de leverancier deze rechten onvoorwaardelijk aan de cliënt.¹⁷ Het moment waarop de cliënt onvoorwaardelijk rechthebbende wordt op de intellectuele eigendomsrechten is dan nog uitsluitend afhankelijk van zijn tijdige en volledige betaling. Artikel 35 Fw bepaalt dat de levering niet meer geldig kan geschieden als de leverancier op de dag van faillietverklaring nog niet alle handelingen heeft verricht die voor de levering nodig zijn. In dit geval kan de curator artikel 35 Fw niet tegenwerpen aan de cliënt omdat de overeenkomst is ondertekend vóór de datum van faillissement en de leverancier daarmee alle handelingen heeft verricht die voor de levering nodig zijn. Ook voor het overige kan de curator niet verhinderen dat de cliënt onvoorwaardelijk rechthebbende wordt door alsnog tijdig en volledig te betalen ná de faillissementsdatum.

De regeling voor reverse engineering die in de oude voorwaarden was opgenomen, is komen te vervallen. Kennelijk zijn de opstellers van de FENIT-voorwaarden thans van mening dat de regeling die daarvoor in de Auteurswet is opgenomen (art. 45m Aw) volstaat althans een zinvolle (leveranciers)beschermende bepaling dienaangaande rechtens niet toelaatbaar is.

De nieuwe vrijwaringsregeling wegens (vermeende) inbreuk op intellectuele eigendomsrechten van derden, zoals opgenomen in art. 6.7, vormt een verbetering van de positie van de cliënt. Onder de oude voorwaarden heeft de leverancier nog de keus: er voor zorgen dat de cliënt de programmatuur of apparatuur kan blijven gebruiken of de programmatuur of apparatuur terugnemen (tegen creditering van de verwervingskosten onder aftrek van een redelijke gebruiksvergoeding). Voor de cliënt is vaak onverteerbaar dat de leverancier zomaar 'de makkelijke weg' kan kiezen door de programmatuur of apparatuur terug te nemen en de cliënt zonder een werkend systeem te laten zitten. In de nieuwe voorwaarden zijn voor de leverancier een aantal hordes ingebouwd die hij moet nemen voordat hij kan terugnemen. Uitgangspunt is nu dat de leverancier er zoveel mogelijk voor zorgt dat de cliënt het geleverde (of daarmee functioneel gelijkwaardig) kan blijven gebruiken, bijvoorbeeld door aanpassing van de inbreukmakende onderdelen of door verwerving van de ontbrekende licenties. Pas als dit (naar het uitsluitende oordeel van de leverancier) niet kan of niet anders dan op voor hem (financieel) onredelijk bezwarende wijze, mag hij terugnemen, maar alleen na overleg met de cliënt. Hoewel de cliënt er met de nieuwe regeling aanzienlijk op vooruit is gegaan, is ook de nieuwe regeling voor cliënten niet ideaal. Bezwaarlijk is vooral dat uitsluitend het sub-

16 Ik ga uit van de overdracht van auteursrechten op software. Levering van auteursrechten geschiedt volgens art. 2 Aw door een daartoe bestemde akte. Een akte is blijkens art. 156 Rv een ondertekend geschrift, bestemd om tot bewijs te dienen. De getekende overeenkomst waarmee auteursrechten worden overgedragen is een onderhandse akte. Door ondertekening van deze overeenkomst worden dus de auteursrechten geleverd.

17 Vergelijk voor de opschortende voorwaarde bij eigendomsvoorbehoud A.J.M. van Mierlo, F.H.J. Mijnsen & A.A. van Velten, Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 3. Goederenrecht. Deel III. Zekerheidsrechten, Deventer: Kluwer 2003, nr. 417, 418 en 420 en voor de ontbindende voorwaarde A.H. Scheltema, De goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde, Meijers-reeks nr. 61 (diss. Leiden), Deventer: Kluwer, p. 311 e.v.

jectieve oordeel van de leverancier bepalend is voor het antwoord op de vraag of sprake kan zijn van voortgezet gebruik. Ook is bezwaarlijk dat, net als in de oude voorwaarden, bij inbreuk op intellectuele eigendomsrechten van derden iedere andere of verdergaande aansprakelijkheid of vrijwaringsverplichting van de leverancier is uitgesloten. De cliënt blijft dus zitten met de overige schade die hij door de inbreuk lijdt.

9. Ontbinding en beëindiging

De ontbindingsregeling vervat in artikel 9.5 en 11.2 werkt, zo schreef ik al, uitsluitend voor de toekomst. Als de cliënt ontbindt omdat de leverancier tekort is geschoten in de nakoming van zijn verplichtingen, krijgt de cliënt zijn geld niet terug, met uitzondering van dat gedeelte dat betaald is voor prestaties terzake waarvan de cliënt weet te bewijzen dat de leverancier in verzuim is. Voor de cliënt bestaat het gevaar dat hij alleen voor een bepaald deel van de prestaties kan bewijzen dat de leverancier in verzuim verkeert, bijvoorbeeld omdat de programmatuur niet functioneert. De cliënt blijft dan zitten met delen van de prestaties ten aanzien waarvan hij dit niet kan bewijzen, bijvoorbeeld de apparatuur en de verleende diensten. Dit is vooral bezwaarlijk als de cliënt een geïntegreerd systeem heeft besteld.¹⁸ Dan heeft hij er niets aan als weliswaar de apparatuur goed werkt, maar het totale systeem niet functioneert. Overigens kan het best zo zijn dat in rechte wordt geoordeeld dat het wel deugdelijk uitgevoerde deel van de prestatie zodanig in het niet valt bij de tekortkomingen van de leverancier, dat de leverancier geacht wordt tekort te schieten in alle verplichtingen.¹⁹ Voor de cliënt zal het echter niet eenvoudig zijn dat bewijs te leveren. Bovendien moet de cliënt, ongeacht de verhouding tussen het wel deugdelijk geleverde en het gedeelte terzake waarvan de leverancier in verzuim is, het geheel kunnen ontbinden indien aan het wel deugdelijk geleverde voor de cliënt geen zelfstandige betekenis toekomt. De cliënt doet er daarom goed aan de bepaling dat ontbinding uitsluitend voor de toekomst werkt, te schrappen. Daarenboven zou overeengekomen moeten worden dat aan deelacceptaties geen rechten kunnen worden ontleend en dat uitsluitend de eindacceptatie bepalend is voor de beoordeling of het systeem functioneert, zodat over de betekenis van deelacceptaties en de gevolgen daarvan voor de mogelijkheid te ontbinden, geen verschil van mening kan ontstaan.

De rechten van de cliënt te ontbinden of beëindigen worden verder ingeperkt door het nieuwe artikel 18.2. Dat artikel bepaalt dat indien sprake is van dienstverlening (in de zin van de FENIT-voorwaarden), de cliënt niet mag ontbinden of beëindigen om de reden dat zich tijdens de werkzaamheden (de vraag naar) meerwerk voordoet. Daarmee wordt het voor de cliënt lastiger van een leverancier af te komen die ten tijde van het sluiten van de overeenkomst niet goed heeft ingeschat hoeveel werk daarmee gemoeid zou zijn.

¹⁸ Kuus, Nieuwe Cosso-voorwaarden, p. 80 (zie noot 3) en Jongen, Herziane algemene voorwaarden voor de automatiseringsbranche, p. 10 (zie noot 3) ten aanzien van de COSSO-voorwaarden van 5 december 1990 en Kuus, De algemene voorwaarden van de FENIT: COSSO in een nieuwe jas, p. 101 (zie noot 3) ten aanzien van de FENIT-voorwaarden van 8 december 1994.

¹⁹ Gardeniers, Van Schelven & Stouthamer, FENIT-algemene voorwaarden, p. 58 (aantekening 6 bij artikel 9) (zie noot 3).

Voor de cliënt is, net als onder de oude voorwaarden, van belang zich te realiseren dat indien de leverancier toerekenbaar tekortschiet in de nakoming van zijn verplichtingen en de cliënt kosten heeft gemaakt of wil maken om de prestatie van de leverancier aan de overeenkomst te laten beantwoorden, hij deze kosten volgens artikel 10.1 sub a niet vergoed krijgt als hij ontbindt. Anders gezegd, de leverancier sluit zijn aansprakelijkheid voor deze kosten uit als de cliënt ontbindt.

Artikel 7:408 lid 1 BW bepaalt dat de opdrachtgever (in dit geval de cliënt) een overeenkomst van opdracht (in dit geval een dienstverleningsovereenkomst) te allen tijde mag opzeggen. De wet bepaalt niet dat bij gebreke aan een contractuele opzegtermijn een redelijke opzegtermijn in acht moet worden genomen. Artikel 9.2 van de oude voorwaarden bepaalt al dat een overeenkomst voor onbepaalde tijd²⁰ na overleg, onder opgave van redenen en, indien geen opzegtermijn is overeengekomen, met inachtneming van een redelijke termijn kan worden opgezegd. De vraag kan gesteld worden of partijen daarmee hebben bedoeld een limitatieve opzeggingsregeling overeen te komen en af te wijken van het regelende recht van artikel 7:408 lid 1 BW.²¹ Artikel 9.3 beantwoordt deze vraag nu bevestigend door te bepalen dat de cliënt een overeenkomst van dienstverlening slechts kan opzeggen in de gevallen geregeld in de voorwaarden.

De beëindigingsregeling in geval van faillissement en surseance van betaling is blijkens artikel 9.4 nu wederzijds en werkt niet, zoals in de oude voorwaarden, alleen ten faveure van de leverancier. Nieuw is ook de toevoeging dat de licentie van programmatuur van rechtswege vervalt als de cliënt faillieert. Dit is vooral bezwaarlijk voor (de curator van) een doorstartende cliënt die een eenmalige licentievergoeding heeft betaald en die nu mogelijkerwijs opnieuw moet betalen. Net als onder de oude voorwaarden blijft het voor de cliënt van belang regelingen te treffen voor het geval de leverancier faillieert, zoals de verplichting voor de leverancier telkens de meest recente versie broncode van de programmatuur te verstrekken hetzij aan de cliënt zelf of aan (schriftelijk overeen te komen volgens art. 21.3) de escrow-agent die daarvoor in de broncode escrow-overeenkomst is aangewezen. Het verdient de voorkeur een escrow-agent te vragen omdat hij kan verifiëren of met behulp van de broncode de objectcode kan worden gegenereerd.

10. Fouterstel, acceptatietest en conformiteit

De definitie van fouten – in het kader van fouterstel door de cliënt – is aangescherpt (art. 6.6). Fouten worden nu alleen nog maar als fouten aangemerkt, als ze reproduceerbaar zijn en sprake is van *substantieel* niet voldoen aan de door de leverancier schriftelijk kenbaar gemaakte functionele of technische specificaties en, ingeval van maatwerk en websites, aan tussen partijen *schriftelijk*

²⁰ Overeenkomsten voor bepaalde tijd kunnen in beginsel niet tussentijds worden opgezegd, zie HR 21 oktober 1988, NJ 1990, 439 (Mondia/Calanda).

²¹ Gardeniers, Van Schelven & Stouthamer, FENIT-algemene voorwaarden, p. 51-52 (aantekening 2 bij artikel 9) (zie noot 3) beschouwen de afwezigheid van een regeling zoals vervat in het huidige art. 9.3 voor de leverancier als een 'gevaarlijke bom onder zijn (langlopende) dienstverleningscontracten'.

uitdrukkelijk overeengekomen functionele of technische specificaties. De bewijslast van de cliënt is daarmee aanzienlijk verzwakt. Voortaan mag de cliënt op grond van artikel 6.6 dus alleen substantiële fouten in de programmatuur herstellen. Dit in strijd met het dwingendrechtelijke artikel 45j Aw.²²

De aanscherping van de definitie van fouten heeft ook gevolgen voor de acceptatietest bij nieuw ontwikkelde programmatuur. De leverancier is alleen gehouden zich naar beste vermogen in te spannen *substantiële* fouten die tijdens een acceptatietest aan het licht komen (binnen een redelijke termijn) te herstellen (art. 22.5). De cliënt mag ingevolge artikel 22.6 zijn acceptatie niet onthouden indien sprake is van kleine fouten, gedefinieerd als fouten die de operationele of productieve ingebruikname niet in de weg staan. Die fouten moeten worden opgelost via de garantieregeling van artikel 25. De garantieregeling verplicht de leverancier echter alleen fouten in de zin van artikel 6.6, dus alleen substantiële fouten, te herstellen. Een onderhoudscontract in de zin van artikel 26.1 helpt de cliënt evenmin. Ook de onderhoudsregeling verplicht de leverancier ingevolge artikel 26.1 alleen fouten in de zin van artikel 6.6, dus alleen substantiële fouten, te herstellen. Betekent dit dat de cliënt geen enkele aanspraak heeft op herstel van kleine fouten? Op basis van de tekst van de voorwaarden is het antwoord 'nee'. Toch zou ik, gezien het feit dat artikel 22.6 zo expliciet verwijst naar de garantieregeling van artikel 25, willen aannemen dat de leverancier verplicht is ook de kleine fouten te herstellen die tijdens een acceptatietest aan het licht komen. De cliënt heeft echter geen aanspraken voor het herstellen van kleine fouten die ná de acceptatietest aan het licht komen, noch voor fouten die niet substantieel zijn. Door deze regeling loopt de cliënt een groot risico dat hij altijd zal moeten blijven werken met foutieve software. Wil hij dit voorkomen, dan zal hij een afwijkende regeling moeten treffen. Een nieuwe toevoeging aan art. 2.6 bepaalt verder dat aspecten van de programmatuur die slechts subjectief beoordeeld kunnen worden, zoals vormgeving, evenmin grond kunnen vormen voor het onthouden van acceptatie.

Daar komt nog bij dat de leverancier volgens de nieuwe voorwaarden programmatuur *zo veel mogelijk* conform de schriftelijk vastgelegde specificaties zal afleveren en installeren (art. 22.1). Ik vraag me af waartoe het hanteren van verschillende criteria voor fouterstel ('substantiële fouten') en conformiteit ('zo veel mogelijk conform de specificaties') leidt. Wat gebeurt er als de programmatuur door de leverancier wel zo veel mogelijk conform de specificaties is afgeleverd, maar tegelijkertijd substantiële fouten bevat en de cliënt aan de leverancier vraagt deze te herstellen? Het antwoord op die vraag lijkt afhankelijk te zijn van het antwoord op de vraag of een acceptatietest is overeengekomen. Als geen acceptatietest is overeengekomen, geldt de programmatuur als geaccepteerd bij aflevering (art. 22.3 sub a). Als wél een acceptatietest is overeengekomen geldt de programmatuur als geaccepteerd zodra de substantiële fouten zijn hersteld (art. 22.3 sub c). De cliënt doet er alleen al om die reden verstandig aan een acceptatietest

²² Berkvens, Vierde generatie COSSO-voorwaarden, p. 172, betoogt ten aanzien van COSSO-voorwaarden van 10 mei 1993 dat zij op dat punt in strijd zijn met art. 45j Aw. In die voorwaarden wordt niet de eis gesteld dat de cliënt alleen substantiële fouten mag herstellen. Die oude voorwaarden zijn op dat punt dus minder 'cliëntonvriendelijk' dan de nieuwe voorwaarden. Als die oude voorwaarden op dat punt al in strijd zijn met art. 45j Aw, dan zijn de nieuwe dat zeker.

overeen te komen. Het moment van acceptatie is ook van belang omdat de drie maanden durende garantie (art. 25) gaat lopen vanaf het moment van acceptatie.

Dat de nieuwe voorwaarden het recht van de cliënt de programmatuur niet te accepteren verder inperken, is ook daarom voor hem bezwaarlijk omdat betalingsverplichtingen doorgaans aan acceptatie gekoppeld zijn. Als de programmatuur reeds geacht wordt te zijn geaccepteerd zodra deze zo veel mogelijk (maar nog niet helemaal) conform de specificaties functioneert althans geen substantiële (maar wel niet-substantiële en kleine) fouten (meer) bevat, moet de cliënt dus al betalen hoewel de programmatuur nog niet optimaal werkt. De cliënt die in afwijking van artikel 2.3 heeft weten te bedingen dat hij tot opschorting gerechtigd is, is in dit geval niet beter af dan de cliënt die dat niet heeft bedongen. De cliënt heeft er immers mee ingestemd dat de programmatuur geldt als geaccepteerd, terwijl deze niet helemaal (maar alleen zo veel mogelijk) conform de specificaties functioneert en niet-substantiële en kleine (maar geen substantiële) fouten bevat. Dat betekent dat de leverancier niet in gebreke is als hij zodanige foutieve software levert en de cliënt zijn betalingsverplichtingen dus niet mag opschorten. Acceptatie betekent volgens het nieuwe artikel 22.8 ook dat de leverancier zal zijn gekwetten van zijn verplichtingen terzake van de ontwikkeling en terbeschikkingstelling van programmatuur (met uitzondering van de aanspraken voortvloeiend uit artikel 22.6 (kleine gebreken) en 25 (garantie)).

Met betrekking tot conformiteit van apparatuur bepaalt het nieuwe artikel 28.1 dat de leverancier er niet voor in staat dat de geleverde apparatuur geschikt is voor het beoogde gebruik, tenzij in de schriftelijke koopovereenkomst de gebruiksdoeleinden duidelijk en zonder voorbehoud zijn gespecificeerd. Deze 'negatieve garantie' staat op gespannen voet met artikel 7:17 BW.

11. Aansprakelijkheid

Opvallend in de nieuwe versie is dat de eerste zin van artikel 10.1 ('Leverancier aanvaardt wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding voor zover dat uit dit artikel 10 blijkt') is komen te vervallen. Kruijer heeft deze zin eens als overbodig bestempeld.²³ Als de bepaling echter zo gelezen moet worden dat de leverancier *uitsluitend* schade zal vergoeden voorzover hij daartoe op grond van artikel 10 is verplicht, is die bepaling niet zinledig. Door die bepaling wordt immers duidelijk dat de leverancier voor directe schade zoals gedefinieerd in artikel 10.1 uitsluitend aansprakelijk is voorzover sprake is van een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst. Met andere woorden, de leverancier is, onder de oude regeling, niet aansprakelijk voor directe schade voorzover sprake is van een onrechtmatige daad. Dat de leverancier daarvoor onder de oude voorwaarden niet aansprakelijk is, blijkt ook uit het oude artikel 10.5, dat (onder andere) bepaalt:

'Buiten de in artikel 10.2 en 10.3 genoemde gevallen rust op de Leverancier geen enkele aansprakelijkheid voor schadevergoeding, ongeacht de grond waarop een actie tot schadevergoeding zou worden gebaseerd.'

²³ Kruijer, De exoneratieclausules in de algemene voorwaarden van de Federatie van Nederlandse ondernemingen in de informatietechnologie (FENIT), p. 47 (zie noot 3).

Ook deze zin keert niet terug in de nieuwe voorwaarden. Dit alles betekent dat de stelling verdedigd zou kunnen worden dat onder de nieuwe voorwaarden – als de leverancier directe schade veroorzaakt en het schadeveroorzakende handelen als onrechtmatige daad of (naast een toerekenbare tekortkoming) *tevens*²⁴ als onrechtmatige daad kan worden gekwalificeerd – de leverancier onbeperkt aansprakelijk is.

Over de situatie dat een toerekenbare tekortkoming tevens een onrechtmatige daad is zij opgemerkt dat volgens Michiels van Kessenich-Hoogendam²⁵ en Stuurman²⁶ vrijwel algemeen wordt aangenomen dat een toerekenbare tekortkoming bestaande uit een beroepsfout, jegens de cliënt tevens een onrechtmatige daad oplevert. Van een beroepsfout van de leverancier is sprake indien zijn handelen (of nalaten) niet voldoet aan de mate van zorgvuldigheid en deskundigheid die van een redelijk handelend en bekwaam automatiseringsdeskundige geëist mag worden²⁷ (en hij niet slaagt in een eventueel beroep op overmacht).

De leverancier zou tegen de onbeperkte aansprakelijkheid in kunnen brengen dat in de nieuwe voorwaarden, net als in de oude voorwaarden, nog steeds is bepaald (in art. 10.1) dat de totale vergoeding voor directe schade 'in geen geval' meer zal bedragen dan € 500.000. Daaruit zou moeten worden afgeleid dat schadevergoeding gebaseerd op buitencontractuele aansprakelijkheid eveneens tot dat bedrag is beperkt. Aangezien het gehele artikel 10.1 uitsluitend op contractuele aansprakelijkheid lijkt te zien, kan die zin echter ook worden begrepen als een tweetrapsraket met betrekking tot uitsluitend de contractuele aansprakelijkheid voor directe schade. Deze tweetrapsraket werkt als volgt: contractuele aansprakelijkheid voor directe schade is beperkt tot de bedongen prijs althans het totaal van de vergoedingen bedongen voor één jaar, en als sprake is van meer gebeurtenissen of als de eerste trap niet houdt, tot € 500.000. Ook Gardeniers, Van Schelven en Stouthamer zijn van mening dat de tweetrapsraket – zij noemen het een 'dakpansgewijze bescherming' – zo functioneert.²⁸

De leverancier zou zich ook nog op het standpunt kunnen stellen dat de cliënt directe schade niet buitencontractueel op hem kan

24 A.S. Hartkamp, Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel III. De verbintenis uit de wet, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2002, nr. 9 en de daar opgenomen jurisprudentie.

25 I.P. Michiels van Kessenich-Hoogendam, Beroepsfouten, studiepockets privaatrecht nr. 11, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 15.

26 C. Stuurman, Aansprakelijkheid en automatisering: de positie van de adviseur, Lelystad: Koninklijke Vermande 1986, p. 32.

27 Hof Den Haag 8 maart 1984, Computerrecht 1984/2, p. 29 (RBC/Brinkers), bekrachtigd door HR 11 april 1986, Computerrecht 1986/3, p. 174 en Geschillencommissie Automatisering 12 juni 1997, Computerrecht 2001/6, p. 315 (Breikant).

28 Gardeniers, Van Schelven & Stouthamer, FENIT-algemene voorwaarden, p. 66 (aantekening 5 bij art. 10) (zie noot 3) schrijven in hun commentaar op de FENIT-voorwaarden uit 1994, die (afgezien van het bedrag) dezelfde formulering bevatten als de FENIT-voorwaarden uit 2003: 'In geen geval zal de totale vergoeding voor directe schade echter meer bedragen dan (...)'. Dit mechanisme wordt overigens ook bevestigd door het gebruik in art. 10.1 en 10.2 van de woorden 'in geen geval' respectievelijk 'nimmer meer', terwijl in art. 10.3 wordt gesproken over 'uit welken hoofde dan ook'. Door deze verschillende formuleringen lijkt de FENIT een onderscheid aan te willen brengen tussen aan de ene kant een aansprakelijkheidsbeperking tot een bepaald bedrag ongeacht het aantal gebeurtenissen en voor het geval de eerste trap niet houdt (art. 10.1 en 10.2) en aan de andere kant een aansprakelijkheidsuitsluiting ongeacht de rechtsgrond waarop een eventuele aansprakelijkheid is gebaseerd (art. 10.3).

verhalen gezien de volgende, nieuwe toevoeging aan artikel 10.3: 'Aansprakelijkheid van leverancier voor (...) alle andere vormen van schade dan genoemd in artikel 10.1 en 10.2, uit welken hoofde dan ook, is uitgesloten.' Ook dit argument overtuigt mij echter niet. De cliënt probeert niet een andere vorm van schade dan de schade genoemd in artikel 10.1 op de leverancier te verhalen. Hij wil dat de leverancier een vorm van schade die is genoemd in artikel 10.1 (directe schade) vergoedt, zij het op een andere grondslag (buitencontractuele aansprakelijkheid) dan daar genoemd (contractuele aansprakelijkheid).

Hoe het ook zij, uit het bovenstaande blijkt dat kan worden getwist over de vraag of onder de nieuwe voorwaarden buitencontractuele aansprakelijkheid voor directe schade nu wel of niet voor vergoeding in aanmerking komt. Dit werkt niet in het voordeel van de leverancier. Hartkamp betoogt dat als niet duidelijk is of een exoneratie zowel op contractuele als op buitencontractuele aansprakelijkheid ziet, de exoneratie geacht moet worden uitsluitend betrekking te hebben op de contractuele aansprakelijkheid.²⁹

De cliënt doet er dus goed aan zowel voor het contractuele anker als voor het onrechtmatige daadsanker te gaan liggen. Wel moet hij zich daarbij bedenken dat bovengenoemde argumenten niet opgaan voorzover hij daarmee de uitsluiting voor indirecte schade in de zin van artikel 10.3 wil doorbreken. Hem wordt de pas afgesneden door de tussenzin 'uit welken hoofde dan ook', wat zoveel betekent als 'ongeacht de rechtsgrond'. Deze tussenzin ontbreekt echter in artikel 10.2, dat betrekking heeft op schade door dood of lichamelijk letsel of wegens materiële beschadiging van zaken. Als de cliënt de aansprakelijkheidsbeperking vervat in dat artikel wil doorbreken omdat sprake is van een onrechtmatige daad of een toerekenbare tekortkoming die tevens een onrechtmatige daad oplevert, kan hij in ieder geval nog proberen het *contra proferentem* argument van Hartkamp in stelling te brengen omdat artikel 10.2 niet bepaalt dat de beperking geldt 'ongeacht de rechtsgrond'.

Noemenswaardig is dat de schadevergoedingsvorderingen van de cliënt, anders dan onder de oude voorwaarden, vervallen door verloop van 24 maanden na het ontstaan van de vordering (art. 10.6). Het is voor de cliënt van belang te realiseren dat hij de termijn van 24 maanden niet kan stuiten omdat sprake is van een vervaltermijn.

Ook is het artikel herzien dat bepaalt in welke gevallen de exoneraties komen te vervallen. In de oude voorwaarden is dat zo voorzover de schade het gevolg is van opzet of grove schuld van de leverancier. In de nieuwe voorwaarden is het begrip 'leverancier' uitgebreid tot de 'leverancier of diens leidinggevend' (art. 7.6 en 10.4). In zoverre is die bepaling (meer) in lijn gebracht met de rechtspraak van de Hoge Raad die daarover sinds het in werking treden van de oude voorwaarden is geweest.³⁰ Overigens spreekt de Hoge Raad thans van 'bedrijfsleiding' en niet van 'leiding-

29 A.S. Hartkamp, Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel III. De verbintenis uit de wet, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2002, nr. 11 (zie noot 24) en HR 19 februari 1993, NJ 1994, 290 (Gemeente Groningen/erven Zuidema). Anders: H.B. Krans, Schadevergoeding bij wanprestatie (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1999, p. 63.

30 HR 5 september 1997, NJ 1997, 63 (Gerling/Hanno) en HR 12 december 1997, NJ 1998, 208 (Stein/Driessen).

geveden'. Het eerste criterium is beperkter dan het laatste. Iemand die leiding geeft aan een specifiek project hoeft niet tot de leiding van het bedrijf te behoren.³¹ In zoverre geeft de leverancier de cliënt hiermee meer mogelijkheden zijn exonerationen te doorbreken dan de ruimte die de leverancier de cliënt volgens de Hoge Raad op zijn minst moet geven. Iets soortgelijks geldt voor het begrip 'grove schuld'. De FENIT-voorwaarden blijven vasthouden aan het criterium 'grove schuld' (art. 7.6 en 10.4). Dat begrip is objectiever dan het begrip 'bewuste roekeloosheid' waarmee het huidige Burgerlijk Wetboek is doorspekt en dat inmiddels ook door de Hoge Raad in dit verband wordt gehanteerd.³² De cliënt zal er sneller in slagen te bewijzen dat sprake is van grove schuld dan dat hij kan bewijzen dat sprake is van (het subjectievere) bewuste roekeloosheid. Ook wat dat betreft krijgt de cliënt meer ruimte dan strikt noodzakelijk.

Verder zij vermeld dat de opsomming van schadeposten waarvoor leverancier *niet* aansprakelijk is, is uitgebreid (art. 10.3). De leverancier sluit nu ook aansprakelijkheid uit voor de resultaten van werkzaamheden die gedetacheerde medewerkers onder toezicht en leiding c.q. regie van de cliënt tot stand hebben gebracht (art. 20.5). Tot slot zij over de aansprakelijkheidsregeling opgemerkt dat hoewel de aansprakelijkheidslimieten voor directe schade (art. 10.1) en schade door dood of lichamelijk letsel (art. 10.2) iets zijn verhoogd (van f 1.000.000 naar € 500.000 respectievelijk van f 2.500.000 naar €1.250.000), de schadeposten waarvoor de leverancier (wel) aansprakelijk is, vrijwel ongewijzigd zijn gebleven. Nog steeds blijft de cliënt zitten met de hoogste schadeposten, met name gevolgschade, omdat die niet voor vergoeding in aanmerking komen, zelfs niet tot een bepaald bedrag.

12. Derdenbescherming

Nieuw is ook dat de leverancier de aansprakelijkheidsregeling (mede) bedingt ten behoeve van 'alle (rechts)personen waarvan leverancier zich ter uitvoering van de overeenkomst bedient.' (art. 10.8). De ondergeschikte van de leverancier die onder de oude voorwaarden door de cliënt wordt aangesproken met als doel aan de aansprakelijkheidsregeling van de leverancier te ontkomen, wordt al tegen deze 'paardensprong' beschermd door artikel 6:257 BW. Nu kunnen ook anderen dan ondergeschikten (bijvoorbeeld onderaannemers) van een soortgelijke (contractuele) blokkade genieten. Derden kunnen echter niet onder alle omstandigheden genieten van deze bescherming.

Stel, de derde stelt programmatuur of apparatuur via de leverancier aan de cliënt ter beschikking. De leverancier maakt vervol-

gens gebruik van de mogelijkheden die artikel 27.1 respectievelijk 31.1 hem bieden en verklaart de voorwaarden van die derde van toepassing in zijn relatie met de cliënt, met terzijdestelling van de FENIT-voorwaarden.³³ Consequentie is dat de voorwaarden van die derde zowel gelden in de relatie tussen de derde en de leverancier, als in de relatie tussen de leverancier en de cliënt. Tussen de derde en de cliënt gelden ze echter niet, omdat zij geen contractuele verhouding met elkaar hebben. Wat gebeurt er als de (paardenspringende) cliënt de derde aanspreekt uit hoofde van onrechtmatige daad? In dat geval kan de derde de aansprakelijkheidsregeling opgenomen in de FENIT-voorwaarden niet inroepen. De relatie tussen de leverancier en de cliënt wordt immers niet meer beheerst door de (terzijde gestelde) FENIT-voorwaarden, maar door de (daarvoor in de plaats gekomen) voorwaarden van de derde. De derde kan in beginsel³⁴ evenmin profiteren van de aansprakelijkheidsregeling die in zijn eigen voorwaarden is opgenomen. De derde heeft immers geen contractuele relatie met de cliënt op basis waarvan hij zijn voorwaarden aan de cliënt kan tegenwerpen. Gevolg van dit alles is dat de derde in de hiervoor geschetste situatie onbeperkt aansprakelijk is ten opzichte van de cliënt. Dat geldt ook voor de schadeveroorzakende ondergeschikte van de derde.³⁵ Hij zal er niet in slagen een beroep te doen op artikel 6:257 BW. Daarvoor is immers vereist dat hij een verweermiddel (in dit geval een aansprakelijkheidsbeperking) kan ontlenen aan de overeenkomst tussen zijn werkgever (de derde) en de gelaedeerde (de cliënt). Aangezien er geen aansprakelijkheidsbeperking geldt tussen de derde en de cliënt kan de ondergeschikte daarvan niet profiteren.

Het zou voor de derde (en diens ondergeschikten) beter zijn geweest als in de FENIT-voorwaarden zou zijn bepaald dat in het geval dat de voorwaarden van de derde van toepassing zijn in de relatie tussen de leverancier en de cliënt, de aansprakelijkheidsregeling in die voorwaarden van de derde ook geldt ten gunste van deze derde. Zonder een zodanige Himalaya-clausule zal de derde vaak in de kou blijven staan, temeer omdat de leverancier (en dus niet de derde zelf) het in de hand heeft de voorwaarden van de derde van toepassing te verklaren in zijn relatie met de cliënt en

33 Deze regeling is alleen opgenomen in de hoofdstukken 'gebruik en onderhoud van programmatuur' en 'verkoop van apparatuur'. Dat betekent dat de leverancier geen gebruik kan maken van deze regeling als derden via de leverancier andersoortige werkzaamheden (bijvoorbeeld diensten) bij de cliënt verrichten.

34 Behalve als de voorwaarden van die derde eveneens een soortgelijke regeling als art. 10.8 bevatten of als derdenwerking van exonerationen kan worden aangenomen op basis van de leer die daarvoor in de jurisprudentie is ontwikkeld, zie (onder andere) HR 25 maart 1966, NJ 1966, 279 (Moffenkit), HR 7 maart 1969, NJ 1969, 249 (Gegaste uien), HR 12 januari 1979, NJ 1979, 362 (Securicor), HR 20 juni 1986, NJ 1987, 35 (Citronas) en HR 9 juni 1989, NJ 1990, 40 (Vojvodina/ECT).

35 In dat verband is begrijpelijk waarom Klaassen pleit voor een beperking van de eigen aansprakelijkheid van ondergeschikten door art. 6:170 BW uit te breiden met een nieuw lid, luidende: 'Een ondergeschikte die een fout begaat die in een dusdanig verband staat met zijn taak dat zijn werkgever hiervoor aansprakelijk is, is voor de door deze fout veroorzaakte schade zelf niet aansprakelijk, behoudens in geval van opzet of bewuste roekeloosheid.' Zie C.J.M. Klaassen, Schadeveroorzakend handelen in functie... diverse wegen leiden naar de werkgever. Enkele beschouwingen over de aansprakelijkheid van de werkgever en de ondergeschikte voor schade toegebracht of opgelopen in het kader van het werk, Serie Onderneming en Recht deel 20 (oratie Nijmegen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2000 en C.J.M. Klaassen, Persoonlijke aansprakelijkheid van werknemers: verandering gewenst?, in: C.J.M. Klaassen e.a., Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt, Serie Onderneming en Recht deel 25, Deventer: Kluwer 2003, p. 21 e.v.

31 Het begrip 'leidinggeveden' doet denken aan het oude criterium 'leidinggevend ondergeschikten' uit HR 20 februari 1976, NJ 1976, 486 (Van der Laan/Top of Pseudo-vogelpest). Dat criterium is ruimer dan het huidige criterium 'bedrijfsleiding', zo menen ook Brunner in zijn noot onder HR 31 december 1993, NJ 1993, 389 (Matatag/De Schelde of 'Serra') en J.W. Hoekzema, Kwalitatieve aansprakelijkheid voor ondergeschikten en aansprakelijkheid voor eigen onrechtmatige daad (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 192.

32 Art. 6:170 lid 3, 7:658 lid 2 en 7:661 lid 1 BW; HR 12 december 1997, NJ 1998, 208 (Stein/Driessen); en C.R. Christiaans, Exoneratie- en overmachtsclausules, in: B. Wessels (red.), Praktijkhandleiding algemene voorwaarden. Serie Praktijkhandleidingen, Deventer: Kluwer 2002, p. 97-98.

aldus (ongetwijfeld onbedoeld) de derde (en daarmee zijn ondergeschikten) bescherming tegen de paardensprong van de cliënt te ontnemen.

13. Geschillenbeslechting

De oude voorwaarden bepalen dat in geval van geschillen eerst een niet bindende adviesprocedure (mediation) moet worden gevolgd bij de Stichting Geschillenoplossing Automatisering (SGOA) te Den Haag, voordat men zich tot de bevoegde Nederlandse rechter kan wenden, behoudens kort geding. Aangezien de adviesprocedure niet bindend is, komt het voor dat een van de partijen niet mee wil werken aan de mediation of het (niet-bindend) advies naast zich neer legt en de andere partij zich alsnog tot de rechter moet wenden. Onder de nieuwe voorwaarden is arbitrage verplicht (art. 12.2) en mediation een optie (art. 12.3). Bovendien wordt in de nieuwe voorwaarden aan beide partijen het recht toegekend een voorziening in arbitraal kort geding te vragen en hangende een eventuele geschillenbeslechting conservatoire rechtsmaatregelen te treffen. Gezien de hogere deskundigheid, kortere doorlooptijd en lagere kosten van een SGOA arbitrage ten opzichte van een gerechtelijke procedure, is dit winst voor de leverancier én de cliënt.

14. Conclusie

De nieuwe FENIT-voorwaarden uit 2003 zijn nog 'leveranciersvriendelijker', om niet te zeggen 'cliëntonvriendelijker', dan de oude voorwaarden uit 1994. Oude bezwaren van de cliënt, zoals de *carte blanche* voor prijsverhogingen voor periodieke betalingsverplichtingen, de ontbinding die uitsluitend voor de toekomst werkt en de zeer beperkte mogelijkheden zijn schade vergoed te krijgen, blijven bestaan. Daaraan zijn nu (onder andere) toegevoegd: het inperken van de plicht van de leverancier tot het inwinnen van informatie, het uitsluiten van de rechten van de cliënt op verrekening en opschorting, het uitbreiden van de retentie- en opschortingsrechten van de leverancier, de uitgebreidere verplichting voor de cliënt de leverancier te vrijwaren ingeval van aanspraken betreffende inbreuken op privacy, de verzwaarde bewijslast betreffende fouten (ze moeten nu 'substantieel' zijn), de lagere conformiteitseis (de programmatuur moet zo veel mogelijk 'in overeenstemming zijn met de specificaties'), de vervaltermijn voor schadevergoedingsvorderingen (24 maanden) alsmede het van rechtswege vervallen van zijn licenties bij faillissement.

Verbeteringen voor de cliënt zijn: het schrappen van het recht prijzen en tarieven te verhogen voorzover zij prestaties betreffen die drie maanden nadien worden uitgevoerd, de regeling voor de gevolgen van (vermeende) inbreuk van programmatuur en apparatuur op de intellectuele eigendomsrechten van derden (waar de continuïteit van zijn voortgezet gebruik voorop staat), het vervallen van de vrijwaring voor aanspraken wegens schending van exportbeperkingen, de (mogelijk) ruimere mogelijkheden directe schade buitencontractueel op de leverancier te verhalen alsmede de verplichting van de leverancier bij automatische verwerking

van persoonsgegevens zorg te dragen voor passende technische en organisatorische maatregelen om (persoons)gegevens te beveiligen tegen verlies of onrechtmatige verwerking.

De nieuwe verworvenheden en nieuwe bezwaren (voor de cliënt) tegen elkaar afwegend, concludeer ik dat de winst voor de cliënt niet opweegt tegen de rechten die hij heeft verloren. In zoverre is de door Kuus gesignaleerde trend dat elke nieuwe versie van de FENIT-voorwaarden voor de cliënt gunstiger is dan de vorige, doorbroken.³⁶

Tycho de Graaf, advocaat bij NautaDutilh Amsterdam en onderzoeker Universiteit Leiden. Hij dankt Margreet Blaisse voor haar commentaar op eerdere versies van deze bijdrage

³⁶ Kuus, De algemene voorwaarden van de FENIT: COSSO in een nieuwe jas, p. 102 (zie noot 3).