

EISEN AAN IT-CONTRACTEN

Polo van der Putt en Eva de Vries

Gepubliceerd in het tijdschrift Informatie, augustus 2010

Checklist voor een goed IT-contract

IT-projecten zijn weerbarstig en IT-contracten ook. Het is algemeen bekend dat IT-projecten vaak langer duren en meer kosten dan was voorzien. Daarnaast brengt IT dikwijls functioneel minder dan was gehoopt. Werken met IT is daardoor een riskante bezigheid. Gezien de vaak kritische functie van IT binnen een onderneming is voorzichtigheid dus geboden. Een goed contract is onontbeerlijk.

In dit artikel beschrijven wij de eisen die aan een IT-contract worden gesteld. Om te beginnen nemen we specifieke aspecten van IT-projecten nader onder de loep. Vervolgens beschrijven we waar een goed contract aan moet voldoen.

Eigenschappen van IT-projecten

IT-projecten hebben vaak een grotere kans om een kostbare mislukking te worden dan andere inkoopprojecten. Enkele van de achterliggende factoren worden hieronder verkend.

Specificaties moeilijk vast te leggen

De problemen met IT-projecten beginnen vaak al bij de specificaties: 'the devil is in the details'. Het in detail uitwerken van de eisen aan een IT-project is tijdrovend en kostbaar. Vaak worden IT-contracten daarom getekend zonder dat de specificaties in detail zijn uitgewerkt. Dat is gevaarlijk. Al snel zal meningsverschil kunnen ontstaan over de omvang en kwaliteit van het werk, de levertijd en de prijs. Er bestaat geen wetboek van IT-contracten. Partijen moeten het dus zelf regelen. Zonder contract val je terug op de algemene beginselen van de wet. De wet is echter nog steeds gebaseerd op eeuwenoude beginselen, uit de tijd dat dienstverlening een bescheiden rol speelde en handel bestond uit eenmalige kooptransacties. Voor IT-projecten laat de wet grote gaten vallen. Rechters leggen dan ook het primaat bij de contracttekst; de wet biedt ze weinig concrete houvast. Het is dus zaak veel zorg te besteden aan het contract en de bijlagen. Het opstellen van een goede service level agreement (SLA) kan zomaar drie maanden vergen. Tijdig beginnen aan de bijlagen is dus het motto. Slechts bij hoge uitzondering zouden partijen genoeg moeten nemen met een contract op hoofdlijnen. In dat geval zal duidelijk moeten worden afgesproken hoe en op welke termijn de nadere details zullen worden uitgewerkt.

Scope creep en veranderende wensen

Maar zelfs met goede specificaties alleen ben je er niet. De meeste specificatiegeschillen ontstaan in de uitvoeringsfase. Een IT-project is veranderlijk. De klant krijgt al kleine stukjes

oplossing opgeleverd, vraagt om additionele functionaliteit en de leverancier is maar al te graag bereid die te leveren. Met name technische mensen slaan op hol door het geloof dat technisch alles mogelijk is. Wat begint als een duidelijk afgebakend project, verandert dan in een bord spaghetti, de zogenaamde *scope creep*.

Een bindende afspraak voor een wijziging van de scope is snel gemaakt. Volgens de wet komt een bindende overeenkomst namelijk eenvoudig tot stand. Door ja te zeggen of akkoord te geven in een e-mail kan al een bindende afspraak ontstaan. Het is zaak scope creep tegen te gaan door strenge regieafspraken te maken. Bepaal duidelijk hoe meerwerkopdrachten tot stand komen. Een contract moet echter niet te rigide zijn. Tijdens een project kunnen zich nieuwe ontwikkelingen voordoen waarbij moet worden aangesloten. Zo kunnen nieuwe technieken marktstandaard worden of kunnen nieuwe vormen van dienstverlening ontstaan. Ook kan het zijn dat de strategie van de klant verandert en die opeens andere eisen aan de IT-omgeving stelt. Een IT-contract moet het derhalve mogelijk maken dat op nieuwe ontwikkelingen wordt ingespeeld tegen redelijke voorwaarden. Tegelijkertijd moet worden voorkomen dat een project uitmondt in een stuurlaars monster. Zorg daarom dat de oorspronkelijke doelstellingen niet lichtvaardig worden verlaten. Een eenduidige IT-architectuur kan daarbij een nuttige rol spelen. Een degelijke changeprocedure is ook een must.

Ongelijkheid expertise

Een ander probleem bij IT-projecten is de ongelijkheid in expertise tussen klant en leverancier. Soms wil de klant achter het stuurwiel zitten, ook waar hij een enorme expertiseachterstand heeft op de leverancier. Klanten huren wel vaak expertise in, maar doen er goed aan onder ogen te zien dat zij niet alles zullen doorzien. Zo is het meestal niet verstandig om als klant projectverantwoordelijkheid te nemen. Volgens de jurisprudentie dient een projectleider proactief op te treden en de andere partij te waarschuwen voor het nemen van verkeerde beslissingen. Dat is nu net wat je als klant bij de leverancier zou moeten laten. Voor een klant is doorgaans de geleverde functionaliteit het belangrijkste. Hoe de leverancier die functionaliteit regelt, is van minder belang. Een klant, die toch al minder IT-expertise heeft, kan dus beter blijven sturen op functionaliteit dan op techniek en geen (mede)projectverantwoordelijkheid nemen voor de uitvoering.

IT cruciaal voor bedrijfsvoering

Met IT-contracten zijn voor een klant vaak grotere risico's gemoeid dan met andere inkoopcontracten. Anders dan bij andere productiemiddelen is IT vaak kritisch voor de bedrijfsvoering en niet eenvoudig te vervangen. Dat betekent dat fouten in de IT tot enorme schade kunnen leiden. De wet neemt als uitgangspunt dat degene die schade veroorzaakt, aansprakelijk is voor geleden verlies en gederfde winst van de andere partij. De hoogte van de schade is wettelijk niet gelimiteerd. Professionele partijen kunnen daar echter contractueel van afwijken en dat gebeurt in de regel dan ook. Immers, in beginsel draagt iedere onderneming het risico voor de continuïteit van de eigen bedrijfsvoering. Alleen een ondernemer zelf kan een inschatting maken van de gevolgen van verstoringen van zijn onderneming. Het ligt op het pad van de ondernemer om deze risico's beheersbaar te maken, bijvoorbeeld door aansprakelijkheid jegens klanten te beperken en fallbackscenario's klaar te hebben. Voor IT-dienstverleners zal het niet mogelijk zijn alle risico's te doorgronden, laat staan dat de IT-dienstverlener daar invloed op kan uitoefenen. Een beperking van aansprakelijkheid is dan ook gebruikelijk (zie verderop in de 2(7)

checklist onder 'Sanctiemodel'). Vanwege de grote risico's vergen de aansprakelijkheidsregeling en de fallbackscenario's in IT-contracten meer aandacht dan bij doorsnee inkoopcontracten.

Geen wettelijke basis voor software en data

Software en gegevens kunnen een kapitaal waard zijn. Als klant wil je dat kapitaal graag zoveel mogelijk veiligstellen. Het meest omvattende recht dat de wet kent is eigendom. Als klant zou je dus graag het eigendom van software en gegevens hebben. Software, gegevens en instellingen zijn echter fenomenen waar de grondleggers van ons wettelijk systeem eeuwen terug geen rekening mee hebben gehouden. De wet definieert eigendom als het meest omvattende recht op een 'zaak'. De gangbare leer is echter dat software en gegevens geen 'zaak' zijn. Je kunt er dus geen eigenaar van zijn. De IT-praktijk moet zich dan ook behelpen met de wet. Wel kan software (maar gegevens en parameters al weer moeilijker) onderwerp zijn van intellectueel eigendom als het auteursrecht. Er wordt veel gewerkt met licenties. Licenties zijn echter niet meer dan persoonlijke afspraken, waar derden zich in beginsel niets van hoeven aan te trekken. De enorme investeringen, de afhankelijkheid voor de bedrijfsvoering, het is grotendeels gebaseerd op persoonlijke afspraken die wel eens niets waard kunnen blijken bij wanprestatie, faillissement of overname. IT-contracten moeten die gevaren indammen, bijvoorbeeld door een goede escrowregeling te treffen.

IT-geschillen kennen doorgaans geen winnaar

Doordat IT-projecten vaak over het budget en de deadline heen gaan en functionaliteit vaak niet volledig aan de wensen voldoet, ontstaan er bijna altijd geschillen. Het is dus zaak om in IT-contracten een goede governancestructuur en escalatiemogelijkheid op te nemen. Partijen doen er goed aan de gang naar de rechter te voorkomen. Gerechtelijke procedures verharderen de verhoudingen en kosten veel geld. Bovendien kan het enkele jaren duren voor er een einduitspraak is. Het bevochten IT-systeem is dan vaak al achterhaald en weer aan vervanging toe. Voor een kort geding, waarbij binnen een aantal weken een uitspraak kan worden verkregen, lenen IT-geschillen zich zelden, vanwege de technische en feitelijke complexiteit. De gang naar de rechter is dus een laatste vangnet. Dat vangnet moet vooraf echter wel goed worden doordacht. Partijen zullen net name moeten afspreken welk recht van toepassing is. Ook moeten zij afspreken welke rechter of arbiter bevoegd is. Doorgaans wordt het recht van het land waar de klant is gevestigd van toepassing verklaard. Bij het kiezen van de bevoegde rechter speelt het probleem met handhaving. Probeer maar eens een Amerikaans vonnis in Nederland of België ten uitvoer te leggen. Dat kan niet zomaar, Amerikaanse vonnissen hebben hier geen rechtskracht. En vice versa. Om van China nog maar niet te spreken. Arbitrage kan soms een waardevol alternatief zijn. Anders dan rechterlijke uitspraken zijn arbitrale uitspraken namelijk eenvoudiger af te dwingen in het buitenland.

Inhoud van IT-contract

Gelaagde structuur

Een IT-contract is doorgaans opgebouwd uit een juridisch document en een groot aantal bijlagen. Dat maakt het contract overzichtelijk en beheersbaar. Het juridische document dient als kapstok en bevat de afspraken die in beginsel niet gewijzigd hoeven te worden, zoals de afspraken over duur en beëindiging, aansprakelijkheid en intellectueel eigendom. De onderliggende documenten

beschrijven de details, zoals de inhoud van de dienstverlening, de service levels, de financiële afspraken, de acceptatieprocedure en de changeprocedure. Waar het juridische document vaak alleen door directieleden kan worden gewijzigd, kunnen bijlagen op lager niveau worden aangepast. Het is dan niet steeds nodig alle afspraken op de onderhandeltafel te leggen en het senior management erbij te betrekken. Daarmee creëer je flexibiliteit.

Checklist

Hier volgt een overzicht van een aantal belangrijke onderwerpen die in de meeste IT-contracten niet mogen ontbreken. Dit overzicht is zeker niet uitputtend, veel dienstverleningscontracten bevatten bijvoorbeeld bepalingen inzake persoonsgegevens.

- **Scope**

Het is belangrijk de scope helder en eenduidig te formuleren. Dit betekent dat de scope zorgvuldig moet worden afgebakend en raakvlakken en afhankelijkheden moeten worden beschreven. De scope hoeft niet alleen te bestaan uit een beschrijving van de diensten, maar kan ook de achterliggende doelstellingen bevatten. Wanneer de scope nog niet duidelijk is, wat ongewenst is, dient in ieder geval zo nauwkeurig mogelijk te worden overeengekomen hoe de definitieve scope zal worden bepaald.

- **Serviceniveau**

Als de scope duidelijk is, kan worden bepaald op welk niveau de leverancier moet leveren. Het niveau kan specifiek of algemeen worden overeengekomen. De kern van de dienstverlening wordt bij voorkeur specifiek en gedetailleerd neergelegd, bijvoorbeeld in een SLA. Hierin staan de exacte serviceniveaus van bepaalde diensten. Algemene verplichtingen worden doorgaans opgenomen in de overeenkomst zelf. Het is bijvoorbeeld gebruikelijk te bepalen dat de opleverdata moeten worden nagekomen, of dat voldoende personeel en voldoende ervaren en gekwalificeerd personeel wordt ingezet. Ook wordt vaak bepaald dat de dienstverlening moet voldoen aan bepaalde algemeen aanvaarde normen (ISO) en aan de wet.

- **Verplichtingen van de klant**

Van de klant kan worden verwacht dat hij meewerkt aan redelijke verzoeken van de leverancier. Een redelijk verzoek kan zijn om toegang te verschaffen tot bepaalde plaatsen of technische hulpmiddelen, materialen of personeel ter beschikking te stellen.

- **Levering en acceptatie**

Een contract moet duidelijk omschrijven wat op welk moment moet worden geleverd. Als software wordt ontwikkeld, moeten bijvoorbeeld ook afspraken worden gemaakt over installatie en implementatie. Bij aflevering is het belangrijk dat de klant in staat wordt gesteld te testen of het geleverde voldoet aan de overeengekomen specificaties. Doorgaans richt acceptatie zich op de te leveren functionaliteit en niet op de achterliggende technische oplossing. Wanneer een acceptatietest wordt overeengekomen, moeten partijen duidelijke afspraken maken, bijvoorbeeld over wanneer de test wordt uitgevoerd, door wie de test wordt opgesteld en hoe acceptatie tot stand komt. Ook moet vooraf worden bepaald wat er gebeurt als de klant het product niet accepteert.

- Licenties en rechten van intellectuele eigendom

Leverancier en klant moeten overeenkomen bij wie de rechten van intellectuele eigendom liggen. De discussie zal zich toespitsen op de vraag of de software bedoeld is voor generieke toepassing of specifiek op maat is gemaakt voor de klant. Als het gaat om maatwerk, is het niet onredelijk dat de rechten van intellectuele eigendom bij de klant komen te liggen. Als de rechten op de software niet bij de klant berusten, zal een licentie moeten worden overeengekomen. Dit gebruiksrecht kan bijvoorbeeld worden beperkt naar een aantal gebruikers, computers, dochtermaatschappijen of landen waar de klant actief is. Een alternatief is Software as a Service (SaaS). De klant krijgt dan geen licentie op software, maar een abonnement op functionaliteit (service). Ook daarbij kunnen allerlei randvoorwaarden worden afgesproken.

In veel gevallen bestaat software mede uit software van derden. Dat kan ook open-source software zijn. Een klant zal soms de voorkeur geven aan een rechtenvrij product, waarbij hij geen aanspraken van derden hoeft te vrezen. De praktijk is grilliger. Derden zijn niet altijd bereid de rechten van intellectuele eigendom over te dragen. Daarnaast zullen deze derden ook vaak specifieke voorwaarden hanteren. Een leverancier zal deze voorwaarden een op een doorzetten naar de klant. Om aanspraken van derden te voorkomen kan een vrijwaringsclausule worden opgenomen. Hierin vrijwaart de leverancier de klant voor aanspraken van derden ter zake van inbreuk op intellectuele eigendomsrechten.

- Prijzen en betaling

Prijzen kunnen vast zijn of flexibel. Flexibele prijzen kunnen zijn gebaseerd op de door de leverancier gebruikte resources of op het gebruik door de klant. Prijzen gebaseerd op het gebruik door de klant ('pay per use') worden steeds gangbaarder bij commodity's, zoals opslagcapaciteit of werkplekautomatisering. De meeste SaaS-toepassingen zijn gebaseerd op pay per use. Bij IT-projecten is het door de omvang en complexiteit echter niet altijd even goed mogelijk om vooraf een vaste prijs overeen te komen. Er wordt dan ook vaak gefactureerd op basis van de gebruikte resources (vaak aangeduid met nacalculatie). Het is dan verstandig maximumbudgetten vast te stellen om verrassingen te voorkomen. Het is ook belangrijk om op te nemen wat meerwerk kost en wie dit betaalt.

Bij langlopende projecten wordt vaak een indexatieregeling in het contract opgenomen. Zo kunnen partijen overeenkomen dat prijzen steeds per januari mogen worden gewijzigd, bijvoorbeeld vanaf het derde contractjaar, en dat prijswijzigingen in overeenstemming moeten zijn met de CBS-index cao-lonen zakelijke dienstverlening of een andere index.

Bij internationale contracten hebben partijen daarnaast te maken met wisselkoersen en valutarisico's. Vaak wordt ervoor gekozen de huisvaluta van de klant te hanteren. Bij lokale dienstverlening wordt vaak in de lokale valuta gefactureerd. De leverancier draagt dan de valutarisico's. De eventuele voordelen die een leverancier uit valutaschommelingen kan halen, worden vaak deels gecorrigeerd door marktconformiteitseisen.

- Sanctiemodel

Het sanctiemodel vormt vaak het lastigste onderdeel van de onderhandelingen. Het gaat verder dan alleen de aansprakelijkheid voor schade; vaak wordt ook een boeteregeling overeengekomen, alsmede een specifieke beëindigingsregeling voor verschillende typen wanprestatie.

Boeteregelingen kunnen zeer efficiënt zijn. Het voordeel van een boeteregeling is het automatisme. Als een bepaald niveau niet wordt gehaald, leidt dat tot een vooraf vastgestelde boete. Het nadeel is dat er vaak geen verband is tussen de boete en de omvang van de werkelijke schade. Dat maakt dat een boeteregeling altijd wat willekeurig houdt.

Aansprakelijkheidsregelingen zoeken wel aansluiting bij de daadwerkelijke schade, maar zijn veel bewerklijker. Een fout in een IT-project kan enorme schade tot gevolg hebben. Omdat de wet uitgaat van onbeperkte aansprakelijkheid, zullen leveranciers hun aansprakelijkheid willen beperken. In de praktijk wordt gewerkt met een onderscheid tussen directe schade en gevolgschade. Dit zijn geen termen die terugkomen in de wet, maar die gevormd zijn in de contractuele praktijk. In veel gevallen wordt de schade beperkt tot directe schade als gevolg van een toerekenbare tekortkoming. Hieronder kunnen de kosten vallen die in direct verband staan met de tekortkoming, maar ook de kosten die redelijk zijn om gevolgschade te voorkomen of om de schade vast te stellen. Het is aan partijen om afspraken te maken over wat directe schade inhoudt. De hoogte van de schade kan worden gemaximeerd. Gebruikelijk ligt een cap tussen 500.000 en 1.000.000 euro per gebeurtenis. Bij grote projecten wordt wel een verdergaande limiet overeengekomen. Aansprakelijkheid voor gevolgschade wordt vrijwel altijd uitgesloten. Onder gevolgschade wordt doorgaans verstaan gederfde winst en schade door bedrijfsstagnatie. Aansprakelijkheidstellingen leiden bijna altijd tot felle discussies. Partijen zullen elkaar verwijten maken en de standpunten van de andere partij betwisten. De verhoudingen komen op scherp te staan en als partijen geen overeenstemming bereiken, zal de rechter moeten vaststellen of er inderdaad sprake is van een terechte aansprakelijkheidstelling en wat de hoogte van de schade is. Dit maakt dat een aansprakelijkheidsregeling vaak minder geschikt is om de leverancier bij te sturen. Voor ontbinden geldt hetzelfde. Ook daar zal bij een meningsverschil de rechter de knoop moeten doorhakken. Vandaar dat het verstandig is om in het contract meer te focussen op het voorkomen van wanprestatie. Een boeteregeling kan daarbij helpen, maar ook incentives (bonusregeling) en een 'early warning system', dat waarschuwt bij dreigend falen. Zo kan het continue wisselen van projectleiders of het herhaaldelijk niet halen van deadlines voor het opleveren van offertes een indicatie zijn dat er iets grondigs mis is met het project.

- Duur en beëindiging

Contracten kunnen voor onbepaalde of bepaalde tijd worden aangegaan. Contracten die voor een vaste periode zijn aangegaan, kunnen in beginsel niet tussentijds worden opgezegd (ontbinden bij wanprestatie is uiteraard wel mogelijk). In een uitzonderlijk geval heeft de Nederlandse Hoge Raad dat zelfs aangenomen voor een contract dat voor onbepaalde duur was aangegaan. Het is dus raadzaam een goede beëindigingsregeling op te nemen.

Een punt van aandacht is wat er na de beëindiging van de overeenkomst gebeurt en of de leverancier verplicht is mee te werken aan de overgang van de diensten aan de opvolgende leverancier.

- Wijzigingsbeheer

Nieuwe technologische ontwikkelingen, veranderingen in software, een gewijzigde kijk op de bedrijfsvoering, allemaal factoren die kunnen leiden tot wijzigingen. Een contract moet dan ook een change-managementprocedure bevatten. Die regelingen zijn vaak gebaseerd op het volgende stramien. Iedere partij kan een voorstel doen voor een wijziging. Na overleg zal de leverancier vervolgens een offerte opstellen en een uitgewerkt voorstel presenteren. De klant kan

dit voorstel goedkeuren of afkeuren of nader in overleg treden met de leverancier. Wanneer het uiteindelijke schriftelijk uitgewerkte voorstel binnen een bepaalde termijn wordt geaccepteerd, wordt de wijziging doorgevoerd en maakt deze deel uit van de overeenkomst.

- **Geheimhouding**

Bij veel IT-projecten zal de klant de leverancier vertrouwelijke informatie verschaffen. Partijen zullen in dat geval onderling moeten afspreken welke informatie vertrouwelijk is, bijvoorbeeld de gegevens die zijn voorzien van de aanduiding 'vertrouwelijk', alle gegevens over de klanten van de andere partij, de winstmarges, tariefstelling en marktpositie van de andere partij. Partijen spreken af hoe met vertrouwelijke informatie moet worden omgegaan. De klant kan aangeven hoe de informatie moet worden beheerd en beveiligd en of, en zo ja onder welke voorwaarden, de vertrouwelijke informatie beschikbaar mag worden gesteld aan derden.

- **Geschillenregeling**

Een goede escalatieregeling is een must. Een geschil kan worden voorgelegd aan de rechter of arbiter, of aan een mediator. Partijen kunnen vooraf bepalen welke rechter of arbiter bevoegd is om te beslissen over het geschil. Zij kunnen daarnaast vooraf afspreken welk recht van toepassing is op de overeenkomst. De gang naar de rechter of arbiter is echter vaak ongewenst. Een procedure is gericht op afrekening van het verleden. De verhouding tussen partijen zal dan verslechteren, het duurt lang, kost veel geld en leidt niet altijd tot een bevredigend resultaat. De laatste tijd komt mediation meer in zwang. Bij mediation gaat het niet zozeer om het juridisch gelijk, maar om het harmoniseren van wederzijdse belangen. Deze vorm van geschilbeslechting kan raadzaam zijn wanneer partijen in de toekomst nog met elkaar verder willen.

Conclusie

IT-projecten passen slecht in het wettelijk systeem, hebben karakteristieken die afwijken van gebruikelijke handelstransacties en kunnen kriskras door verschillende jurisdicties lopen. Meer nog dan bij andere transacties ligt de bal daarom bij contractpartijen om alle bijzonderheden zo goed mogelijk af te vangen in het contract. Een goed IT-contract onderkent de kenmerken van IT-projecten, maakt risico's beheersbaar, voorziet in goede procedures om projecten beheersbaar en toekomstvast te houden en is uiteindelijk gefocust op te leveren functionaliteit. Een goede geschillenregeling vormt het sluitstuk. Zomaar een contract uit de kast pakken, kan een bron voor problemen zijn.

Polo van der Putt

is advocaat bij Vondst Advocaten N.V. te Amsterdam, gespecialiseerd in Nederlands IT-recht. E-mail: polo.vanderputt@vondst-law.com.

Eva de Vries

is advocaat bij Vondst Advocaten N.V. te Amsterdam, gespecialiseerd in Nederlands IT-recht. E-mail: eva.devries@vondst-law.com.