



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Belangrijkste wijzigingen in de nieuwe FENIT-voorwaarden

Graaf, T.J. de

Citation

Graaf, T. J. de. (2003). Belangrijkste wijzigingen in de nieuwe FENIT-voorwaarden. *Contracteren*, 112-113. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/47269>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/47269>

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

Belangrijkste wijzigingen in de nieuwe FENIT-voorwaarden

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. Deze brancheorganisatie stelt algemene voorwaarden op die haar leden van toepassing kunnen verklaren in hun contracten met cliënten. Op 3 juni 2003 heeft de FENIT een herziene versie van haar voorwaarden gedeponereerd (Rb Den Haag, nummer 60/2003). Vooruitlopend op een uitgebreid commentaar op deze voorwaarden in de volgende uitgave van dit tijdschrift benoem ik hierna kort de belangrijkste wijzigingen vanuit het oogpunt van de cliënt.

De cliënt garandeert dat de door of namens hem aan de leverancier opgegeven informatie waarop de leverancier zijn aanbieding baseert, juist en volledig is (art. 1.2). Daarmee wordt de onderzoeksplicht van de leverancier ingeperkt. In de oude voorwaarden is een soortgelijke garantie opgenomen, maar die ziet uitsluitend op de overeenkomst voor ontwikkeling van programmatuur (art. 22.1 en 22.2). De garantie in de nieuwe voorwaarden ziet op alle verhoudingen tussen de leverancier en de cliënt. De onderzoeksplicht van de leverancier wordt verder ingeperkt doordat hij er niet voor in staat dat de geleverde apparatuur geschikt is voor het beoogde gebruik (art. 28.1).

Bij prijsaanpassingen (lees: prijsverhogingen) geldt nu dat de leverancier zijn periodieke prijzen alleen mag aanpassen na een schriftelijke kennisgeving ten minste drie maanden voorafgaand aan de prijsaanpassing (art. 2.2). De cliënt mag de overeenkomst binnen dertig dagen (was zeven dagen (art. 2.4)) na deze kennisgeving beëindigen tegen de datum waarop de aanpassing in werking zou treden. Praktisch gezien zal de cliënt niet kunnen beëindigen als zijn bedrijfsvoering, zoals zo vaak, afhankelijk is van hetgeen waarvan de prijzen worden verhoogd. De oude voorwaarden geven de leverancier het recht de overeengekomen prijzen voor nog niet geleverde prestaties te verhogen, voorzover het gaat om prestaties die drie maanden nadien worden geleverd (art. 2.3). Dat artikel is geschrapt.

In de nieuwe voorwaarden zijn de cliënt de machtsmiddelen van verrekening en opschorting ontnomen (art. 2.3). Anders dan onder de oude voorwaarden mag de cliënt dus, bijvoorbeeld, niet onderhoudsvergoedingen verrekenen met boetes die de leverancier verschuldigd is wegens het niet halen van service levels. Ook kan de cliënt de leverancier niet meer de 'worst' voorhouden dat hij zijn facturen betaalt zodra problemen zijn opgelost.

De cliënt is verplicht de leverancier te vrijwaren voor aanspraken van personen wiens persoonsgegevens worden verwerkt in een persoonsregistratie (lees: bestand in de zin van de Wet bescherming persoonsgegevens) waarvoor de cliënt verantwoordelijk is. Hierop geldt een uitzondering indien de cliënt bewijst dat de feiten die aan de aanspraak ten grondslag liggen uitsluitend aan de leverancier toerekenbaar zijn (art. 3.3). Nieuw is verder dat de leverancier van computerservice zich verplicht 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).

Als de (wederverkopende) cliënt uit zaken die door de leverancier zijn geleverd een nieuwe zaak vormt, doet de cliënt dat volgens de nieuwe voorwaarden voor de leverancier en houdt hij deze voor de leverancier totdat hij alle aan de leverancier verschuldigde bedragen heeft voldaan (bescherming tegen zaaksvorming) (art. 4.1). Ook mag de leverancier volgens de nieuwe voorwaarden vermogensrechten, gegevens, documenten, databestanden en (tussen)resultaten van de dienstverlening die in het kader van de overeenkomst zijn ontvangen of gegenereerd onder zich houden, ook al is hij tot afgifte verplicht, totdat de cliënt *alle* aan de leverancier verschuldigde bedragen heeft betaald (art. 4.3). Dit opschortingsrecht kan dus, anders dan het wettelijk opschortingsrecht, worden ingeroepen ongeacht of sprake is van enige connexiteit.

De definitie van fouten is aangescherpt (art. 6.6). Fouten worden nu alleen nog maar als fouten aangemerkt als ze reproduceerbaar zijn en als sprake is van *substantieel* niet voldoen aan de door de leverancier schriftelijk kenbaar gemaakte functionele of technische specificaties en, in geval van maatwerk en websites, aan tussen partijen *schriftelijk* uitdrukkelijk overeengekomen functionele of technische specificaties. De bewijslast van de cliënt is daarmee aanzienlijk verzwakt. De aanscherping van de definitie van fouten is van belang voor fouterstel door de cliënt (art. 6.6), de acceptatietest bij het ontwikkelen van programmatuur (art. 22.5) en het onderhoud van programmatuur (art. 26.1).

Volgens de nieuwe vrijwaringsregeling wegens (vermeende) inbreuk op intellectuele eigendomsrechten van derden moet de leverancier zo veel mogelijk ervoor zorgen dat de cliënt het geleverde (of daarmee functioneel gelijkwaardige) kan blijven gebruiken (art. 6.7). Pas als dit (naar het uitsluitende oordeel van de leverancier) niet kan of niet anders dan op voor de leverancier (financieel) onredelijk bezwarende wijze, mag hij terugnemen, maar alleen na overleg met de cliënt. Onder de oude voorwaarden heeft de leverancier nog de keus: ervoor 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). In de nieuwe voorwaarden staat de continuïteit van het gebruik dus voorop.

De beëindigingsregeling in geval van faillissement en surseance van betaling is nu wederzijds (art. 9.4) en werkt niet, zoals in de oude voorwaarden (art. 9.3), 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 mogelijk-erwijs opnieuw moet betalen.

De schadevergoedingsvorderingen van de cliënt vervallen, anders dan onder de oude voorwaarden, door verloop van 24 maanden na het ontstaan van de vordering (art. 10.6). Nieuw is ook dat de leverancier de beperking van aansprakelijkheid mede bedingt ten behoeve van ‘alle (rechts)personen waarvan leverancier zich ter uitvoering van de overeenkomst bedient’ (art. 10.8).

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 één van de partijen niet mee wil werken aan de mediation of het niet-bindend advies naast zich neerlegt en de andere partij zich alsnog tot de rechter moet wenden. Onder de nieuwe voorwaarden zal dit niet meer voorkomen. Arbitrage is verplicht (art. 12.2) en mediation een optie (art. 12.3).

*Mr. T.J. de Graaf, advocaat bij NautaDutilh
Amsterdam en onderzoeker aan de Universiteit Leiden*

AANBESTEDING

Europese Commissie/Gemeente Assen: verplichte aanbesteding onder de drempelwaarde?

Op 4 april 2003 deed de Hoge Raad een uitspraak die veel aanbestedingsrechtelijk stof deed opwaaien.¹ De strekking van de desbetreffende uitspraak is dat een aanbestedende dienst – bestuursorgaan of niet – die ervoor kiest een opdracht in concurrentie te gunnen in een op een aanbesteding gelijkende procedure, die procedure in overeenstemming met de algemene beginselen van aanbestedingsrecht dient in te richten. Het belang van het arrest is erin gelegen dat voornoemd vereiste volgens de Hoge Raad in het kader van de precontractuele goede trouw ook geldt voor opdrachten die in waarde onder de in de richtlijnen genoemde

drempelwaarden blijven, of anderszins buiten de werking van de richtlijn vallen. Dat oordeel gaat ver. Immers, de Hoge Raad neemt bij de aanbesteding van een opdracht de toepasselijkheid aan van normen die ten grondslag liggen aan de richtlijnen, terwijl diezelfde richtlijnen de desbetreffende opdracht nu juist bewust buiten hun eigen toepassingsbereik hadden geplaatst.

De Europese Commissie gaat deze uitspraak echter nog niet ver genoeg. De Commissie heeft recent een met redenen omkleed advies gezonden aan de Staat der Nederlanden betreffende de onderhandse gunning van een opdracht tot de levering van huisvuilcontainers door de gemeente Assen. Een dergelijk ‘met redenen omkleed advies’ vormt de tweede fase van de inbreukprocedure van artikel 226 van het EG-Verdrag. Conform die procedure kan de Commissie optreden tegen het niet, niet tijdig of niet juist implementeren van EG-richtlijnen door lidstaten van de Europese Unie. Indien de Staat der Nederlanden op genoemd advies geen bevredigend antwoord heeft, kan de Commissie Nederland voor het Europese Hof van Justitie dagen.

De situatie in Assen was als volgt. De gemeente wenste een aantal huisvuilcontainers te betrekken voor het ophalen en verwerken van huisvuil. De omvang van de benodigde levering was klaarblijkelijk beperkt: de waarde ervan bleef onder de in de Richtlijn Leveringen gestelde drempel. De gemeente gunde de opdracht dan ook onderhands aan een leverancier van haar keuze, zonder ook andere leveranciers uit te nodigen tot het indienen van een offerte. Zij meende daartoe gerechtigd te zijn. De Richtlijn Leveringen was immers niet van toepassing op het onderhavige contract.

De Commissie stelde echter in haar met redenen omkleed advies dat het feit, dat deze contracten rechtstreeks aan een leverancier waren gegund zonder dat een voorafgaande aanbesteding had plaatsgevonden, een schending vormt van het algemeen beginsel van gelijke behandeling. Dat beginsel vloeit op haar beurt voort uit het beginsel van niet-discriminatie op grond van nationaliteit als neergelegd in het EG-Verdrag. Op grond van die beginselen had de Gemeente moeten zorgen voor enige publiciteit betreffende de opdracht, om zo verschillende bedrijven in staat te stellen een offerte in te dienen. Het contract zou daarna gegund moeten worden aan de leverancier met de gunstigste offerte ‘...om op die manier te garanderen dat het overheidsgeld goed zou worden besteed’, aldus de Commissie. Dat de geraamde waarde van de opdracht beneden de in de toepasselijke Richtlijn Leveringen gestelde drempel lag, doet daarbij volgens de Commissie niet terzake. Anders dan de Hoge Raad in voornoemde uitspraak heeft geoordeeld, heeft dus niet het gunnen van een opdracht in concurrentie door een aanbestedende dienst de toepasselijkheid van beginselen van aanbestedingsrecht als gevolg, maar brengt, andersom, de toepasselijkheid van die beginselen de plicht met zich tot het oproepen van concurrentie bij de plaatsing van een opdracht door een aanbestedende dienst.

2 De Commissie heeft Ierland, Italië en Duitsland voor het Europese Hof van Justitie gedaagd, respectievelijk in verband met de uitbreiding van een contract met de Ierse post voor de betalingen van sociale uitkeringen buiten mededinging, de aankoop van helikopters door het Italiaanse Staatsbosbeheer buiten mededinging en het niet-naleven van Europese voorschriften bij de gunning van een contract voor afvalverwijdering in het Duitse district Friesland. Naast Nederland heeft de Commissie ook Griekenland en Zweden formeel verzocht hun bestaande praktijk te veranderen waar die inhield dat overheidsopdrachten werden gegund op een wijze die, volgens de Commissie, strijdig is met het EU-Verdrag of de richtlijnen inzake overheidsopdrachten.

1 Zie hierover ook H.C. Leemreize, ‘Toepasselijkheid van de algemene beginselen van aanbestedingsrecht buiten de werkingssfeer van de Richtlijnen. Een bespreking van HR 4 april 2003’, *Contracteren* 2003/3, p. 78.