LOUWERS
IP|TECHNOLOGY ADVOCATEN

Jaaroverzicht IT & IT Outsourcing 2020

Hieronder is een overzicht opgenomen met de belangrijkste juridische ontwikkelingen binnen dit rechtsgebied in het afgelopen jaar. Daarbij merken we op dat de aan IT verwante onderwerpen privacy en intellectuele eigendom slechts zijdelings zijn meegenomen.

ONTWIKKELINGEN EUROPEES NIVEAU

De Europese Commissie richt ook onder de nieuwe voorzitter Von der Leyen haar pijlen op de digitale eenwording van de Europese Unie.

Als hoekstenen van de 'European Digital Strategy' heeft de Europese Commissie op 15 december 2020 de voorstellen voor de Digital Services Act en de Digital Markets Act gepubliceerd. Doel van deze regelingen is kort gezegd het creëren van een veilige online omgeving voor burgers en tegelijkertijd een level playing field voor aanbieders van online diensten. De Digital Services Act betreft de herziening van regels voor online tussenpersonen en bevat onder meer bepalingen met betrekking tot de bestrijding van illegale content en notice-and-action procedures. De Digital Markets Act is nieuw en roept verregaande verplichtingen in het leven voor zogenaamde digitale poortwachters (grote online platforms met een stabiele positie en een aanzienlijke impact op de interne markt, die een 'gateway' zijn voor bedrijven om hun eindgebruikers te bereiken). Deze digitale poortwachters worden onder meer verplicht om een gelijk speelveld te creëren voor bedrijven die hun producten of diensten aanbieden via deze digitale poortwachters. De consultatieronde voor beide regelingen is afgerond, maar mede gezien de impact van de regelingen is de verwachting dat het wetgevingsproces nog lange tijd in beslag zal nemen.

De Europese Commissie beschouwt cybersecurity als een van de kernelementen van de digitale strategie. In december 2020 heeft de Europese Commissie de nieuwe cybersecurity strategie gepresenteerd. Het doel van deze strategie is dat Europa beter opgewassen is tegen cyberdreigingen en ervoor te zorgen dat alle burgers en bedrijven ten volle kunnen profiteren van betrouwbare digitale diensten en instrumenten.

In een resolutie over encryptie onderstreept de Raad van de Europese Unie zijn steun voor de ontwikkeling, implementatie en het gebruik van sterke versleuteling. De EU wil in discussie met de technologiesector, waarbij ook andere actoren en belanghebbenden worden betrokken om het juiste evenwicht te vinden tussen het verdere gebruik van krachtige versleutelingstechnologie en het vermogen van rechtshandhavingsinstanties en gerechtelijk apparaat om onder dezelfde voorwaarden te werken als in de offlinewereld.

Verder kunnen innovatieve initiatieven op financiële steun blijven rekenen. Voor een overzicht van de verdere digitale strategie verwijzen we naar deze overzichtspagina van de Europese Commissie.

Op het gebied van IT-outsourcing kunnen we melden dat er vanaf 1 januari 2021 richtsnoeren gelden voor verzekerings- en herverzekeringsondernemingen voor de uitbesteding aan aanbieders van clouddiensten. De richtsnoeren zijn uitgevaardigd door de Europese Toezichthouder voor bedrijfspensioenen en verzekeringen, een onafhankelijk orgaan dat advies geeft aan de Europese Commissie, het Europees Parlement en de Raad van Europa. Deze richtsnoeren zijn bedoeld om Ondernemingen te helpen met de toepassing van de uitbestedingsbepalingen van Richtlijn 2009/138/EG (Richtlijn Solvabiliteit II).

ONTWIKKELINGEN NATIONAAL NIVEAU

NLdigital – voorheen Nederland ICT – heeft op 26 maart 2020 de NLdigital Voorwaarden gepresenteerd. Het betreft een aanpassing van de Nederland ICT Voorwaarden (2014). Zo is er een veel uitgebreidere regeling opgenomen inzake beveiliging en verwerking van persoonsgegevens. Ook komt SaaS uitgebreider aan de orde en is aandacht besteed aan voorwaarden inzake agile implementatiemethodes. De Nederland ICT Voorwaarden blijven gewoon geldig. Overstappen is echter wel aan te raden met name vanwege de aanpassingen ten aanzien van de AVG en de beveiliging van programmatuur.

De Autoriteit Persoonsgegevens heeft de Data Pro Code van branchevereniging NLdigital voor verwerkers goedgekeurd. De gedragscode betreft een nadere uitwerking van de verplichtingen voor verwerkers op grond van artikel 28 AVG. Ook bevat deze een standaard verwerkersovereenkomst. De gedragscode is uitsluitend van toepassing op verwerkingen in Nederland.

Op 31 januari 2020 is de consultatie voor het Implementatiewetsvoorstel richtlijnen verkoop goederen en levering digitale inhoud geëindigd. Het betreft de implementatie van twee Europese richtlijnen die als doel hebben een hoog niveau van consumenten-bescherming te realiseren. Ze bevatten met name regels inzake de conformiteit en remedies in geval van conformiteitsgebreken bij levering van digitale inhoud, digitale diensten en zaken met digitale elementen. De grootste wijziging voor de praktijk is een verplichting voor handelaren om consumenten (veiligheids)updates te verstrekken zolang deze mogen worden verwacht. Op 1 juli 2021 moeten de genoemde Europese richtlijnen zijn geïmplementeerd.

Het gewijzigde wetsvoorstel Zerodays is in behandeling bij de Tweede kamer. Zerodays zijn fouten in software die nog onbekend zijn bij de maker van de software. Deze zerodays kunnen worden gebruikt om de systemen waarop deze software is geïnstalleerd, te hacken. Het wetsvoorstel heeft als doel een wettelijk geborgd afwegingskader te bieden voor alle zerodays die de overheid ontdekt, aankoopt of anderszins in bezit krijgt. Zo kan er een goede afweging plaatsvinden tussen de verschillende belangen die gemoeid zijn bij het geheimhouden of laten dichten van zerodays. De stemming over het voorstel is vooralsnog uitgesteld.

In juni 2020 stuurde het kabinet een aangepaste digitaliseringsstrategie naar de Tweede Kamer. Daarin is onder meer aangegeven welke thema's prioriteit krijgen, waaronder AI, data delen en digitale connectiviteit en -weerbaarheid.

De Roadmap Digitaal Veilige Hard- en Software is onderdeel van de Rijksbrede aanpak voor digitale veiligheid in de Nederlandse Cyber Security Agenda en bestaat uit een combinatie van Europese en nationale maatregelen. Staatssecretaris Keijzer geeft (in het kader van de Roadmap) in een brief aan de Tweede Kamer aan dat er wettelijke digitale minimum veiligheidseisen ophanden zijn voor alle slimme apparaten. Dit ter uitvoering van de Radio Equipment Directive. De introductie wordt in 2021 verwacht. Na een overgangsperiode zullen producten die dan op de markt komen moeten voldoen aan de betreffende eisen. Ook zal de General Product Safety Directive worden herzien door de Europese Commissie in het licht van Internet of Things en Artificiële Intelligentie. Verder werken diverse partijen in opdracht van de ministeries van EZK en Justitie en Veiligheid samen aan een cybersecurity risicomodel voor (mkb-) bedrijven, dat in 2020 is getest en positief is geëvalueerd. Het Digital Trust Center zal het risicomodel aanbieden op haar website. Ook is gewerkt aan een kwaliteitsregeling voor cybersecuritydiensten, waarvoor momenteel pilots plaatsvinden. In 2021 zal de vaststelling en publicatie plaatsvinden. Om meer vertrouwen in clouddiensten te realiseren is de Online Trust Coalitie opgericht. Dit is een publiek-privaat samenwerkingsverband met als doel het beschikbaar maken van een eenduidige efficiënte methode waarmee leveranciers van clouddiensten kunnen aantonen dat hun diensten betrouwbaar en veilig zijn. Op die manier wordt digitale innovatie gestimuleerd. De staatssecretaris wijst verder op de Uitvoeringswet Cyberbeveiligingsverordening. Deze betreft onderwerpen als de aanwijzing van een Nationale Cyberbeveiligings-certificeringsautoriteit en het toekennen van de benodigde bevoegdheden aan deze autoriteit. Certificering voor IT-leveranciers is in principe vrijwillig, maar de Europese Commissie zal voor eind 2023 aangeven of bepaalde certificeringsschema's alsnog verplicht worden. De verwachting is dat de Uitvoeringswet op 28 juni 2021 in werking treedt.

In september 2020 heeft het kabinet het Nationaal Groeifonds gelanceerd. Voor de periode 2021-2026 stelt het kabinet twintig miljard Euro beschikbaar voor projecten (met een minimale omvang van dertig miljoen Euro) op het gebied van kennisontwikkeling, onderzoek en innovatie en infrastructuur. Na een evaluatie van de eerste indieningsronde van investeringsvoorstellen zal in het voorjaar van 2021 een tweede indieningsronde plaatsvinden. Voor meer informatie klik hier.

Tot slot is op 1 januari 2021 de Wet franchise in werking getreden. Voor wat betreft de IT-sector kan worden gedacht aan reparatiediensten voor hardware/devices, verkoop van computerproducten, digitale beveiligingsdiensten etc. In de wet wordt een aantal specifieke regels voor franchiseovereenkomsten geïntroduceerd. Slechts voor een beperkt aantal bepalingen geldt een overgangsregeling van twee jaar. Voor het overige moeten de franchiseovereenkomsten per 1 januari 2021 aan de Wet franchise voldoen. Bepalingen in franchiseovereenkomsten die in het nadeel van franchisenemers afwijken van de Wet franchise zijn vernietigbaar en soms nietig.

JURISPRUDENTIE

Zorgplicht

Afgelopen zomer hebben wij in een korte video de bijzondere zorgplicht in de IT-sector nader toegelicht. In het onderstaande volgt rechtspraak die het afgelopen jaar op dit gebied is gepubliceerd.

De rechtbank Amsterdam oordeelde dat een klant van een IT-leverancier mag verwachten dat deze een CRM-systeem levert waarmee de gemiddelde werknemer kan werken, ook als dit niet is overeengekomen. Ook mag de klant verwachten dat zijn professionele dienstverlener werkt met inachtneming van de normen die binnen de branche gebruikelijk zijn. Het betrof hier een ISO-norm die niet met zoveel woorden was overeengekomen. De overeenkomst tussen partijen betrof (slechts) een presentatie van de IT-leverancier aan de afnemer. De rechtbank overwoog dat uit een dergelijke presentatie daadwerkelijke afspraken slecht zijn af te leiden, maar liet dit dus voor rekening van de IT-leverancier komen.

Een (pas) dit jaar gepubliceerde uitspraak van de rechtbank Amsterdam inzake aansprakelijkheid voor schade door ransomware deed veel stof opwaaien. Een zware zorgplicht werd aangenomen: de IT-leverancier moet, indien de opdrachtgever niet wil betalen voor extra beveiligingsmaatregelen, de opdracht weigeren, alternatieven aandragen of op zijn minst indringend en herhaaldelijk waarschuwen voor de risico's. Hierbij verdient opmerking dat de IT-leverancier niet had betwist dat hij zorg diende te dragen voor adequate beveiligingsmaatregelen. Hij had alleen gesteld dat de klant hiervoor niet wilde betalen. Verder was geen sprake van een schriftelijke overeenkomst waarin doorgaans bepalingen inzake inspanningsverplichtingen en aansprakelijkheidsbeperkingen staan. De IT-leverancier delfde overigens niet volledig het onderspit: het gebruik van simpele wachtwoorden werd de klant aangerekend. De schade werd over de partijen verdeeld (1/3 klant, 2/3 leverancier).

Het hof Amsterdam stelde (in een andere zaak) minder zware eisen aan de zorgplicht omdat sprake was van een deskundige afnemer. Het hof overwoog dat de IT-leverancier een afnemer die deskundig mocht worden geacht omdat deze ook zelf software ontwikkelt, niet hoefde te waarschuwen dat de door hem uitgevoerde acceptatietests niet afdoende waren.

Volgens het hof Amsterdam gaat de zorgplicht ook niet zover dat een IT-leverancier die eenmalig of op incidentele basis IT-diensten verricht, zijn afnemer indringend dient te waarschuwen in geval van ontoereikende apparatuur. Tevens hoeft er geen back-up te worden gemaakt indien dat niet is overeengekomen en ook niet tot de gebruikelijke werkzaamheden behoorde. Dit stemt overeen met eerdere rechtspraak van hetzelfde hof. Better safe than sorry uiteraard.

De rechtbank Den Haag oordeelde dat de zorgplicht van de IT-leverancier wel inhoudt dat hij de opdrachtgever waarschuwt voor de impact van infrastructurele problemen bij de opdrachtgever en onjuist gebruik van de software, indien deze omstandigheden (mede) in de weg staan aan het verbeteren van de performance van de software.

In een eerdere zaak oordeelde de rechtbank Den Haag dat de afnemer verantwoordelijk kon worden gehouden voor de performanceproblemen met de software. De rechtbank baseerde dit op de SLA, waarin was opgenomen dat opdrachtgever – die werd bijgestaan door een ICT-adviseur – verantwoordelijk was voor de hardware en infrastructuur om met de software te kunnen werken. De rechtbank ging hier zonder nadere

toelichting voorbij aan de door de IT-leverancier in de hoofdovereenkomst afgegeven garantie inzake de juiste werking van de software op de technische infrastructuur. Wel wees de rechtbank erop dat de verantwoordelijkheid van (de ICT-adviseur van) opdrachtgever voor de hardware en infrastructuur ook werd bevestigd in de correspondentie voorafgaand en na het sluiten van de overeenkomst.

Inspanningsverbintenis

Het hof Amsterdam oordeelde dat een bepaling waarin de IT-leverancier "warrants" dat zijn inspanningen aan bepaalde maatstaven zullen voldoen, niet tot gevolg heeft dat de bewijslast wordt omgekeerd. De opdrachtgever dient te stellen en zonodig te bewijzen dat de IT-leverancier zich onvoldoende heeft ingespannen. Bij de beoordeling van de gestelde tekortkomingen werd gewicht toegekend aan het feit dat er geen acceptatietests van voldoende omvang en diepgang waren uitgevoerd, waarvoor de opdrachtgever op grond van de overeenkomst verantwoordelijk was. De opdrachtgever mocht vanwege zijn geconstateerde deskundigheid (zie derde uitspraak onder "zorgplicht") ook in staat worden geacht dergelijke tests uit te voeren.

Verzuim

De IT-leverancier van een CRM-systeem (zie eerste uitspraak onder "zorgplicht") was volgens de rechtbank Amsterdam in verzuim vanwege het lange traject waarin partijen zich bevonden en waarin de klant de IT-leverancier had geprobeerd te bewegen tot het opleveren van een CRM-systeem dat wel aan de verwachtingen voldeed. De rechtbank oordeelde verder dat, indien de IT-leverancier nog niet in verzuim was, hij in ieder geval in verzuim is geraakt op het moment dat hij de overeenkomst beëindigde. De klant heeft daaruit immers kunnen afleiden dat de IT-leverancier niet meer zou nakomen.

Een bepaling in de overeenkomst dat de IT-leverancier zonder ingebrekestelling in verzuim raakt indien de opdrachtgever redelijkerwijs kan voorzien dat niet kan worden nagekomen, ontslaat de opdrachtgever niet van de verplichting om de IT-leverancier met zijn tekortkoming te confronteren en hem de kans te geven daarop te reageren. Volgens het hof Arnhem-Leeuwarden is dit alleen anders in geval van evidente niet herstelbare tekortkomingen. Daarmee stelt het hof de bepaling in de overeenkomst dus in feite gelijk met gevallen van blijvende onmogelijkheid. In het oordeel lijkt mee te wegen dat de gevolgen van de ontbinding ingrijpend zouden zijn omdat de IT-leverancier al zeer veel uren had besteed.

Het hof Den Haag heeft een arrest gewezen waaruit weer blijkt dat doormodderen niet zonder consequenties blijft. Partijen hebben tweemaal de Go Live datum verschoven zonder dat de opdrachtgever zich op het standpunt had gesteld dat de IT-leverancier in verzuim was althans zonder op dit punt zijn rechten voor te behouden. De opdrachtgever werd "gered" door de zogenoemde action trackers. De daarin genoemde data en voortgang achtte het hof relevant bij de beoordeling of een e-mail met een verzoek om de openstaande issues op te lossen, heeft kunnen leiden tot verzuim van de IT-leverancier. De IT-leverancier had niet binnen de gestelde termijn gereageerd op de e-mail van de opdrachtgever. Samen met de overige omstandigheden had dit tot gevolg dat de opdrachtgever geen ingebrekestelling meer hoefde te sturen. De naderhand verstuurde aansprakelijkstelling was voldoende om de overeenkomst te mogen ontbinden.

Het hof Amsterdam oordeelde echter dat wanneer niet onmiddellijk consequenties worden verbonden aan het overschrijden van een termijn, dit niet betekent dat aan die termijn en het overschrijden daarvan geen enkele betekenis meer toekomt.

Een belangrijk arrest dat in 2019 is gewezen maar ook in de IT-rechtspraak uit 2020 terugkomt, is het Fraanje/Alukon arrest van de Hoge Raad. In een korte video hebben wij deze uitspraak, die we nog veel tegen zullen gaan komen, toegelicht.

Ontbinding

De rechtbank Amsterdam oordeelde dat hoewel de afnemer betoogde dat het CRM-systeem voor hem geen waarde heeft gehad, hij het systeem wel heeft gebruikt. De afnemer diende daarom in het kader van een waardevergoeding een gebruiksvergoeding te voldoen.

De rechtbank Den Haag betrok bij het bepalen van de omvang van de ongedaanmakings-verbintenissen ook het aandeel van de opdrachtgever in het mislukken van het project. Dit aandeel was onvoldoende om te concluderen dat de ontbinding van de overeenkomst niet gerechtvaardigd was. Maar door deze omstandigheden hoefde de IT-leverancier een aanzienlijk deel van de betaalde facturen niet terug te betalen aan de opdrachtgever. De rechtbank gaf daarmee toepassing aan de ruimte die de Hoge Raad expliciet heeft gegeven om de redelijkheid en billijkheid mee te laten wegen bij de beoordeling van de ontbinding, naast de afweging in het kader van de tenzij-formule.

Het hof Den Haag heeft nog maar eens in herinnering gebracht dat over ongedaan-makingsverbintenissen geen wettelijke handelsrente verschuldigd is, maar enkel de wettelijke rente.

Opzegging

Volgens de rechtbank Gelderland kwam een opzegging waarbij de opzegtermijn van twee maanden niet in acht was genomen, gelet op de afzienbare duur van de opzegtermijn, in aanmerking voor conversie. Deze heeft aldus zijn werking gehad. Er moest wel een schadevergoeding worden betaald wegens het niet in acht nemen van de afgesproken opzegtermijn.

De voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam trof een ordemaatregel in verband met de opzegging van een duurovereenkomst. Het betrof het verstrekken van licenties door een softwareleverancier aan een IT-leverancier, die werden gebruikt ten behoeve van een softwaresysteem voor gemeenten. Mede vanwege de duur van de samenwerking (zestien jaar) en de bijzondere zorgplicht van de softwareleverancier jegens derden (de gemeenten), achtte de voorzieningenrechter het niet onaannemelijk dat de opzegging in de bodemprocedure naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou worden geoordeeld. De overeenkomst moest voor de te verwachten duur van de bodemprocedure worden voortgezet.

Digitale handtekening

De kantonrechter van de rechtbank Zeeland-West-Brabant oordeelde dat de digitale handtekening onder een overeenkomst van borgtocht door middel van het programma Adobe Sign niet aan de eisen van de eIDAS Verordening voldeed. Er was niet gesteld of gebleken dat Adobe Sign een gekwalificeerd middel betreft of dat deze gebaseerd is op een gekwalificeerd certificaat in de zin van de eIDASVerordening. Ook was geen sprake van een geavanceerde elektronische handtekening omdat Adobe Sign met een verificatiecode per sms werkt. Mede gelet op het doel, te weten het aangaan van een overeenkomst van borgtocht voor een aanzienlijk bedrag, werd de elektronische handtekening niet voldoende betrouwbaar geacht. Het digitale document leverde dus niet het dwingende bewijs op dat de overeenkomst van borgtocht is gesloten.

Pandrecht op software

In een arrest over de verpanding van auteursrechten op software heeft de Hoge Raad overwogen dat om te kunnen voldoen aan het bepaaldheidsvereiste niet is vereist dat het bestaan en de omvang van het auteursrecht op de software uit de administratie van de auteursrechthebbende kan worden afgeleid of dat dit auteursrecht op diens balans is vermeld. Dit kan ook uit andere objectieve gegevens worden afgeleid.

Softwareauteursrecht - contractenrecht

Gewezen op 18 december 2019, maar zeker vermeldenswaardig, is het arrest van het HvJ EU inzake de verhouding tussen het softwareauteursrecht en het contractenrecht. In het arrest oordeelde het HvJ EU dat indien sprake is van schending van een contractuele bepaling die (tevens) schending van een intellectueel eigendomsrecht betreft, de rechthebbende (ook) een beroep toekomt op de Handhavingsrichtlijn. In deze zaak betrof het niet-nakoming van een bepaling in het softwarelicentiecontract die als strekking had dat de broncode van de software niet mocht worden gewijzigd. Het recht om de broncode te wijzigen is conform de Softwarerichtlijn voorbehouden aan de auteursrechthebbende. Dat partijen dit (ook) contractueel hebben geregeld doet volgens het HvJ EU dus geen afbreuk aan de toepasselijkheid van de (Softwarerichtlijn en) Handhavingsrichtlijn. Wel verdient opmerking dat eerst zal moeten worden bepaald of sprake is van schending van een licentievoorwaarde, dat naar

Nederlands recht geschiedt aan de hand van uitleg van de overeenkomst in het licht van de omstandigheden van het geval.

Corona

Wij hebben nog geen uitspraken gezien op IT-gebied en verwijzen naar onze website.

Meer weten?

Neem dan contact op met een van onze specialisten:

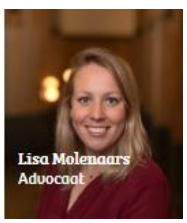
T: 040 2393 209
M: 06 4639 3938
dewit@louwersadvocaten.nl

T: 070 2400 836
M: 06 1099 2888
dejong@louwersadvocaten.nl

T: 040 2393 203
M: 06 5204 8154
louwers@louwersadvocaten.nl

T: 040 2393 208
M: 06 1504 0608
bolscher@louwersadvocaten.nl

T: 040 2393 202
M: 06 1313 6642
peerboom@louwersadvocaten.nl



T: 070 2400 836
M: 06 2156 4116
molenaars@louwersadvocaten.nl