



Toelichting bij de Algemene Rijksvoorwaarden IT-overeenkomsten 2018 (ARBIT-2018)

Deze Toelichting is openbaar maar maakt geen onderdeel uit van de Overeenkomst. Bij twijfel over de betekenis en/of uitleg van de ARBIT-2018 kan hetgeen in deze Toelichting staat mede bepalend zijn. De Toelichting doet geen afbreuk aan hetgeen partijen in een concreet geval zijn overeengekomen.

1. Algemene inleiding

1.1 Totstandkoming en opzet ARBIT

Sinds het begin van de jaren negentig van de vorige eeuw maakt de Rijksoverheid voor het verstrekken van IT- opdrachten en de inkoop van IT-producten gebruik van de zogenoemde BiZa-modellen (contractmodellen van het Ministerie van Binnenlandse zaken en Koninkrijksrelaties uit het begin van de negentiger jaren).

In de loop der jaren is vooral ten aanzien van de modale inkoop van IT (d.w.z. de kleine, middelgrote projecten en standaardproducten) een toenemende behoefte ontstaan aan meer flexibele contractmodellen die kunnen worden gebruikt voor de grote variëteit aan IT-opdrachten zoals die door de overheid worden verstrekt. Daarnaast zijn er zodanige ontwikkelingen op IT-gebied geweest en nieuwe ervaringen met op IT-opdrachten betrekking hebbende overeenkomsten opgedaan, dat ook inhoudelijk op een aantal onderdelen behoefte bestond aan modernisering van de BiZa modellen. Hiertoe zijn in 2010 de Algemene Rijksvoorwaarden bij IT-overeenkomsten (ARBIT) uitgevaardigd. Na de aanpassing in 2014 en 2016 zijn de ARBIT nu voor de derde keer aangepast. De wijziging is met name ingegeven door veranderingen in de privacyregelgeving.

Onderwerpen op het gebied van informatietechnologie zijn doorgaans relatief ingewikkeld. Dat geldt ook voor de contractuele regeling daarvan. Voor het kunnen begrijpen en op een adequate wijze gebruiken van de ARBIT en de bijbehorende Modelovereenkomst, is enige juridische kennis onontbeerlijk. De ARBIT zijn dan ook in de eerste plaats bedoeld voor medewerkers met enige kennis en ervaring op dat terrein.

Anders dan de BZK modellen, zijn de ARBIT opgesteld als een set van algemene voorwaarden die bestaan uit 1 deel met Algemene en 4 delen met Bijzondere bepalingen. Voor die opzet is gekozen om aan de wens van eenvoudige en snelle toepasselijkheid te voldoen. Bij het contracteren van Prestaties via een Europese aanbestedingsprocedure, waarvan in de praktijk vaak sprake zal zijn, dienen de ARBIT samen met de bijbehorende Overeenkomst zo vroeg mogelijk aan de inschrijver te worden verstrekt. Dat dient bij voorkeur te gebeuren door ze al direct bij de start van een aanbestedingsprocedure met de overige aanbestedingsstukken mee te zenden. Een enkele verwijzing in die stukken naar de ARBIT, is doorgaans niet voldoende omdat een inschrijver

voorafgaand aan het sluiten van de Overeenkomst (zie artikel 6:233, sub b, BW) een redelijke mogelijkheid moet zijn geboden om van algemene voorwaarden, zoals de ARBIT, kennis te nemen. Omdat het bijvoorbeeld vanwege de complexiteit van de te sluiten Overeenkomst in de praktijk lastig kan zijn om te beoordelen welke Bijzondere bepalingen van de ARBIT naast de Algemene bepalingen van toepassing moeten worden verklaard, is ervoor gekozen om, ongeacht de specifieke Prestatie(s), steeds de complete ARBIT van toepassing te verklaren. De Overeenkomst bevat daarom de standaardbepaling dat de Voorwaarden (dat wil zeggen de complete set van Algemene en Bijzondere bepalingen) van toepassing zijn.

Met een tijdige toezending van de ARBIT aan marktpartijen is nog een ander belang gediend. Een aantal bepalingen uit de ARBIT heeft consequenties voor de opzet en het verloop van de aanbestedingsprocedure. Dat geldt bijvoorbeeld voor de onderzoek- en informatieverplichting van artikel 4 en de inspectiemogelijkheid van artikel 38. In een Opdracht geïnteresseerde partijen moeten dan logischerwijs al wel bij de start van een aanbestedingsprocedure van de inhoud van die bepalingen op de hoogte (kunnen) zijn. Ook daarom is het belangrijk dat de ARBIT al bij de start van een aanbestedingstraject aan partijen worden toegezonden.

De ARBIT bestaan, als hiervoor gezegd, uit een deel Algemene bepalingen en vier delen met Bijzondere bepalingen te weten Bijzondere bepalingen Koop, Bijzondere bepalingen Gebruiksrechten, Bijzondere bepalingen Onderhoud en Bijzondere bepalingen Opdrachten. Deze vijf delen vormen gezamenlijk één onlosmakelijke geheel met de bijbehorende Overeenkomst.

Bij het maken van de ARBIT zijn over de opzet en inhoud daarvan informatieve gesprekken gevoerd met vertegenwoordigers van andere overheden en het bedrijfsleven waaronder de brancheorganisatie, advocatuur en verzekeraars. Voorts is bij het schrijven daarvan uit oogpunt van uniformiteit zoveel mogelijk aansluiting gezocht bij de structuur, inhoud en bewoordingen van recent vernieuwde producties van de Commissie Bedrijfsjuridisch Advies zoals de Algemene Rijksvoorwaarden voor het verstrekken van Opdrachten tot het verrichten van diensten (ARVODI) en de Algemene Rijksinkoopvoorwaarden (ARIV).

1.2 Trendbreuken

Ook bij het schrijven van de ARBIT is uitgangspunt geweest dat in een goed contract rekening wordt gehouden met de belangen van beide partijen. Dat zoeken naar “het redelijke midden” heeft ertoe geleid dat in de Algemene bepalingen van de ARBIT een aantal oude bekenden zoals de “beroepsfout” en de “meest begunstigingsclausule”, niet langer is opgenomen. Ook bevatten de ARBIT minder boetebepalingen dan voorheen vaak gebruikelijk was en kunnen boetes in enkele gevallen ook ten laste van Opdrachtgever vervallen. Daarnaast is gekozen voor een redelijker risico-overgang bij Aflevering van Producten.

Een belangrijk thema in de ARBIT vormt het “Overeengekomen gebruik” waarop hierna uitvoerig wordt ingegaan. Dat gebruik dient bij het contracteren voorop te staan.

Ook is bij het schrijven van de ARBIT, zoals hiervoor al opgemerkt, op diverse plaatsen rekening gehouden met de Europese aanbestedingsregels die de afgelopen jaren aanzienlijk aan betekenis hebben gewonnen. Die aanpak heeft er, zoals hiervoor al opgemerkt, mede toe geleid dat enkele artikelen uit de Algemene bepalingen “terugblikken” op de aanbestedingsfase en contractuele consequenties worden verbonden aan fouten die tijdens een aanbesteding zijn gemaakt.

Verder hebben begrippen als Meerwerk en Fatale termijn in de ARBIT een meer specifieke betekenis gekregen en zijn onderwerpen zoals mededelings- en informatieverplichtingen, garanties, verzekeringen, kortingen, en de omgang met persoonsgegevens in de ARBIT verder uitgewerkt dan tot nog toe gebruikelijk was. Ook de aansprakelijkheidsbepaling kent een meer genuanceerde uitwerking dan tot voor kort gebruikelijk is.

Daar staat tegenover dat in de ARBIT een bijzonder accent wordt gelegd op de verplichting van de IT markt om zich vooraf nauwgezet te oriënteren op de organisatie van Opdrachtgever alsmede op de verwachtingen die Opdrachtgever van het resultaat van de te sluiten Overeenkomst heeft en om die verwachtingen indien nodig bij te stellen. De bedoeling daarvan is een te grote mate van vrijblijvendheid van partijen bij het contracteren te voorkomen. Om dat te kunnen realiseren worden tevens extra eisen gesteld aan de zorgvuldigheid die Opdrachtgever, in het bijzonder ook bij het verstrekken van IT-opdrachten aan de markt, in acht moet nemen. Door voorafgaand aan het sluiten van de Overeenkomst uitvoering te geven aan vorenbedoelde onderzoek- en informatieverplichtingen, moet het Overeengekomen gebruik daadwerkelijk vorm en inhoud krijgen.

Die aanpak heeft ook gestalte gekregen in de regeling van Gebruiksrechten, bij Detachering en bij Onderhoud. Verder is ervoor gekozen om, anders dan bij de BiZa modellen, de levering van Systeemprogrammatuur niet langer in die van IT-producten begrepen te achten.

Naar aanleiding van het op 15 oktober 2014 aan de Voorzitter van de Tweede Kamer aangeboden rapport van de Tijdelijke Commissie ICT is een 'ontsnappingsclausule' opgenomen. Het gaat om een verruiming van de mogelijkheden voor Opdrachtgever om IT-overeenkomsten op te zeggen. Daar staat tegenover dat Opdrachtgever in voorkomend geval een redelijke vergoeding verschuldigd is aan Wederpartij.

In de 2018-versie van de ARBIT zijn enkele aanpassingen doorgevoerd in verband met de Algemene Verordening Gegevensbescherming (Verordening (EU) 2016/679).

1.3 Reikwijdte ARBIT

De ARBIT zijn vooral bedoeld voor modale IT-inkopen door de overheid en niet zozeer voor grote en bijzondere IT-projecten. Dat neemt niet weg dat ze ook dan als uitgangspunt voor het opzetten van een meer specifieke contractuele relatie met de IT markt kunnen dienen. Vanwege de flexibiliteit van de Overeenkomst kan deze veelal ook gebruikt worden bij de inzet van specifieke IT-producten en diensten zoals webhosting of SaaS (software as a service). Een zorgvuldige specifieke omschrijving van zo'n nieuw product of dienst moet dan worden opgenomen in artikel 2 van de Overeenkomst. Daarna kunnen de ARBIT, die zoveel mogelijk techniekonafhankelijk zijn geschreven, ook daarop in beginsel gewoon van toepassing worden verklaard. De combinatie van ARBIT en Overeenkomst kan daarmee een solide basis vormen voor IT-contractering in de komende jaren. Overigens worden dergelijke specifieke IT-diensten vooralsnog niet beschouwd als "commodity's" waarvoor de ARBIT in de eerste plaats zijn bedoeld (zie de Algemene inleiding van deze Toelichting). Mocht uit evaluaties van de ARBIT blijken dat dergelijke thema's hier toch meer specifiek aandacht verdienen, dan zal dat op een later tijdstip alsnog gebeuren.

1.4 Afwijkingen van de ARBIT

Met de ARBIT wordt mede beoogd de uniformiteit van IT-contractering tussen (Rijks)overheid en markt te bevorderen. Een onverkort en ongewijzigd gebruik daarvan, samen met een van de bijbehorende modelovereenkomsten, is dan ook uitgangspunt. Voor afwijkingen van de ARBIT of het al dan niet (mede) van toepassing verklaren van andere (algemene) voorwaarden kan slechts in uitzonderingssituaties aanleiding bestaan. Meestal verdient het echter ook dan aanbeveling om de ARBIT wel naast en ter aanvulling op die andere algemene voorwaarden van toepassing te verklaren. Een uitzonderingssituatie als hiervoor bedoeld kan zich bijvoorbeeld voordoen indien een Wederpartij bij het verrichten van een Prestatie (mede) gebruik maakt van "open source software". Voor het gebruik daarvan gelden doorgaans specifieke licentiemodellen zoals die door verschillende open source community's zijn opgesteld (zie verder de Toelichting op blz. 21 onder "Open source"). Overigens valt "open source software" onder de begripsbepaling "Standaardprogrammatuur" en bestaat er geen bezwaar tegen de licentierechten en verplichtingen ook in dat geval in lijn met die van de ARBIT te brengen. Voor zoveel nodig zij daarbij nog opgemerkt dat de ARBIT geen keuze voor open of closed source software behelzen. Wordt in de Overeenkomst van de ARBIT afgeweken dan is het verstandig om daarbij de juridische afdeling van uw organisatie in te schakelen omdat hetgeen dan in de Overeenkomst wordt vastgelegd, in geval van eventuele strijdigheid met de ARBIT, boven die bepalingen gaat. Ook moet dan vaststaan dat degene die namens de overheid de afwijking(en) van de ARBIT met de markt overeenkomt, daartoe bevoegd is (zie daarvoor de toepasselijke mandaatregeling en/of het volmachtregister).

In een aantal in de Overeenkomst aangegeven gevallen, bestaat de mogelijkheid om artikelen binnen een daarbij aangegeven marge, aan te passen aan de specifieke omstandigheden van een voorliggend geval.

1.5 Beleidsdoelstellingen Rijk

De Rijksoverheid ondersteunt overheden bij het introduceren van duurzaamheidsaspecten in de eigen bedrijfsvoering (zie website PIANOo). Op duurzaamheid betrekking hebbende specifieke afspraken moeten worden vastgelegd in de Overeenkomst.

De Rijksoverheid hanteert een open standaardenbeleid omdat open standaarden bijdragen aan interoperabiliteit en leveranciersonafhankelijkheid (zie website PIANOo en Bureau Forum Standaardisatie). De toepasselijke open standaarden worden in de offerteaanvraag door Opdrachtgever voorgeschreven en de offerteaanvraag maakt onderdeel uit van de Overeenkomst (zie de modelovereenkomst).

1.6 Status Toelichting

Deze Toelichting is openbaar maar maakt geen onderdeel uit van de Overeenkomst. Bij twijfel over de betekenis en/of uitleg van de ARBIT kan hetgeen in deze Toelichting staat daarbij mede bepalend zijn. De Toelichting kan echter geen afbreuk doen aan hetgeen partijen in een concreet geval zijn overeengekomen.

1.7 Evaluatie

Het is van groot belang om de ARBIT actueel te houden en waar nodig verder aan te passen en uit te breiden. Daarom zal periodiek een evaluatie van de ARBIT plaatsvinden waarbij ook rekening zal

worden gehouden met de ervaringen van de gebruikers van de ARBIT. Bij tussentijdse vragen over of suggesties ten aanzien van de ARBIT, kunt u (bij voorkeur door tussenkomst van de juridische afdeling van uw organisatie) contact opnemen met het secretariaat van de Commissie Bedrijfsjuridisch Advies (cba@minbzk.nl) of de Bedrijfsjurist van het ministerie van Justitie en Veiligheid die de onder de CBA ressorterende ARBIT werkgroep voorziet.

1.8 De overheid die contracteert

De overheid kan als iedere andere rechtspersoon in het maatschappelijk verkeer, overeenkomsten sluiten. Ook als de overheid privaatrechtelijke rechtshandelingen verricht, bijvoorbeeld door IT-producten of diensten in te kopen, is de Minister daarvoor tegenover het parlement verantwoordelijk. Deze ministeriële verantwoordelijkheid dwingt niet alleen tot extra zorgvuldigheid bij het aanbesteden en vastleggen van de gemaakte afspraken maar ook tot een zorgvuldig contractmanagement. Dat betekent ook dat inkopers er voor moeten oppassen dat zij geen ongerechtvaardigde toezeggingen aan marktpartijen doen en dat zij letten op een correcte naleving van hetgeen partijen zijn overeengekomen.

2. Artikelsgewijze toelichting bij de ARBIT

Hierna wordt alleen op die artikelen ingegaan die naar het oordeel van de schrijvers van de ARBIT, een nadere toelichting behoeven.

ALGEMENE BEPALINGEN

Artikel 1. Begrippen

In dit artikel zijn begrippen gedefinieerd die ofwel alleen in de Algemene bepalingen aan de orde komen ofwel voor een goed inzicht in het totaal van de ARBIT van een zodanig belang zijn dat zij om die reden direct onder de begrippen van de Algemene bepalingen zijn opgenomen. In de Bijzondere bepalingen zijn daarnaast begrippen gedefinieerd die vooral van belang zijn voor hetgeen daarin geregeld wordt. Wanneer een gedefinieerde term in een werkwoordsvorm wordt gebruikt komt daaraan, net als bij gebruik van een gedefinieerde term met een kleine letter, niet de betekenis van de begripsbepaling toe. Zo is bijvoorbeeld “onderhoud” of “onderhouden” een algemene formulering met een niet vastomlijnde inhoud. “Onderhoud” moet daarentegen worden uitgelegd als bepaald in de betreffende begripsbepaling.

Gebruiksrecht (artikel 1.10), Opdracht (artikel 1.19), Prestatie (artikel 1.27) en Product (artikel 1.28) zijn kernbegrippen van de ARBIT die in een zodanige relatie tot elkaar staan dat ze daarom al direct in de Algemene bepalingen zijn gedefinieerd. Prestatie is het verzamelbegrip voor alle goederen of diensten die kunnen worden verworven. Dat begrip is verder onderverdeeld in de specifieke begrippen Gebruiksrecht, Product en Opdracht. Het algemene begrip Wederpartij (artikel 1.34) is in de ARBIT verder uitgewerkt in Leverancier en Opdrachtnemer. Zo worden Producten geleverd en Gebruiksrechten verstrekt door een Leverancier (artikel 1.13), Opdrachten uitgevoerd door een Opdrachtnemer (artikel 1.21). De begrippen Gebruiksrecht, Product en Opdracht krijgen verder inhoud in respectievelijk de Bijzondere bepalingen Gebruiksrechten, de Bijzondere bepalingen Koop en de Bijzondere bepalingen Opdrachten.

Lid 3

Van Aflevering is alleen sprake bij voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten als bedoeld in artikel 3:2 BW. Bij zuiver intellectuele Prestaties (diensten) kan van Aflevering geen sprake zijn en wordt het begrip Oplevering (zie artikel 1.22) gebruikt. Net als Oplevering moet ook Aflevering nog worden gevolgd door Acceptatie. Acceptatie markeert de eigendomsovergang van een Prestatie (artikel 7.2) en biedt de vereiste legitimatie voor betaling (artikel 11.1).

Lid 7

Documentatie kan van essentieel belang zijn voor bijvoorbeeld het gebruik en onderhoud van Programmatuur. Uit oogpunt van gebruiksgemak dient Documentatie bij voorkeur in de Nederlandse taal te zijn geschreven. In de ARBIT is dat evenwel niet verplicht gesteld. Vaak is bij IT nu eenmaal sprake van Documentatie die in de Engelse taal is geschreven. Het eisen van een Nederlandstalige versie van de Documentatie zal dan extra kosten met zich brengen. Of een vertaling die kosten waard is moet per geval worden beoordeeld. De term installatie is hier met een kleine beginletter geschreven. Het gaat dan, anders dan bij het begrip Installatie (artikel 1.12), om werkzaamheden die door Opdrachtgever zelf worden uitgevoerd.

Lid 8

Van een Fatale termijn is alleen sprake indien deze nadrukkelijk als zodanig is aangeduid. De vereiste expliciete aanwijzing in een Overeenkomst van een termijn als Fatale termijn, veronderstelt dus een bewuste keuze. Daartoe kan bijvoorbeeld aanleiding bestaan bij projectfasering (vgl. artikel 55). Het aanwijzen van een termijn als Fatale termijn heeft onder meer tot gevolg dat de Overeenkomst, als die termijn niet wordt gehaald, in het algemeen onmiddellijk kan worden ontbonden. Is een termijn niet als Fatale termijn aangeduid, dan is om de Overeenkomst te kunnen ontbinden bijna altijd eerst een ingebrekestelling nodig waarbij Wederpartij alsnog een redelijke termijn voor nakoming moet worden gesteld. Pas als ook die termijn niet wordt gehaald kan de Overeenkomst worden ontbonden. Soms kiezen partijen ten aanzien van de gevolgen van het niet halen van een Fatale termijn voor een andere oplossing dan ontbinding van de Overeenkomst. Dat gebeurt bijvoorbeeld regelmatig bij Onderhoud, in welk geval aan het niet halen van een Fatale termijn meestal specifieke service credits of kortingen zijn verbonden.

Lid 9

Anders dan bij de Storing van artikel 67.8 gaat het hier om storingen van een zodanig ernstige aard dat ze aan het Overeengekomen gebruik in de weg staan.

Lid 11

Implementatie is erop gericht om de organisatie van Opdrachtgever te laten werken met een nieuw Product of nieuwe Programmatuur. Het gaat daarbij om een combinatie van technische en organisatorische maatregelen. Soms is het overzetten van data van het oude naar het nieuwe systeem (de zogenoemde dataconversie) onder Implementatie begrepen. Uitgangspunt van de ARBIT is dat Implementatie zonder een daarop gerichte specifieke in de Overeenkomst vastgelegde afspraak, geen onderdeel van de Prestatie uitmaakt.

Lid 12

In dit artikellid gaat het om handelingen verricht door Wederpartij. Tenzij anders overeengekomen, is Installatie beperkt tot het feitelijke aansluiten van een Product of het feitelijk invoeren van

Programmatuur. Installatie is daarmee in omvang dus veel beperkter dan Implementatie. Of de Wederpartij verplicht is tot Installatie, moet blijken uit de inhoud van de Overeenkomst.

Lid 17

In de praktijk wordt inmiddels ook met zogenoemde “bytecodes” gewerkt. In tegenstelling tot een echte machinetaal als de objectcode is de “bytecode” niet geschikt om direct op een computer te worden uitgevoerd. Ze kan wel worden uitgevoerd op een virtuele machine of later worden vertaald in een echte machinetaal.

Lid 18

Op dergelijke afzonderlijk overeen te komen werkzaamheden zijn de Bijzondere bepalingen inzake Onderhoud van toepassing. Onderhoud kan preventief, correctief en innovatief van aard zijn.

Lid 19

Bij een Opdracht gaat het om een Overeenkomst in de zin van artikel 7:400 e.v. BW. De term Opdracht in de ARBIT is een verzamelbegrip. De ARBIT onderscheiden Opdracht in (a) Detachering (zie artikel 60 e.v.) in welk geval werkzaamheden onder leiding en toezicht van Opdrachtgever worden verricht en (b) overige vormen van Opdracht. In dat laatste geval gaat het om werkzaamheden die zelfstandig en onder eigen verantwoordelijkheid door Opdrachtnemer worden uitgevoerd. Het met die werkzaamheden door Opdrachtnemer te behalen eindresultaat, staat daarbij voorop. Adviesdiensten en het ontwikkelen van Maatwerkprogrammatuur zijn beide voorbeelden van Opdrachten .

Lid 20

Opdrachtgever is degene ten behoeve van wie de Overeenkomst met Wederpartij wordt aangegaan. Een duidelijke omschrijving in de Overeenkomst van wie precies Opdrachtgever is, is zowel civiel- als aanbestedingsrechtelijk van groot belang.

Lid 22

Oplevering heeft, anders dan Aflevering (zie artikel 1.3), betrekking op een niet stoffelijke (d.w.z. intellectuele) Prestatie. Oplevering kan bijvoorbeeld plaatsvinden in de vorm van het aanbieden van een (eind)rapport. Aan Oplevering kan bij Opdrachtnemer al een uitgebreid testtraject vooraf zijn gegaan. Vervolgens is het aan Opdrachtgever om de Prestatie al dan niet door middel van een acceptatietest te beoordelen. Oplevering hoeft, anders dan Aflevering, niet in een fysieke vorm plaats te vinden. Programmatuur wordt bijvoorbeeld vaak elektronisch (via het internet) aan Opdrachtgever beschikbaar gesteld. Omdat bij een dergelijke (niet fysieke) Oplevering niet altijd duidelijk is op welk moment de betalingsverplichting voor Opdrachtgever ontstaat, is het van belang om dat moment steeds duidelijk in de Overeenkomst vast te leggen.

Lid 23

Overeengekomen gebruik is, zoals hiervoor reeds opgemerkt, een van de kernbegrippen uit de ARBIT. Het begrip heeft een nadrukkelijke relatie met de zogenoemde conformiteitsregeling van artikel 7:17 BW waarin staat dat de afgeleverde zaak aan de overeenkomst moet beantwoorden. Beantwoordt de Prestatie gedurende een normale gebruiksduur niet aan het Overeengekomen gebruik, dan is sprake van een Gebrek.

Lid 24

Onder Overeenkomst valt ook een raamovereenkomst waaronder nadere Overeenkomsten worden afgesloten of feitelijke Opdrachten worden verstrekt. Iedere Overeenkomst moet de bepaling bevatten dat de ARBIT daarop van toepassing zijn.

Lid 26

Onder hulppersonen, als bedoeld in dit artikellid, vallen ook ondernemingen (rechtspersonen) indien die door een partij bij de uitvoering van de Overeenkomst worden ingeschakeld.

Lid 28

Producten zijn stoffelijke zaken, als bedoeld in artikel 3:2 BW. Aan Product komt de gebruikelijke ruime betekenis toe. Het zal in dit verband meestal om computerapparatuur gaan. Ook een voor het gebruik van dergelijke apparatuur te installeren klimaatbeheersingssysteem, kan echter een Product zijn.

Lid 32

De Vergoeding vormt de tegenprestatie van Opdrachtgever. Het gaat daarbij om de vooraf overeengekomen prijs exclusief de daarover verschuldigde BTW. In de Overeenkomst moet goed worden vastgelegd welke onderdelen (bijvoorbeeld reis- en verblijfkosten) wel en welke niet in de Vergoeding zijn begrepen.

Lid 34

Wederpartij wordt in de ARBIT gebruikt als het verzamelbegrip voor de contractspartij(en) en is daarin dus niet bedoeld als “tegenpartij” bij een juridisch geschil.

Artikel 2. Contactpersonen en escalatie

Lid 2

Contactpersonen mogen alle handelingen (feitelijke en rechtshandelingen) verrichten die noodzakelijk zijn in het kader van de uitvoering van de Overeenkomst zoals het ondertekenen van ontvangstbewijzen en testrapporten. Wijzigingen van de Overeenkomst kunnen echter alleen worden overeengekomen tussen de personen die de Overeenkomst hebben ondertekend dan wel door hun rechtsopvolgers en/of daartoe specifiek gevolmachtigde personen.

Lid 3

Het verdient aanbeveling om er voor te zorgen dat geschillen die bij de uitvoering van de Overeenkomst ontstaan, kunnen worden gede-escaléerd. Daarom is het wenselijk dat die geschillen, alvorens daarmee naar buiten wordt getreden, eerst aan een voldoende onafhankelijk hoger niveau binnen de eigen organisatie van Opdrachtgever kunnen worden voorgelegd. Door raadpleging van niet eerder bij het project betrokken personen uit de eigen organisatie wordt bovendien voorkomen dat dergelijke geschillen langdurig binnen een project blijven bestaan vaak zonder dat Opdrachtgever daarvan op de hoogte is. De ervaring leert dat met een beoordeling van een geschil buiten het project, een deel van de problemen vaak al kan worden opgelost. Lukt dat niet dan staat desgewenst de weg naar de rechter, of indien overeengekomen een andere geschillenbeslechter, uiteraard gewoon nog open. Escalatieprocedures worden vaak vastgelegd in Service Level Agreements of in een zogenoemd “dossier afspraken en procedures” (DAP).

Artikel 3. Status van mededelingen

Het komt vaak voor dat vergadernotulen of andere stukken die zijn opgesteld na het sluiten van de Overeenkomst, van de Overeenkomst afwijkende afspraken bevatten. Dergelijke afwijkende afspraken zijn op basis van de ARBIT alleen geldig indien ze schriftelijk door daartoe bevoegde personen zijn gemaakt of tenminste achteraf door die personen zijn bevestigd. Contactpersonen zijn daartoe (zie artikel 2.2) niet bevoegd. Ook alle andere mededelingen die van belang zijn voor de uitvoering van de Overeenkomst moeten schriftelijk worden gedaan. In het algemeen wordt onder "schriftelijk" ook "elektronisch" verstaan. Gelet op de verstreckende gevolgen die aan het doen van mededelingen kunnen zijn verbonden wordt in de ARBIT onder schriftelijk in beginsel 'op papier' verstaan. Indien partijen gebonden willen zijn aan de inhoud van communicatie langs elektronische weg is het verstandig dat met zoveel woorden in de Overeenkomst vast te leggen. Daarbij kunnen dan tevens specifieke afspraken worden gemaakt over bijvoorbeeld de adressering van mails en de verzending van ontvangst- en leesbevestigingen.

Artikel 4. Onderzoek- en informatieverplichting

Lid 1

Op grond van dit artikellid is Wederpartij verplicht tijdig inzicht te verwerven in de organisatie van Opdrachtgever en zich een beeld te vormen van de verwachtingen die Opdrachtgever van de Prestatie heeft alsook om die verwachtingen, als dat nodig is, bij te sturen. Deze verplichting dwingt Wederpartij tot een actieve precontractuele houding. Die moet er immers op zijn gericht om te komen tot een Prestatie die aansluit op hetgeen Opdrachtgever daarvan in redelijkheid mag verwachten. Het begrip Overeengekomen gebruik (zie artikel 1.23) vormt daarvan het sluitstuk. Omdat het daarvoor bedoelde onderzoek van Wederpartij met name zal moeten plaatsvinden in de aanbestedingsfase, hebben de onderhavige onderzoeks- en informatieverplichtingen ook consequenties voor de opzet en inhoud van (Europese) aanbestedingstrajecten. Opdrachtgever zal er immers ook zelf aan moeten bijdragen dat marktpartijen tijdig inzicht krijgen in hetgeen hem met de Prestatie voor ogen staat en met het oog daarop al direct in de aanbestedingsfase invulling moeten geven aan een "goed opdrachtgeverschap". Dat vraagt om een heldere communicatie met de markt zodat misverstanden over het door Opdrachtgever beoogde gebruik zoveel mogelijk worden voorkomen. Van deelnemers aan een aanbesteding mag met het oog daarop worden verwacht dat deze gebruik maken van de mogelijkheden tot het stellen van vragen.

Lid 2

In de praktijk blijkt het voltooien van IT-opdrachten binnen de daarvoor door Opdrachtgever aangegeven kaders vaak moeilijk. Dit lid dwingt in de opdracht geïnteresseerde marktpartijen zich van tevoren een nadrukkelijk beeld te vormen van de realiteit van door Opdrachtgever daarbij gestelde kaders. Zo blijkt met de uitvoering van IT-opdrachten vaak aanzienlijk meer geld gemoeid te zijn dan Opdrachtgever ten tijde van het verstrekken van de opdracht voor ogen stond. Heeft Opdrachtgever het financiële kader waarbinnen de Opdracht dient te worden uitgevoerd vooraf bekend gemaakt dan dient Wederpartij zich ook over de haalbaarheid daarvan uit te laten. Uitgangspunt, ook bij IT-Prestaties, moet zijn dat het welslagen van het project vooropstaat en dat Meerwerk uitzondering en geen regel is.

Lid 3

Wederpartij moet op de hoogte kunnen zijn van de verwachtingen die Opdrachtgever ten aanzien van de Overeenkomst heeft. Deze -aanvullende- informatieverplichting draagt daar mede aan bij.

Artikel 5. Kwaliteitsborging

De in dit artikel geregelde kwaliteitsborging is gericht op het welslagen van de Prestatie en daarmee in het belang van beide partijen. Uitgangspunt is dat kwaliteitsborging onderdeel is van de Overeenkomst. De wijze waarop verschilt naar gelang de omvang en het belang van een project en kan verder worden uitgewerkt in de Overeenkomst. Door Opdrachtgever in het kader van kwaliteitsborging te stellen eisen moeten - uiteraard - steeds in een proportionele verhouding tot aard en omvang van de Opdracht staan.

Artikel 6. Aflevering

Lid 2 en 3

Het gaat hier niet om Acceptatie maar om een indruk op het eerste gezicht waarbij van Opdrachtgever een inspanning wordt gevraagd die al naar gelang de omstandigheden van het geval redelijk is. Zo zal een omvangrijke bezorging vanuit het buitenland meer controle vereisen dan een kleine bestelling vanuit Nederland. Inontvangstneming na deze eerste visuele controle laat onverlet dat Opdrachtgever nadien alsnog kan besluiten om niet tot Acceptatie over te gaan. Ook als een Product bij een eerste controle wordt geweigerd, blijven overeengekomen leveringstermijnen gewoon gelden.

Lid 4

De afgifte van een ontvangstbewijs is onder andere van belang om te kunnen bepalen op welk moment het risico van het Afgeleverde Product op Opdrachtgever overgaat (zie artikel 7.1).

Lid 5

Dit artikellid is opgenomen vanwege het sterk toegenomen belang van milieuregelgeving.

Artikel 8. Intellectuele eigendomsrechten

Lid 1

Dit artikellid bevat het contractuele uitgangspunt ten aanzien van het al dan niet overgaan van intellectuele eigendomsrechten (hierna verder IE-rechten). Voor Prestaties die uit "maatwerk" voor Opdrachtgever bestaan geldt een standaard overdracht van -alle- IE-rechten aan Opdrachtgever. Daarbij speelt een belangrijke rol het feit dat aan dergelijke rechten bij IT-opdrachten in het algemeen een groter gewicht toekomt dan bij andersoortige opdrachten. Bovendien valt voor inkopers vaak lastig vooraf te bepalen welke specifieke IE-rechten voor een ongestoord gebruik van de Prestatie tenminste aan Opdrachtgever zouden moeten worden overgedragen. Voor alle duidelijkheid wordt er op gewezen dat vorenbedoelde standaard overdracht van IE-rechten alleen geldt voor Prestaties die bestaan uit "maatwerk" en niet voor andere Prestaties.

Omdat IE-rechten voor Wederpartij een niet onbelangrijke commerciële waarde kunnen vertegenwoordigen, verlangt deze voor de overdracht daarvan meestal een (soms aanzienlijke) Vergoeding. Aangezien aan het verkrijgen van IE-rechten voor de overheid als Opdrachtgever anders dan voor marktpartijen geen concurrentievoordelen verbonden zijn, kan van het gekozen uitgangspunt van een automatische en volledige overdracht daarvan bij Prestaties die uit "maatwerk" bestaan, desgewenst in de Overeenkomst worden afgeweken. Het voordeel van een eventueel lagere Vergoeding bij het uitblijven van de overdracht van IE-rechten, kan dan per geval te worden afgewogen tegen de nadelen daarvan. Zo'n nadeel kan bijvoorbeeld zijn dat Opdrachtgever, indien die rechten niet worden overgedragen, voor het Onderhoud van

Programmatuur meestal op Wederpartij blijft aangewezen omdat die dan als enige over de daarvoor benodigde Broncode beschikt.

In de praktijk is soms niet duidelijk bij wie de IE rechten berusten. Zo kan dat bijvoorbeeld lastig te beoordelen zijn indien een Prestatie bestaat uit een combinatie van Standaard (waarvan de IE rechten vrijwel nooit worden overgedragen) en Maatwerkprogrammatuur (waarvan de IE rechten in beginsel altijd worden overgedragen). Dat kan ertoe leiden dat Opdrachtgever IE-rechtelijke risico's loopt. Goede afspraken daarover in de vorm van duidelijke garanties en vrijwaringen van Wederpartij, zijn daarom wenselijk.

Voor alle duidelijkheid wordt er tenslotte nog op gewezen dat IE-rechten strikt formeel rusten op een "werk" als bedoeld in artikel 10 van de Auteurswet. In de ARBIT is dienaangaande volstaan met het begrip Prestatie die, als hiervoor opgemerkt, kan bestaan uit een te leveren Product, een uit te voeren Opdracht, een te verstrekken Gebruiksrecht dan wel een combinatie daarvan. Artikel 8 heeft derhalve betrekking op Prestaties die tevens zijn aan te merken als een "werk" in vorenbedoelde zin.

Lid 7

Indien Opdrachtgever betrokken raakt bij een geschil over IE-rechten op de Prestatie, kan hij de Overeenkomst ontbinden. Daartoe kan bijvoorbeeld aanleiding bestaan indien zijn bedrijfsvoering door zo'n geschil in het gedrang dreigt te komen. Ontbinding van de desbetreffende Overeenkomst hoeft niet te betekenen dat daarmee ook iedere verdere betrokkenheid van Opdrachtgever bij zo'n geschil is uitgesloten. De verplichting van Wederpartij tot vrijwaring, bedoeld in artikel 8.5, blijft daarom ook na ontbinding van de Overeenkomst (zie artikel 34) onverkort bestaan.

Artikel 9. Documentatie

Lid 1

Dit artikel is alleen van belang indien Documentatie beschikbaar is. Is dat niet zo en is Documentatie ook niet strikt noodzakelijk voor het kunnen gebruiken, beheren of onderhouden van de Prestatie, dan zal het verstrekken van een (aanvullende) opdracht tot het maken daarvan voornamelijk tot extra kosten leiden. Bovendien is Wederpartij op grond van artikel 13 in ieder geval verplicht tot het geven van ondersteuning.

Documentatie kan in fysieke of digitale vorm beschikbaar worden gesteld.

Artikel 11. Acceptatie

Lid 1

Uitgangspunt van de ARBIT is dat Opdrachtgever niet voor de Prestatie hoeft te betalen voordat hij die heeft geaccepteerd. Ook omdat Opdrachtgever geen garantie heeft op volledig gratis herstel van Gebreken die hij tijdens de Acceptatieprocedure redelijkerwijs had moeten constateren (zie artikel 12.3) is het, zeker bij omvangrijke Prestaties, van belang de Acceptatieprocedure zorgvuldig in te richten. Hoewel Acceptatie de legitimatie vormt voor betaling dient Opdrachtgever daarmee proportioneel om te gaan. Zo mag hij bijvoorbeeld bij een gefaseerde Oplevering en Acceptatie van de Prestatie Wederpartij wel in termijnen betalen. Ook om andere redenen kan aanleiding bestaan om toch reeds voor Acceptatie tot (gedeeltelijke) betaling over te gaan. Dat kan bijvoorbeeld zo zijn indien Wederpartij een langlopende Opdracht anders volledig zou moeten voorfinancieren. Indien Opdrachtgever in dergelijke gevallen toch (gedeeltelijke) betaling voor Acceptatie met

Wederpartij overeenkomt kan hij Wederpartij om een kredietinstellingsgarantie vragen (zie artikel 16).

Lid 2

Opdrachtgever kan mededeling van Acceptatie doen door het verzenden van een expliciete mededeling dan wel door het toezenden van het verslag van een test op basis waarvan de Prestatie is goedgekeurd. In het laatste geval geldt de toezending aan Wederpartij van het betreffende testverslag als mededeling in de zin van dit artikellid. Mededeling van Acceptatie kan uiteraard pas worden gedaan nadat de Prestatie is verricht. Bij het downloaden van Programmatuur is dat het moment waarop Opdrachtgever daadwerkelijk over de Programmatuur kan beschikken en dus niet het moment waarop Opdrachtgever de autorisatiecode krijgt om de Programmatuur te kunnen downloaden.

Lid 4

Op enig moment moet, ook zonder mededeling als bedoeld in artikel 11.2 ARBIT, duidelijkheid bestaan over het al dan niet geaccepteerd zijn van de Prestatie. Dat neemt niet weg dat stilzwijgende Acceptatie, ook vanwege de belangrijke consequentie daarvan voor het ontstaan van de betalingsverplichting, uitzondering moet blijven. Stilzwijgende Acceptatie kan worden voorkomen door Wederpartij er tijdig van in kennis te stellen dat niet binnen de voorgeschreven termijn van 30 kalenderdagen kan worden meegedeeld of de Prestatie wordt geaccepteerd. Vanwege de complexiteit van Prestaties als bedoeld in de ARBIT zal die situatie zich in de praktijk zich regelmatig voordoen. Daarbij dient Opdrachtgever een andere, wel haalbare, termijn te vermelden waarbinnen hij aan Wederpartij mededeling inzake de al dan niet Acceptatie zal doen. Ook de verlengde termijn moet, in relatie tot de omvang en het belang van de Prestatie, uiteraard een redelijke termijn zijn. Vervolgens moet hij Wederpartij voordat die termijn verstrijkt alsnog mededeling van al dan niet Acceptatie doen.

Lid 6

Het staat Opdrachtgever vrij om een Prestatie die Gebreken bevat toch te accepteren. Hij is daartoe echter nooit verplicht, ook niet als het daarbij slechts zou gaan om wat voorheen wel “kleine gebreken” werden genoemd. Het is van belang dat Opdrachtgever die een Prestatie ondanks de aanwezigheid van Gebreken accepteert, dat zorgvuldig vastlegt. Daarmee wordt voorkomen dat Wederpartij aan Acceptatie het verval van recht op volledig gratis herstel ontleent omdat sprake zou zijn van Gebreken die Opdrachtgever redelijkerwijs al bij Acceptatie had moeten constateren maar niet heeft geconstateerd als bedoeld in artikel 12.3.

Artikel 12. Garanties

Het niet nakomen van een verplichting uit hoofde van de afgegeven garanties leidt naar veelal wordt aangenomen direct tot een tekortkoming van Wederpartij met alle daaraan voor Opdrachtgever verbonden contractuele en wettelijke rechten. De tekortkoming behoeft daarvoor niet aan Wederpartij toerekenbaar te zijn en zal in de regel dan ook niet terzijde kunnen worden gesteld met een beroep op overmacht.

Lid 3

Deze garantie betreft het herstel van Gebreken die optreden of geconstateerd worden na Acceptatie. De garantie geldt gedurende 12 maanden na Acceptatie. Extra kosten verbonden aan het herstel door Wederpartij van Gebreken die Opdrachtgever redelijkerwijs bij Acceptatie had

moeten constateren, komen voor rekening van Opdrachtgever. Dat legt een extra verplichting op Opdrachtgever om de Acceptatie zorgvuldig vorm en inhoud te geven.

Lid 5

Deze garantie geldt alleen voor het herstel van Gebreken die Opdrachtgever al tijdens de Acceptatieprocedure heeft signaleerd maar die niet aan Acceptatie in de weg hebben gestaan (zie ook artikel 11.6 ARBIT).

Lid 7

Het is vaak van belang dat de Prestatie wordt onderhouden. Dat geldt met name voor Gebruiksrechten. Opdrachtgever moet dat Onderhoud desgewenst ook kunnen verkrijgen. De ARBIT bevatten de garantie dat Wederpartij de Prestatie tot 3 jaar na Acceptatie overeenkomstig het dienaangaande in de Bijzondere bepalingen Onderhoud bepaalde, kan onderhouden. Voor het geval Opdrachtgever inderdaad Onderhoud wenst af te nemen, geldt het bepaalde in artikel 13.3. Ook voor de daaropvolgende 2 jaar kan Opdrachtgever aanspraak op onderhoud maken maar dat hoeft dan niet meer gelijk te zijn aan het gedefinieerde Onderhoud. Wil Opdrachtgever daarover geen enkele onzekerheid dan moet hij direct bij het afnemen van de Prestatie (voor een langere periode) Onderhoud met Wederpartij overeenkomen en dat eventueel op een later moment laten ingaan.

Artikel 14. Facturering, korting en Meerwerk

Lid 4

Ondanks de voorgestane actieve precontractuele houding op basis waarvan Wederpartij in de fase van de verstrekking van de Opdracht ook de haalbaarheid van een daarbij eventueel bekend gemaakt financieel kader dient te onderzoeken (zie artikel 4.2), kan zich "gaande de rit" toch een noodzaak tot Meerwerk voordoen met name als de Prestatie op basis van een vaste Vergoeding is overeengekomen. Opdrachten voor Meerwerk mogen, ook vanwege de daaraan verbonden aanbestedingsrechtelijke risico's (de omvang van de opdracht wordt daardoor na de gunning immers gewijzigd hetgeen aanbestedingsrechtelijk alleen in uitzonderingsgevallen is toegestaan), slechts bij uitzondering worden verstrekt. Voor Meerwerk gelden daarnaast de overeengekomen voorwaarden. Opdrachtgever dient zich er in ieder geval steeds goed van bewust te zijn dat aan tussentijdse wijzigingen van de Opdracht aanvullende financiële consequenties verbonden kunnen zijn.

Artikel 15. Betaling en controle

Lid 1

Betaling dient op zo kort mogelijke termijn te geschieden doch uiterlijk binnen 30 dagen na ontvangst van de factuur dan wel, indien dat moment later is gelegen, 30 dagen na Acceptatie. Voor het betaalbaar kunnen stellen van een factuur is interne goedkeuring daarvan meestal noodzakelijk. Opdrachtgever dient er voor te zorgen dat die goedkeuring, die uiteraard alleen betrekking kan hebben op door Wederpartij op de factuur te vermelden gegevens, zo snel mogelijk plaatsvindt. Wanneer Opdrachtgever een factuur afkeurt omdat de door Wederpartij op grond van de Overeenkomst op die factuur te vermelden gegevens onjuist of onvolledig zijn, dient hij Wederpartij met bekwame spoed om een nieuwe factuur te vragen. Goedkeuring betreft uitsluitend de factuur en houdt geen Acceptatie in. Voor Acceptatie wordt verwezen naar artikel 11.

Lid 2

Opdrachtgever is de wettelijke rente verschuldigd over het na het verstrijken van de 30-dagen termijn nog openstaande bedrag en wel met ingang van de dag volgend op de dag die is overeengekomen als uiterste dag van betaling. Het gaat hier om de rentevoet voor handelstransacties. Daarnaast is Opdrachtgever bij niet tijdige betaling een vergoeding verschuldigd voor de kosten die Wederpartij heeft moeten maken voor voldoening van diens vordering buiten rechte (incassokosten). Krachtens artikel 6:96, lid 4 BW bedraagt die vergoeding tenminste 40 euro. Het recht op vergoeding van wettelijke rente en kosten ontstaat van rechtswege. Om over te kunnen gaan tot vergoeding dient Opdrachtgever wel inzicht te hebben in de hoogte van de aanspraak. Daarom is in artikel 15.2 bepaald dat Wederpartij zelf een vordering tot vergoeding van deze kosten dient te doen en Opdrachtgever daartoe een afzonderlijke factuur moet zenden.

Artikel 16. Voorschot

Lid 1

Uitgangspunt van de ARBIT is dat geen betalingen aan Wederpartij worden gedaan voordat Opdrachtgever de Prestatie heeft geaccepteerd. Dat is ook redelijk nu ondernemers met het Rijk als Opdrachtgever nauwelijks enig debiteurenrisico lopen. Onder bijzondere omstandigheden kan er echter toch aanleiding bestaan voor het betalen van een voorschot. Opdrachtgever moet dan wel zoveel mogelijk proberen in te schatten hoe groot het risico is dat Wederpartij zijn contractuele verplichtingen jegens hem niet of niet geheel zal nakomen. Op het betalen van een voorschot is de Regeling financieel beheer van het Rijk van de Minister van Financiën van toepassing. Op grond daarvan is bij het betalen daarvan onder bepaalde omstandigheden het eisen van zekerheidstelling verplicht. Vanaf een bepaald door de Minister van Financiën vast te stellen grensbedrag (t.t.v. de herziening van de Toelichting in 2018 500.000,- euro) dient bij het betalen van een voorschot zekerheid te worden geëist in de vorm van een kredietinstellingsgarantie, ook wel bankgarantie genoemd. Dat is een formulier dat door een bank- of kredietinstelling op verzoek en voor rekening van Wederpartij wordt opgesteld en waarmee de bank onder de voorwaarden van de bankgarantie garandeert een bepaald maximumbedrag uit te betalen, indien Opdrachtgever daarop aanspraak maakt. Het vragen van een bankgarantie kan bijvoorbeeld redelijk zijn als tussen het betalen van een factuurbedrag door Opdrachtgever en het verrichten van de Prestatie door Wederpartij, een relatief lange periode zit. Omdat het afgeven van een kredietinstellingsgarantie aanzienlijke kosten voor Wederpartij met zich kan brengen, dient Opdrachtgever met het vragen daarvan terughoudend te zijn.

Een model van een kredietinstellingsgarantie is als Bijlage bij de Modelovereenkomst ARBIT gevoegd.

Artikel 17. Geheimhouding

Lid 1

Een geheimhoudingsverplichting kan eventueel worden vastgelegd in een door Wederpartij ondertekende schriftelijke geheimhoudingsverklaring. Voor alle duidelijkheid wordt er op gewezen dat “wettelijke uitzonderingsgronden” betrekking hebben op uitzonderingen opgenomen in Nederlandse wetgeving.

Lid 5

Deze boete is vooral bedoeld als extra incentive op nakoming. Omdat voor inkopers vaak lastig te bepalen valt welke boete in het concrete geval voldoende effectief is om nakoming van de geheimhoudingsverplichting te verzekeren, is gekozen voor een standaardboete van 50.000 euro.

Artikel 18. Verwerking persoonsgegevens

Lid 1

Lid 1 geeft Partijen een contractuele basis om elkaar aan te spreken op de naleving van verplichtingen die ook al op grond van wet- en regelgeving op hen rusten.

Lid 2

Als Wederpartij in het kader van de uitvoering van de Overeenkomst ten behoeve van Opdrachtgever persoonsgegevens verwerkt dan eist de wet dat deze verwerking in een verwerkersovereenkomst wordt geregeld. In de regel zal ondertekening van de verwerkersovereenkomst samenvallen met die van de Overeenkomst. Mocht evenwel pas gedurende de looptijd van de Overeenkomst aanleiding ontstaan om een verwerkersovereenkomst te sluiten dan geeft lid 2 Partijen een contractuele basis om elkaar aan te spreken op de totstandkoming van een verwerkersovereenkomst.

Artikel 21. Melding in publicaties en/of reclame-uitingen

Toestemming vooraf is niet nodig in de situatie waarin Wederpartij het contract als referentie wil opgeven in een aanbestedingsprocedure. In dat geval kan een gegadigde of inschrijver immers alleen door een opgave van (vroegere) opdrachtgevers aan een referentie-eis voldoen.

Artikel 22. Vervanging Personeel van Wederpartij

Lid 1

Wederpartij dient zijn Personeel slechts bij wijze van uitzondering, en alleen met toestemming van Opdrachtgever, te vervangen. Zeker als het daarbij gaat om Personeel dat Opdrachtgever van cruciaal belang acht voor het verrichten van de Prestatie, (zogenoemde sleutelfiguren) zal die toestemming in de regel niet behoeven te worden verleend.

Lid 2

De hier bedoelde vervanging heeft niet alleen betrekking op situaties waarin Opdrachtgever Personeel onbekwaam acht maar ook op situaties waarin sprake is van "incompatibilité d'humeur". Bij het laatste gaat het om bezwaren gelegen in de persoon zelf. Voor een dergelijk verzoek tot vervanging kan ook aanleiding bestaan bij het uitblijven van een Verklaring omtrent het gedrag (VOG).

Artikel 24. Overdracht rechten en verplichtingen

Lid 1

Overdracht van rechten en verplichtingen uit de Overeenkomst leidt juridisch tevens tot een overgang van de verantwoordelijkheid voor de correcte nakoming daarvan. De derde aan wie door Wederpartij contractuele verplichtingen worden overgedragen, wordt voor het overgedragen deel, anders dan bij de onderaanneming van artikel 23, ten opzichte van Opdrachtgever immers zelf uitvoerder van (dat deel van) de Overeenkomst. Daarom is daarvoor steeds toestemming van

Opdrachtgever vereist. Wordt die niet verleend dan heeft de betreffende overdracht geen effect en blijven Partijen onverkort gebonden aan de Overeenkomst.

Lid 2

Dit lid bevat zekerheidshalve een uitdrukkelijke uitzondering op het toestemmingsvereiste bij de vestiging van beperkt zakelijke rechten. Het verbod van overdracht van artikel 24.1 betekent niet dat Wederpartij ter zake beschikkingsonbevoegd is. Hij kan alleen bepaalde rechtshandelingen zoals overdracht van een vordering uit de Overeenkomst, niet zonder toestemming van Opdrachtgever uitvoeren. Bij de vestiging van een pandrecht is van overdracht van de vordering evenwel geen sprake. Met de opname van het tweede lid is zeker gesteld dat de Voorwaarden niet in de weg staan aan de mogelijkheid voor Wederpartijen om hun huidige en toekomstige vorderingen in ruil voor kredietfaciliteiten aan een kredietinstelling te verpanden.

Artikel 26. Aansprakelijkheid

Leden 1, 2 en 3

Gebreken in Prestaties kunnen (zeker op het terrein van de IT) tot grote, vaak moeilijk op voorhand te overziene consequenties in de vorm van (gevolg)schades leiden. Teneinde de daaruit voor de markt voortvloeiende risico's beheersbaar en daarmee verzekerbaar te houden, is afgezien van toepassing van het in beginsel onbeperkte wettelijke aansprakelijkheidsregime. In plaats daarvan is gekozen voor een regeling waarbij onderscheid wordt gemaakt tussen persoons- en zaakschade alsmede daaruit voortvloeiende schade (de zogenoemde indirecte of gevolgschade) en overige schade. Voor persoons- en zaakschade en daaruit voortvloeiende schade, welke schades doorgaans vallen onder de dekking van een aansprakelijkheidsverzekering bedrijven (AVB), is aansluiting gezocht bij het daarvoor gebruikelijk in de IT-markt verzekerde bedrag van 1.250.000 euro per gebeurtenis (zie artikel 29.2 ARBIT). Bedoelde schades en de daaruit voortvloeiende schades (zoals doorbetaling van salaris in geval van persoonsschade en kosten van vervangende apparatuur in geval van zaakschade) vallen derhalve onder de aansprakelijkheidsbeperking van lid 2.

De aansprakelijkheid voor overige schade die in de praktijk meestal zal bestaan uit zuivere vermogensschade (d.w.z. op zichzelf staande schade die niet is een gevolg is van daaraan voorafgaande persoons- of zaakschade) en die doorgaans valt onder de dekking van een beroepsaansprakelijkheidsverzekering (BAV), is gelimiteerd op een bedrag van maximaal vier (4) maal de hoogte van de Vergoeding per gebeurtenis. In de Overeenkomst kunnen de genoemde maxima op een ander bedrag worden vastgesteld indien de aard van de Prestatie, de daaraan verbonden risico's en/of de omvang van de Vergoeding daartoe aanleiding geven.

De voorheen gebruikelijke verhoging van de aansprakelijkheid in geval van "beroepsfouten", is vervallen omdat vrijwel alle fouten van Wederpartij bij de uitvoering van de Overeenkomst, als "beroepsfouten" kunnen worden aangemerkt. De met het oog op beheersbaarheid van de aansprakelijkheidsrisico's geïntroduceerde maximalisering daarvan, zou bij handhaving van de "beroepsfout" derhalve al direct weer vrijwel volledig aan belang verliezen.

Voor alle duidelijkheid wordt er op gewezen dat het bij "een gebeurtenis" als bedoeld in lid 2 en 3 niet gaat om "een gebeurtenis" in verzekeringstechnische zin. Samenhang tussen gebeurtenissen kan zich in beginsel voordoen gedurende de gehele looptijd van de Overeenkomst en, indien een gebeurtenis na afloop daarvan plaatsvindt, ook nadien. Indien de aard van de Overeenkomst of de

aard en omvang van potentieel te belopen schade daartoe aanleiding geven, kan de periode gedurende welke van samenhang sprake kan zijn, in de Overeenkomst worden beperkt.

Lid 4

Dit lid bevat vier (gebruikelijke) uitzonderingen op de in de leden 2 en 3 opgenomen maximalisering van aansprakelijkheid.

De onder b opgenomen uitzondering heeft niet alleen betrekking op opzet of grove schuld van de leiding van de onderneming van Wederpartij maar ook op die van het Personeel. Dat is van belang omdat meestal het Personeel en niet de leidinggevendenden worden ingezet voor de uitvoering van de werkzaamheden.

De onder d opgenomen uitzondering heeft betrekking op schade als gevolg van schending van wet- en regelgeving op het terrein van de bescherming van persoonsgegevens.

De bescherming van natuurlijke personen bij de verwerking van persoonsgegevens is een grondrecht. Schending van dit grondrecht kan schadelijk zijn voor de betrokken natuurlijke personen. Is deze schade het gevolg van een verwerking in strijd met de verwerkersovereenkomst dan kunnen de verwerkingsverantwoordelijke en de verwerker elk voor de volledige schade aansprakelijk worden gehouden. Iedere verwerkingsverantwoordelijke of verwerker die de volledige schade heeft vergoed kan deze vervolgens verhalen op de andere bij dezelfde verwerking betrokken partijen voor het gedeelte dat hen aangaat. De grootte van ieders bijdrageplicht hangt samen met de mate waarin partijen toerekenbaar in strijd met de verwerkersovereenkomst of de wet- en regelgeving op het terrein van de bescherming van persoonsgegevens hebben gehandeld. In lijn daarmee is uitgangspunt van de ARBIT dat de aansprakelijkheid van partijen niet wordt gemaximaliseerd, maar verdeeld volgens het adagium 'de vervuiler betaalt'.

Artikel 27. Overmacht

Lid 3

Voor alle duidelijkheid bevat dit lid een herhaling van hetgeen is geregeld in artikel 6:78 BW.

Artikel 28. Gebreken in de samenwerking met andere programmatuur of apparatuur

De praktijk leert dat IT-Producten en/of Programmatuur van verschillende marktpartijen niet altijd even goed met elkaar kunnen samenwerken ("compatibel" zijn). Dit artikel verplicht Wederpartij om op verzoek van Opdrachtgever deel te nemen aan een overleg van bij zo'n samenwerkingsprobleem -mogelijk- betrokken derden met als doel het vinden van de oorza(a)k(en) daarvan en zo mogelijk een oplossing.

Artikel 29. Verzekering

Lid 1

Hoewel er geen wettelijke verplichting tot het afsluiten van een verzekering bestaat, hebben veel bedrijven een aansprakelijkheidsverzekering bedrijven (AVB) afgesloten. In de IT-branche zijn ook veel bedrijven tegen beroepsaansprakelijkheid (BAV) verzekerd. Ook komen computerapparatuur-, gegevens- en softwareconstructieverzekeringen en verzekeringen tegen de specifieke risico's van internet en e-commerce, voor. Het afsluiten van verzekeringen voor specifieke IT-projecten is in het algemeen moeilijk en kostbaar. Uitgangspunt is dat Wederpartij zich op een naar verkeersnormen passende en gebruikelijke wijze dient te verzekeren. Zowel verzekeraars als de IT-brancheorganisatie Nederland ICT kunnen meestal wel informatie verstrekken over wat een

“passende en gebruikelijke wijze” van verzekeren is. Daarbij dient te worden bedacht dat het enkele feit dat Wederpartij verzekerd is niet perse hoeft te betekenen dat door Opdrachtgever geleden schade ook steeds (volledig) zal worden vergoed. Dat hangt immers mede af van het bedrag dat op de verzekeringspolis van Wederpartij nog voor uitkering open staat op het moment waarop Opdrachtgever schade lijdt alsook van het daarbij geldende eigen risico en de eventueel in de verzekeringspolis opgenomen uitsluitingsgronden. Ook ten aanzien van het eigen risico en eventuele uitsluitingsgronden geldt steeds dat ze “passend en gebruikelijk” zullen moeten zijn. Bijzondere aandacht verdient nog dat verzekeraars wettelijk bevoegd zijn om verzekeringsbepalingen eenzijdig en zelfs met terugwerkende kracht te wijzigen. Dat kan Wederpartij al dan niet tijdelijk voor problemen stellen bij de naleving van de in dit artikellid opgenomen verplichting om zich op een naar verkeersnormen passende en gebruikelijke wijze te verzekeren en verzekerd te houden. Opdrachtgever zal daarmee in zo’n geval naar redelijkheid rekening dienen te houden tenzij daarover in de Overeenkomst expliciete afspraken zijn gemaakt. Is de Opdracht voorwerp geweest van een Europese aanbesteding, dan moeten de eisen die op grond van dit artikel aan een verzekering worden gesteld, vanzelfsprekend overeenkomen met de eisen die daaromtrent eerder tijdens die aanbesteding (met name in de selectiefase) zijn gesteld. Tenslotte wordt erop gewezen dat hetgeen in dit artikel is bepaald ten aanzien van de AVB eveneens geldt voor de BAV (zie artikel 52).

Lid 3

Verzoeken tot het overleggen van bewijzen van premiebetaling of informatie over (dreigende) schadeclaims kunnen, vooral bij beursgenoteerde bedrijven op bezwaren stuiten omdat het daarbij gaat om koersgevoelige informatie die daarom niet mag worden verstrekt. Ook weigeren verzekeraars soms om de verzekeringspolis aan derden over te leggen uit vrees voor daarop afgestemd claimedrag. Wel is men in de regel bereid om certificaten af te geven met informatie over de aard en omvang van de door Wederpartij afgesloten verzekering(en).

Tenslotte zij erop gewezen dat ook bij het sluiten van Overeenkomsten met (Nederlandse) dochtermaatschappijen van in het buitenland gevestigde moedermaatschappijen, het bepaalde in dit artikel onverkort van toepassing is.

Artikel 30. Ontbinding en opzegging

Lid 1

Bij ontbinding van de Overeenkomst ontstaan zogenoemde ongedaanmakingsverbintenissen (artikel 6:271 BW). De ontvanger van een Prestatie is op grond daarvan verplicht tot teruggave daarvan. Bij ICT contracten zal dat veelal niet onverkort mogelijk zijn. In dat geval kan de partij die ontbindt, gehouden zijn een vergoeding te betalen voor de waarde die de ontvangen Prestatie heeft gehad (artikel 6:272 BW).

Ook gedeeltelijke ontbinding van de Overeenkomst als bedoeld in artikel 6:270 BW is mogelijk indien de tekortkoming geen volledige ontbinding rechtvaardigt of Opdrachtgever er de voorkeur aan geeft om (een deel van) een reeds verrichte Prestatie te behouden.

Omdat de Overeenkomst veelal het gevolg zal zijn van een Europese aanbesteding is aan het artikel toegevoegd dat Opdrachtgever de Overeenkomst kan ontbinden indien alsnog uitsluitingsgronden op Wederpartij van toepassing zijn. Ook kan het voorkomen dat Wederpartij niet langer aan de destijds gestelde kwalificatiecriteria of minimumeisen voldoet. Dat laatste is onder meer afhankelijk van de inhoud van de gevoerde aanbesteding. Daarom zijn daar in de

ARBIT zelf geen gevolgen aan verbonden. In daartoe aanleiding gevende gevallen kunnen daarvoor in de met de aanbesteding mee te zenden Overeenkomst specifieke bepalingen worden opgenomen.

Lid 3

Surseance van betaling, al dan niet in voorlopige vorm, is vooral bedoeld om bedrijven de kans op een doorstart te bieden en faillissement te voorkomen. Daarmee dient bij het overwegen van de mogelijkheid om in geval van surseance tot ontbinding van de Overeenkomst over te gaan, dan ook rekening te worden gehouden.

Lid 4

Op grond van afdeling 4.3.1 van de Aanbestedingswet 2012 kan een overeenkomst onder omstandigheden op aanbestedingsrechtelijke gronden worden vernietigd. Deze vernietiging wordt door de rechter in een bodemprocedure uitgesproken. Tussen het moment waarop Opdrachtgever bekend is met de gestelde vernietigingsgrond (uiterlijk de datum van de dagvaarding) en de datum van de uitspraak in de bodemprocedure kan een dermate lange periode zijn gelegen dat Opdrachtgever er belang bij heeft de overeenkomst voortijdig eenzijdig te ontbinden. Het gaat dan met name om situaties waarin er naar eigen inschatting een grote kans bestaat dat de rechter de vernietiging van de Overeenkomst zal uitspreken en Opdrachtgever met een voortijdige ontbinding de schade als gevolg daarvan kan beperken.

Lid 5

Normaliter is bij contractering op basis van de ARBIT sprake van één Overeenkomst en één Wederpartij. Is dat in een concreet geval anders en schiet Wederpartij bij de uitvoering van een van die Overeenkomsten tekort of komt hij anderszins tijdelijk of blijvend in de onmogelijkheid te verkeren om te presteren, dan kan het wenselijk zijn om behalve de eigenlijke Overeenkomst ook een of meer van de daarmee wezenlijk samenhangende Overeenkomsten met Wederpartij te ontbinden. Daarvoor moet derhalve sprake zijn van een essentieel verband tussen de betreffende Overeenkomsten. Dat kan bijvoorbeeld zo zijn indien Opdrachtgever van Wederpartij voorafgaand aan een door deze uit te voeren IT project, alvast bij afzonderlijke Overeenkomst Gebruiksrechten heeft afgenomen. Mocht het desbetreffende IT project in dat geval mislukken dan zal Opdrachtgever meestal ook geen behoefte meer hebben aan die Gebruiksrechten. Omdat de gevolgen van de ontbinding zich in dat geval verder uitstrekken dan alleen tot de Overeenkomst bij de uitvoering waarvan tekort wordt geschoten, is het noodzakelijk dat een dergelijk verband tussen Overeenkomsten daarin duidelijk wordt vastgelegd.

Lid 6

Opdrachtgever is bevoegd de Overeenkomst te allen tijde op te zeggen. De schriftelijke opzegging moet per aangetekende post worden verzonden. In de leden 7 t/m 9 is bepaald welke vergoeding Opdrachtgever in verband met de opzegging aan Wederpartij verschuldigd is.

Leden 7, 8 en 9

De in verband met een opzegging door Opdrachtgever aan Wederpartij verschuldigde vergoeding verschilt naar gelang de aard van de overeenkomst. Voor de hoogte van de vergoeding is aangesloten bij het systeem van de wet. Deze vergoeding staat los van de situatie waarin de opdrachtgever de Overeenkomst wegens wanprestatie ontbindt.

Voor Opdrachten met een eenmalig karakter dan wel een vaste looptijd waarbij de verschuldigdheid van de Vergoeding afhankelijk is van de volbrenging of van het verstrijken van die tijd is, is aansluiting gezocht bij de vergoedingsregeling van artikel 7:411 BW. Voor overige

Overeenkomsten is aansluiting gezocht bij de vergoedingsregeling die geldt bij de opzegging van de overeenkomst van aanneming van werk.

Opdrachtgever rekent bij opzegging van deze laatste categorie overeenkomsten onder meer af op basis van de verplichtingen die Wederpartij reeds is aangegaan voor zover die niet kunnen worden beperkt. Van Wederpartij wordt in dit verband verwacht dat hij binnen redelijke grenzen maatregelen treft ter beperking van de vergoeding voor de aangegane verplichting. Uit dien hoofde kan van Wederpartij bijvoorbeeld worden verlangd dat hij gebruik maakt van een contractuele bevoegdheid om de met de derde gesloten overeenkomst kosteloos te beëindigen.

Bij gemengde Overeenkomsten zijn de vergoedingsregelingen van lid 7 en 8 naast elkaar van toepassing op de desbetreffende gedeeltes van de Overeenkomst.

Artikel 32. Exitclausule

Lid 1

Het is vrijwel altijd zo dat Opdrachtgever in zekere mate afhankelijk is van Wederpartij waardoor hij bij beëindiging van de Overeenkomst niet zonder Wederpartij verder kan. Opdrachtgever zal bijvoorbeeld zelf werkzaamheden moeten verrichten die hij dacht te hebben uitbesteed of een nieuwe Wederpartij in staat moeten stellen die werkzaamheden te verrichten. Zowel Opdrachtgever als de nieuwe Wederpartij hebben er belang bij dat de uitvoering van een IT-overeenkomst niet wordt belemmerd door migratieperikelen als gevolg van gebrekkige medewerking van de oude Wederpartij. Het verdient dus aanbeveling om een en ander nader uit te werken in de IT-overeenkomst.

Lid 2

Bij een 'normale' beëindiging van de Overeenkomst vormt de medewerking van de Wederpartij een betaalde dienst. Wordt de Overeenkomst wegens een toerekenbare tekortkoming ontbonden dan is die medewerking onderdeel van de schadebeperkingsplicht en wordt daarvoor niet apart betaald.

Artikel 37. Geschillen en toepasselijk recht

Lid 1

Steeds vaker wordt voor het oplossen van geschillen gebruik gemaakt van andere vormen van rechtspraak dan die door de rechter. Daarbij kan onder meer worden gedacht aan arbitrage en mediation. De ARBIT gaan in beginsel nog steeds uit van rechtspraak door de rechter maar laten wel uitdrukkelijk de mogelijkheid open dat partijen een andere wijze van geschilbeslechting overeenkomen. In de Modelovereenkomst is met het oog daarop een facultatieve bepaling opgenomen. Bij een keuze daarvoor kunnen partijen zich bijvoorbeeld wenden tot in geschilbeslechting gespecialiseerde organisaties als de Stichting Geschillenoplossing Automatisering (SGOA) en het Nederlands Arbitrage-Instituut. De afspraak om een geschil niet aan de gewone rechter voor te leggen kan ook op een later moment nog worden gemaakt.

Juist bij de beoordeling van IT-geschillen zal vaak behoefte bestaan aan het inhoudelijk oordeel van een IT-deskundige. Dat kan worden verkregen door de inschakeling van een deskundige in een gewone procedure maar bijvoorbeeld ook door een keuze voor arbitrage als vorm van geschillenbeslechting. Mediation is, anders dan gewone rechtspraak en arbitrage, vooral gericht op het inzichtelijk maken van persoonlijke motieven van partijen en minder op een juridische en technische beoordeling van het geschil. Overigens kan ook de gewone rechter partijen, in daartoe naar zijn oordeel aanleiding gevende gevallen, adviseren een mediator in te schakelen.

Lid 2

De bepalingen van het Weens Koopverdrag die alleen zien op de koop van roerende zaken zijn, zoals meestal gebeurt in algemene voorwaarden van kopers, samen met (andere) regels van internationaal privaatrecht van toepassing uitgesloten.

BIJZONDERE BEPALINGEN KOOP

Artikel 38. Installatie

Dit is een van de artikelen uit de ARBIT die terugblikken op de fase voorafgaand aan het sluiten van de Overeenkomst (zie bijvoorbeeld ook artikel 4). Inspectie is immers alleen zinvol voordat het Product is Afgeleverd. Aan deze verplichting moet dus al in de aanbestedingsfase aandacht worden geschonken. De bijzondere eisen die het Product aan zijn omgeving stelt, zijn mede bepalend voor de vraag of tot zo'n inspectie moet worden overgegaan. Ziet Leverancier daarvan af en blijkt later dat de plek van Installatie vanwege de eisen die het Product daaraan stelt had moeten worden aangepast, dan kan hem dat worden aangerekend.

Artikel 39. Garanties

Onder "nieuw" worden tevens verstaan zogenoemde "refurbished" (opgeknapte) onderdelen.

Artikel 40. Bijzondere informatieverplichting

Deze verplichting geldt gedurende drie jaar na het sluiten van de Overeenkomst. Daarna staat het partijen uiteraard vrij om dergelijke informatie uit te (blijven) wisselen.

Artikel 41. Modificaties van Producten

Verplichte modificaties worden steeds kosteloos uitgevoerd. Het zal daarbij meestal gaan om modificaties die verband (kunnen) houden met productaansprakelijkheid van de Leverancier als bedoeld in artikel 6:185 e.v. BW.

Volledigheidshalve wordt er nog op gewezen dat Gebruiksrechten op besturingssoftware in bijvoorbeeld hardware, anders dan bij de BiZa modelcontracten het geval was, afzonderlijk moeten worden verworven.

BIJZONDERE BEPALINGEN GEBRUIKSRECHTEN

Algemeen

De licentiepraktijk van Standaardprogrammatuur kent diverse varianten waaronder bekende als concurrent user-, site- en MIPS-licenties ("million instructions per second"). In feite zijn dit contractuele afspraken over de vormen van gebruik die de rechthebbende van de programmatuur aan de gebruiker daarvan wel of niet toestaat en waar wel of niet aanvullend voor moet worden betaald. Veel van die licenties (in de ARBIT Gebruiksrechten genoemd) zijn door de fabrikanten contractueel vaak ook nog verschillend uitgewerkt. Zo kende bijvoorbeeld alleen Microsoft tot voor kort al ruim honderd verschillende licentievormen.

In de ARBIT is er voor gekozen om, ongeacht het door Wederpartij aangeboden licentiemodel, te volstaan met het vastleggen van een aantal bij licentiëring van Standaardprogrammatuur wenselijk

geachte voorwaarden. Daarmee wordt voorkomen dat de ARBIT bij wijzigingen van bestaande licentiemodellen steeds opnieuw moeten worden aangevuld en/of gewijzigd.

Indien onverkorte toepassing van de ARBIT bij de verwerving van Gebruiksrechten in een voorliggend geval niet mogelijk blijkt dient over een eventuele afwijking daarvan contact te worden opgenomen met de juridische afdeling van uw organisatie. Ook dan dient echter wel steeds zoveel mogelijk aan de uitgangspunten van de ARBIT te worden vastgehouden.

Open source

Bij open source software (hierna noemen OSS) wordt, anders dan bij “closed source”

Programmatuur, de Broncode vrijgegeven en mag de gebruiker de Programmatuur - verder - openbaar maken en wijzigen. Bij “closed source” Programmatuur mag alleen de rechthebbende dat. OSS wordt onder eigen licentievoorwaarden uitgebracht met als meest typerende kenmerk een volledig vrij toegankelijke Broncode. Inmiddels bestaan er vele tientallen door het Open Source Initiative goedgekeurde OSS licenties met als bekendste de GNU/GPL en BSD.

Bij de afdeling van OSS zijn verschillende situaties denkbaar. Indien OSS (gratis) van het internet wordt gedownload en daarbij de toepasselijke licentievoorwaarden worden geaccepteerd, zijn de ARBIT niet van toepassing. Wordt Programmatuur aanbesteed en kunnen daarbij zowel aanbieders van OSS als closed source Programmatuur inschrijven, dan dient te worden gezorgd voor een gelijke behandeling van de inschrijvers ('level playing field'). Omdat OSS voor de toepassing van de ARBIT valt onder het begrip Standaardprogrammatuur, wordt ook van marktpartijen die op basis van OSS aanbieden, geëist dat zij de algemene verplichtingen uit de ARBIT, bijvoorbeeld ten aanzien van aansprakelijkheid, vrijwaring en garanties, aanvaarden. OSS licentievoorwaarden verzetten zich daartegen meestal ook niet. Wederpartij dient steeds duidelijk aan te geven welke specifieke licenties op welke delen van de Programmatuur van toepassing zijn.

Voorts is denkbaar dat een IT-opdracht wordt aanbesteed waarbij wordt volstaan met het vragen van de inschrijvers om een oplossing voor een in de opdracht beschreven probleem. Ook dan moet een "level playing field" bestaan en zal een Wederpartij die bij zijn oplossing gebruik wil maken van OSS, in ieder geval dezelfde verplichtingen als hiervoor bedoeld moeten aanvaarden.

Artikel 42. Aanvullende begripsbepalingen

Lid 1

Waar in deze Bijzondere bepalingen sprake is van “onderhoud” (derhalve met een kleine letter en niet als begrip met een hoofdletter) gaat het alleen om handelingen die strikt noodzakelijk zijn voor de continuïteit van het gebruik van Standaardprogrammatuur. Andere meer omvattende activiteiten zoals het uitbrengen van Nieuwe versies, maken daar geen onderdeel van uit. Dat kan wel zo zijn indien sprake is van Onderhoud met een hoofdletter (artikel 68 e.v.) .

Vaak worden Opdrachtgevers overigens bij de aanschaf van Gebruiksrechten contractueel verplicht om tevens Onderhoud van Wederpartij af te nemen.

Artikel 43. Aard en inhoud van het Gebruiksrecht

Een Gebruiksrecht (licentie) is een persoonlijk recht dat Opdrachtgever verkrijgt op basis van een Overeenkomst. Gebruiksrechten worden in verschillende vormen op de markt gebracht. De vastlegging van de omvang van een Gebruiksrecht is een belangrijk onderdeel van de Overeenkomst. Leveranciers beperken de omvang van dat recht vaak sterk wat veel onduidelijkheid kan opleveren. De omvang van een Gebruiksrecht wordt in de ARBIT vooral bepaald door het Overeengekomen gebruik (zie artikel 1.23). Hiermee kan Opdrachtgever zich er

van verzekeren dat hij Standaardprogrammatuur ook inderdaad zal kunnen gebruiken voor het daarmee door hem beoogde doel. Om te kunnen vaststellen wat het Overeengekomen gebruik in een concreet geval inhoudt worden partijen gedwongen zich vooraf een goed beeld te vormen van hetgeen Opdrachtgever met de inzet van de Programmatuur voor ogen staat. Aangezien bij het sluiten van een Overeenkomst door onderdelen van de Rijksoverheid steeds de Staat der Nederlanden als formele contractspartij optreedt, is het voor de bepaling van de omvang van het toegestane gebruik van Gebruiksrechten van belang dat duidelijkheid bestaat over de vraag wie exact de feitelijke Opdrachtgever/gebruiker is. Het door deze beoogde gebruik van de Programmatuur is immers in beginsel bepalend voor wat uiteindelijk als Overeengekomen en dus toegestaan gebruik van de Standaardprogrammatuur moet worden beschouwd. Inkopers dienen er bij het opstellen van het Bestek dan ook goed op te letten wie de feitelijke gebruikers van de Standaardprogrammatuur worden en voor welk doel zij die Programmatuur willen inzetten.

Lid 1

Hoofdbepaling is dat een Gebruiksrecht eeuwigdurend en onherroepelijk is. Dat neemt niet weg dat Wederpartij de Overeenkomst in geval van een tekortkoming door Opdrachtgever (bijvoorbeeld omdat die de Vergoeding niet betaalt) de Overeenkomst kan ontbinden en dat de daaruit wettelijk voortvloeiende “ongedaanmakingsverbintenissen” (zie onder artikel 30, lid 1, hiervoor) dan alsnog kunnen leiden tot beëindiging van het Gebruiksrecht. Bovendien kan het onder omstandigheden (bijvoorbeeld bij software die slechts korte tijd gebruikt gaat worden) verstandig zijn om geen eeuwigdurend maar een – veelal goedkoper – tijdelijk Gebruiksrecht te verwerven. In dat geval dient in de Overeenkomst een afwijkende bepaling te worden opgenomen.

Lid 2

Dit artikellid bevat enkele specifieke rechten die worden geacht altijd in een Gebruiksrecht te zijn begrepen. Tot die rechten behoort onder meer het recht om kopieën te vervaardigen, op te slaan en regelmatig te testen met het oog op calamiteiten. Het recht om die kopieën, mocht zich zo’n calamiteit voordoen, ook te mogen gebruiken is daarbij inbegrepen. Bij het gebruik van de Standaardprogrammatuur ten behoeve van test- en ontwikkeldoelinden moet “ontwikkelen” worden verstaan in de beperkte zin van handelingen ter voorbereiding van de ingebruikname van Standaardprogrammatuur.

Bij het gebruik door een derde van Standaardprogrammatuur waarvan de Gebruiksrechten eerder door Opdrachtgever zijn verworven, kan met name aan “outsourcing” worden gedacht. Daarbij geldt nadrukkelijk dat de Gebruiksrechten door de outsourcing dienstverlener alleen ten behoeve van de eigen bedrijfsvoering van Opdrachtgever mogen worden ingezet. De bij de outsourcing aan dat bedrijf beschikbaar gestelde Programmatuur mag dus niet ook voor diensten ten behoeve van derden (waaronder in dit verband begrepen andere overheidsdiensten) worden gebruikt. Dat zou ook niet meer aansluiten bij het Overeengekomen gebruik. De licentiegever kan bovendien verlangen dat de outsourcing dienstverlener dan een geheimhoudingsverklaring ondertekent.

Lid 3

Om de continuïteit van de bedrijfsvoering te verzekeren, mag Opdrachtgever Standaardprogrammatuur die bij hem in gebruik is kopiëren en installeren zo vaak als hij dat om die reden nodig acht. Opdrachtgever mag dus Programmatuur kopiëren zonder dat hij inbreuk maakt op het intellectuele eigendomsrecht daarop van Wederpartij.

In de bijbehorende Overeenkomst dient met het oog daarop nauwkeurig te worden vastgelegd welke betalingsmodel (named of concurrent user, site enz.) bij het verkrijgen van het

Gebruiksrecht is afgesproken, wie de administratie van het totaal aantal in omloop zijnde Gebruiksrechten gaat bijhouden, hoe dat gaat gebeuren en op welke wijze Opdrachtgever een eventueel verschuldigde aanvullende Vergoeding, aan Wederpartij dient te voldoen. Opdrachtgever dient zich ook daarom vooraf zorgvuldig door Wederpartij te laten informeren over de totale kosten die naar redelijke verwachting van Wederpartij voor Opdrachtgever aan het gebruik van de Standaardprogrammatuur verbonden zullen zijn.

Lid 4

Duidelijk moet zijn wanneer het volle Gebruiksrecht ingaat. Met de keuze voor het moment van Acceptatie wordt voorkomen dat een daaraan voorafgaand gebruik door Opdrachtgever voor installatie- en testdoeleinden, door Wederpartij al kan worden aangemerkt als uitoefening van het eigenlijke Gebruiksrecht. Dat laatste zou immers ook betekenen dat de Standaardprogrammatuur (dus) reeds door Opdrachtgever is geaccepteerd.

Lid 5

Opdrachtgever heeft op grond van artikel 12 een garantie van 12 maanden op gratis herstel van gebreken. Het is in beginsel aan Wederpartij om te bepalen op welke wijze hij aan die garantieverplichting uitvoering geeft. Herstelt hij Gebreken in Standaardprogrammatuur alleen door het uitbrengen van Patches of Verbeterde versies, dan kan Opdrachtgever, ongeacht de vraag of partijen behalve het gebruik van de Programmatuur ook nog Onderhoud zijn overeengekomen, uit hoofde van deze garantie aanspraak op de ontvangst en het gebruik daarvan maken.

Artikel 44. Garanties

Onder a.

Beschermingsmaatregelen, van welke aard ook, mogen er nooit toe leiden dat Opdrachtgever op welke wijze ook in het Overeengekomen gebruik wordt gehinderd.

Onder b.

Soms zal de Wederpartij niet de 'eigenaar' zijn van de software. In dat geval verleent hij namens die eigenaar een licentie. Daartoe dient hij vanzelfsprekend wel gemachtigd te zijn.

Artikel 45. Verstrekken van een Installatiekopie

Lid 1

Steeds meer Standaardprogrammatuur wordt niet in een fysieke vorm verstrekt maar door middel van toegang tot een website zodat Opdrachtgever de Programmatuur kan downloaden. De rechtmatige verkrijging van een (Installatie)kopie op een fysieke gegevensdrager, werd door sommigen ook van belang geacht voor de toepasselijkheid van de zogenoemde "uitputtingsleer" geregeld in artikel 12b Auteurswet (Aw). Die leer komt er op neer dat indien de rechtmatige verkrijger van een exemplaar van een werk als bedoeld in de Aw (waaronder ook computerprogramma's vallen) datzelfde exemplaar aan een derde overdraagt, hij geen inbreuk op het auteursrecht van de maker van het werk maakt. De verkrijging van een fysiek exemplaar zou bovendien van belang zijn voor de toepasselijkheid van de wettelijke licentieregeling van artikel 45j Aw. Vanwege het woord "exemplaar" werd daarbij wel het standpunt ingenomen dat zowel de uitputtingsleer als de wettelijke licentieregeling alleen van toepassing zijn indien Programmatuur niet alleen "on line" maar ook in een fysieke vorm (bijv. op een CD ROM) beschikbaar is gesteld. Uit een arrest van het Hof van Justitie van 3 juli 2012 (UsedSoft GmbH tegen Oracle International

Corp.) is inmiddels evenwel duidelijk geworden dat de uitputtingsregeling ook geldt voor niet fysieke “exemplaren”.

Artikel 46. Omzetting in andere Gebruiksrechten

Omzetting kan bijvoorbeeld leiden tot een andere wijze van betaling bijvoorbeeld door wijziging van een named user- in een serverlicentie. Mede gelet op de vergaande consequentie van het niet bereiken van overeenstemming, dient het in dit artikellid bedoelde overleg door beide partijen steeds in redelijkheid te worden gevoerd. Indien een voorgestelde omzetting kan leiden tot een ander dan het Overeengekomen gebruik, verdient ook de vraag of de omzetting dan aanbestedingsrechtelijk wel is toegestaan, aandacht.

Artikel 47. Escrow

Leden 1 en 4

Of Escrow inderdaad nodig, gebruikelijk en redelijk is moet per geval worden bepaald. In het algemeen bestaat aanleiding voor Escrow indien sprake is van bedrijfskritische Standaardprogrammatuur, van Standaardprogrammatuur die wordt aangeboden door een kleinere Wederpartij en/of van Standaardprogrammatuur met een relatief kleine gebruikerskring. Ook tijdens de looptijd van de Overeenkomst is het op grond van dit artikel mogelijk Escrow overeen te komen als dat bij aanvang van de Overeenkomst nog niet is gebeurd. Verder kan bij een al bestaande regeling van Escrow worden aangesloten als de voorwaarden daarvan althans niet strijdig zijn met die van de Overeenkomst. Het is dus niet zo dat Wederpartij altijd zelf voor een Escrow moet zorgen.

Er dient steeds op gelet te worden dat de Rechthebbende ook aan de derde, aan wie de Standaardprogrammatuur in Escrow wordt gegeven, een Gebruiksrecht verstrekt zodat die zijn bij de Escrow regeling overeengekomen activiteiten ook inderdaad kan verrichten. Tezamen met de Broncode dient alle informatie te worden gedeponereerd die nodig is om de Broncode bij vrijgave te kunnen gebruiken en te onderhouden.

Lid 2

Het gaat te ver om in de ARBIT alle aan Escrow te stellen eisen te regelen. Daarom is volstaan met het uitgangspunt dat een overeenkomst van Escrow dient te voldoen aan hetgeen dienaangaande in Nederland gebruikelijk is. Dat geldt ook voor de zogenoemde “triggering events”, dat wil zeggen de bijzondere omstandigheden waaronder Opdrachtgever afgifte van de Broncode van de derde kan eisen. Als een Opdrachtgever specifieke eisen met betrekking tot Escrow heeft moet hij dat direct bij de verwerving van de Standaardprogrammatuur aan de orde stellen en waar nodig in de Overeenkomst vastleggen.

BIJZONDERE BEPALINGEN OPDRACHTEN

De artikelen 48 t/m 53 gelden voor alle IT-Opdrachten. Daarna volgen specifieke artikelen voor Adviesdiensten (artikel 54 t/m 56), ontwikkeling Maatwerkprogrammatuur (artikel 57 t/m 60) en Detachering (artikel 61 t/m 67).

OPDRACHTEN ALGEMEEN

Algemeen

IT-Opdrachten komen in verschillende vormen voor. De meest bekende daarvan zijn IT-adviesdiensten en Detachering. Tussen Opdrachtgever en Opdrachtnemer is daarbij meestal sprake van een Overeenkomst van opdracht als bedoeld in artikel 7:400 e.v. BW. Dat laatste geldt echter niet ook steeds voor de juridische verhouding zoals die ontstaat tussen Opdrachtgever en het door Opdrachtnemer voor de uitvoering van de Opdracht bij Opdrachtgever ingezette Personeel. Opdracht en Detachering verschillen daarin wezenlijk van elkaar. Hierna wordt op dat verschil, waaraan ook aanbestedingsrechtelijke gevolgen zijn verbonden, verder ingegaan. Opdrachten waarbij het specifieke IT-aspect niet voorop staat zoals die tot het verzorgen van IT-opleidingen, kunnen in beginsel gewoon met toepassing van de ARVODI worden verstrekt.

Artikel 48. Aanvullende begripsbepalingen

Lid 1

Aard en inhoud van de Opdracht zijn bepalend voor het onderscheid tussen een opdracht in de zin van artikel 7:400 BW, waarbij het gaat om het realiseren van een bepaalde Prestatie (het werk) enerzijds en Detachering anderzijds. Bij Detachering gaat het Personeel van Opdrachtnemer al dan niet specifieke werkzaamheden verrichten onder leiding en toezicht van Opdrachtgever. Die werkzaamheden worden, anders dan bij de Opdrachtovereenkomst als bedoeld in artikel 7:400 BW, dus niet "in zelfstandigheid en onder eigen verantwoordelijkheid" van Opdrachtnemer uitgevoerd zoals bij artikel 7:400 BW, maar onder verantwoordelijkheid, leiding en toezicht van Opdrachtgever zelf. Daarom kan bij Detachering ook geen sprake zijn van Acceptatie van het resultaat van de werkzaamheden en evenmin van Meerwerk.

Artikel 49. Plaats en tijden werkzaamheden

Lid 1

Bij de in dit artikellid bedoelde wijzigingen van de werkplek gaat het om een structurele wijziging, niet om de incidentele inzet door Opdrachtgever van aan hem beschikbaar gesteld Personeel op een andere dan overeengekomen plaats.

Artikel 50. Inzet specifiek Personeel

Als uitgangspunt geldt dat Opdrachtnemer voor de uitvoering van de Overeenkomst ingezet Personeel in beginsel niet zal vervangen. Is de Overeenkomst gesloten met het oog op de uitvoering daarvan door een of meer bepaalde personen, dan kan van vervanging helemaal geen sprake zijn.

Artikel 52. Beroepsaansprakelijkheidsverzekering

In artikel 29 is de verzekering tegen wettelijke aansprakelijkheid van bedrijven (AVB) geregeld. Daarnaast beschikken de meeste ICT-dienstverleners ook over een beroepsaansprakelijkheidsverzekering (BAV). De formulering van het artikel laat ruimte voor het niet verzekerd zijn tegen beroepsaansprakelijkheid indien Opdrachtnemer aantoont dat het hebben van zo'n verzekering onder de omstandigheden van het voorliggende geval, ongebruikelijk is. Vindt Opdrachtgever het hebben van een BAV noodzakelijk dat dient hij daarover in de

aanbestedingsdocumenten specifieke eisen op te nemen. Die eisen moeten uiteraard wel steeds proportioneel en relationeel zijn.

Artikel 53. Arbeidsvoorwaarden

Opdrachtgever acht het van belang dat Opdrachtnemer ten aanzien van zijn personeel de wet- en regelgeving en de Collectieve arbeidsovereenkomst (Cao) die op hem en zijn werknemers op het gebied van arbeidsvoorwaarden (zoals o.a. de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag, de Arbeidstijdenwet en arbeidsomstandighedenwetgeving) van toepassing is, naleeft. Dit wordt in het eerste lid van dit artikel onderstreept.

In geval van grensoverschrijdende dienstverrichting, zoals bedoeld in de detacheringsrichtlijn (Richtlijn 96/71/EG) is de Wet arbeidsvoorwaarden gedetacheerde werknemers in de Europese Unie (WagwEU) van belang om te kunnen te bepalen welke arbeidsvoorwaarden van toepassing zijn op werknemers uit andere lidstaten. Deze wet geldt voor dienstverrichters (bedrijven/werkgevers) uit andere EU-landen die in het kader van transnationale dienstverrichting hun personeel tijdelijk in Nederland werkzaamheden laten verrichten, waarna ze weer terugkeren naar de lidstaat van herkomst. Dit personeel heeft ten aanzien van het verrichten van de werkzaamheden in Nederland in ieder geval recht op de belangrijkste arbeidsvoorwaarden die de Nederlandse wet- en regelgeving voorschrijft, zoals:

- het minimum loon;
- voldoende rusttijden;
- veilige arbeidsomstandigheden;
- gelijke behandeling van mannen en vrouwen;
- een minimum aantal betaalde vakantiedagen.

Daarnaast moeten Europese werkgevers zich op een aantal punten aan dezelfde Cao-bepalingen (mits gunstiger) houden als Nederlandse werkgevers. Dit volgt uit artikel 2, zesde lid, van de Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten (Wet Avv), waarin is bepaald dat de kernbepalingen in CAO's die algemeen verbindend zijn verklaard, ook van toepassing zijn op gedetacheerde werknemers van dienstverleners uit andere EU-landen, die tijdelijk in Nederland werken.

De overige leden 2 t/m 5 zijn opgenomen in verband met de in de Wet aanspraak schijnconstructies (Was) opgenomen bepalingen, zoals een in het Burgerlijk Wetboek geïntroduceerd ketenaansprakelijkheidssysteem. Uiteindelijk beogen voornoemde artikelliden te voorkomen dat Opdrachtgever op grond van de Was aansprakelijk wordt gesteld voor het betalen van het verschuldigde loon van werknemers van een onderaannemer, die het door hem ingeschakelde personeel niet heeft behandeld conform de hiervoor genoemde toepasselijke regelgeving, waaronder het betalen van het juiste verschuldigde loon.

OPDRACHTEN SPECIFIEK

Kenmerkend voor zowel IT-adviesdiensten als voor de ontwikkeling van Maatwerkprogrammatuur is dat de eindverantwoordelijkheid voor een goede uitvoering van de Opdracht, anders dan bij Detachering, volledig bij Opdrachtnemer ligt.

Artikel 54. Dagelijkse leiding en toezicht

Een van de verantwoordelijkheden die voortvloeit uit het hebben van de dagelijkse leiding en het houden van toezicht is dat Opdrachtnemer er voor zorgt dat zoveel bevoegd en deskundig toezichthoudend Personeel wordt ingezet als, gelet op de omvang en complexiteit van de Opdracht, voor een goede uitvoering daarvan noodzakelijk is.

Artikel 56. Projectfasering

In de Overeenkomst moet worden geregeld of een projectfase eerst moet zijn afgesloten door middel van (deel)Acceptatie alvorens Opdrachtnemer met zijn werkzaamheden ten behoeve van de daarop volgende fase mag aanvangen. De in het kader van projectfasering overeengekomen termijnen, zullen veelal Fatale termijnen zijn (artikel 1.8).

Ontwikkeling Maatwerkprogrammatuur

Artikel 57. Leiding en toezicht, benoeming projectleiders en projectfasering

Net als bij IT-adviesdiensten worden werkzaamheden tot ontwikkeling van Maatwerkprogrammatuur steeds uitgevoerd onder verantwoordelijkheid van Opdrachtnemer.

Artikel 58. Oplevering Maatwerkprogrammatuur

Mede vanwege de (in beginsel) voorgeschreven overdracht van intellectuele eigendomsrechten op Maatwerkprogrammatuur (zie artikel 8), dient Oplevering plaats te vinden in Bron- en, waar van toepassing, Objectcodevorm. Ook het functioneel en technisch ontwerp van de Programmatuur maken onderdeel uit van de Oplevering.

Artikel 59. Acceptatieprocedure Maatwerkprogrammatuur

Lid 2

Partijen kunnen overeenkomen dat zij voorafgaand aan de Oplevering, eventueel gezamenlijk, een testprocedure opstellen. Ook kunnen zij overeenkomen dat Opdrachtnemer, voordat hij de Prestatie aan Opdrachtgever oplevert, eerst zelf beoordeelt of de Prestatie geschikt is voor het Overeengekomen gebruik.

Lid 3

Indien Opdrachtgever tot Acceptatie van de Prestatie overgaat ondanks het feit dat hij daarin Gebreken heeft geconstateerd, geldt het bepaalde in artikel 11.6.

Lid 6

Toepassing van de in dit artikel aan Opdrachtgever verleende bevoegdheid om Gebreken desnoods zelf te verhelpen of door een derde te laten verhelpen, kan tot problemen leiden bijvoorbeeld omdat Opdrachtnemers soms het standpunt innemen dat garantierechten van Opdrachtgever daardoor komen te vervallen. Daarom is aan het slot van dit artikellid nadrukkelijk bepaald dat overeengekomen verantwoordelijkheden van Opdrachtnemer voor het eindresultaat (waaronder diens garantieverplichtingen), in dat geval volledig blijven gelden.

Lid 7

Om misverstanden te voorkomen is uitdrukkelijk bepaald dat Opdrachtnemer in verzuim verkeert als Opdrachtgever de Maatwerkprogrammatuur na de tweede acceptatietest opnieuw afkeurt.

Artikel 60. Onderhoud Maatwerkprogrammatuur

Lid 1

Uitgangspunt van de ARBIT is dat de IE-rechten op Maatwerkprogrammatuur aan Opdrachtgever worden overgedragen (zie artikel 8). Opdrachtgever is dan voor het beheer en Onderhoud daarvan niet uitsluitend aangewezen op Wederpartij. Opdrachtgever die daarvoor in het bezit van de Broncode moet zijn gesteld (artikel 58), kan dus besluiten om het beheer en Onderhoud van de Maatwerkprogrammatuur door een andere partij dan Opdrachtnemer te laten uitvoeren. Dit artikellid verplicht Opdrachtnemer om aan uitvoering door zo'n derde, indien Opdrachtgever hem dat vraagt, zijn volledige medewerking te verlenen en daarvoor eventueel nog benodigde (aanvullende) informatie aan Opdrachtgever of die derde, te verstrekken. Maatwerkprogrammatuur moet verder op zodanig gedocumenteerd zijn dat op maat gemaakte en geïmplementeerde functionaliteiten aan de hand daarvan kunnen worden beheerd en onderhouden. Ook de Broncode van Maatwerkprogrammatuur moet daartoe voldoende gedocumenteerd zijn hetgeen ook in de Broncode zelf kan gebeuren.

Lid 2

Indien Opdrachtgever met Opdrachtnemer tevens een Overeenkomst terzake van Onderhoud heeft afgesloten, zijn ook de Bijzondere bepalingen Onderhoud (artikel 68 t/m 79) van toepassing.

Detachering

Artikel 61. Toepasselijkheid

Omdat Opdrachtnemer in geval van Detachering niet verantwoordelijk is voor het eindresultaat en diens contractuele verplichtingen dus beperkter zijn dan bij andere vormen van Opdracht, zijn de Bijzondere bepalingen inzake Detachering alleen van toepassing indien de Overeenkomst, of een deel daarvan, in de Overeenkomst expliciet als Detachering is benoemd. Is dat niet zo dan zijn de artikelen inzake adviesdiensten (artikel 54 t/m 56) en/of ontwikkeling van Maatwerkprogrammatuur (artikel 57 t/m 60) van toepassing.

Artikel 62. Garanties

Zeker als er een grote vraag naar gekwalificeerd Personeel bestaat kan het beschikbaar moeten houden daarvan voor Opdrachtgever een (te) zware last vormen. Deze garantie van Opdrachtnemer houdt dan ook alleen in dat hij, indien Opdrachtgever hem daarom verzoekt, in staat moet zijn om snel (gekwaliceerd) Personeel beschikbaar te stellen.

Artikel 64. Uitlening en tewerkstelling buiten Nederland

Lid 1

Aan doorlening zijn bijzondere fiscale consequenties verbonden. Daarom is daarvoor de steeds toestemming van Opdrachtnemer nodig.

Artikel 67. Inlenersaansprakelijkheid

Lid 1

Bij Detachering verricht Personeel van Opdrachtnemer werkzaamheden voor Opdrachtgever onder diens leiding en toezicht. Opdrachtnemer blijft ook dan verplicht om zelf op het loon van zijn Personeel de loonheffingen in te houden. Opdrachtgever is echter hoofdelijk aansprakelijk voor onder meer de afdracht daarvan aan de Belastingdienst (zie onder meer artikel 34 Invorderingswet). Het risico van deze zogenoemde inlenersaansprakelijkheid wordt in de eerste plaats beperkt door een zorgvuldige selectie van uitleners. Bij Europese aanbestedingen kunnen uitleners bijvoorbeeld van deelname worden uitgesloten als zij niet aan hun fiscale verplichtingen voldoen. Voor het geval Opdrachtnemer of een door hem ingeschakelde derde gedurende de uitvoering van de Overeenkomst desondanks niet aan zijn fiscale verplichtingen voldoet, is in artikel 67.1 bepaald dat Opdrachtgever door Opdrachtnemer wordt gevrijwaard tegen aanspraken van de Belastingdienst ter zake.

Lid 2

In dit lid wordt Opdrachtgever de mogelijkheid geboden om het risico van inlenersaansprakelijkheid te vermijden, waarbij de verschuldigde loon- en omzetbelasting door Opdrachtgever wordt overgemaakt op een door Opdrachtnemer daarvoor geopende zogenoemde "g-rekening". Opdrachtnemer mag zo'n rekening niet altijd openen. De belastingdienst staat dat bijvoorbeeld niet toe aan zelfstandigen zonder personeel (de zogenoemde zzp'ers). Daarom is het voorbehoud 'zo mogelijk' tussengevoegd.

BIJZONDERE BEPALINGEN ONDERHOUD

De artikelen 68 t/m 79 gelden voor alle Onderhoudsovereenkomsten. Daarna volgen specifieke artikelen voor Producten (artikel 80 en 81) en Programmatuur (artikel 82 t/m 84).

ONDERHOUD ALGEMEEN

Voor het gebruik van IT-producten is Onderhoud van groot belang, niet alleen omdat Storingen zeer schadelijk kunnen zijn maar ook omdat Opdrachtgever er nu eenmaal voor langere tijd van verzekerd moet kunnen zijn dat hij van die producten gebruik kan maken. Al naar gelang de Prestatie kan Onderhoud in verschillende vormen worden verstrekt bijvoorbeeld door middel van Patches, abonnementen op Verbeterde en Nieuwe versies, aanpassingen van Programmatuur en Producten aan nieuwe omstandigheden en door het geven van ondersteuning via een helpdesk. Ook indien geen Onderhoud is gecontracteerd kan dat onderdeel van de eigenlijke Prestatie uitmaken. Zo is in artikel 43.5 geregeld dat het Gebruiksrecht de kosteloze ontvangst en het gebruik van Patches en Verbeterde versies omvat indien Leverancier Gebreken in de Standaardprogrammatuur alleen op die wijze herstelt. Dat is een gevolg van het feit dat die laatste op basis van de garantie van artikel 12.3 gehouden is om gedurende 12 maanden Gebreken in de Prestatie te herstellen. Als Wederpartij een Gebrek herstelt door het uitbrengen van een Patch of een Verbeterde versie, kunnen ook gebruikers die geen Onderhoud hebben gecontracteerd, gedurende de garantieperiode aanspraak maken op dergelijke Patches en Verbeterde versies.

Ook Onderhoud is een overeenkomst van opdracht als bedoeld in artikel 7:400 BW. Anders dan bij Opdracht als geregeld in de Bijzondere bepalingen IT Opdrachten, is bij Onderhoud echter geen sprake van diensten gericht op het bereiken van een enkelvoudig op de specifieke klant gericht resultaat, maar van standaarddiensten die herhalend aan verschillende afnemers in eenzelfde vorm

worden verstrekt. Daarom is in de ARBIT aan Onderhoud een aantal specifieke bepalingen gewijd. De partij die het Onderhoud verstrekt wordt daarbij net als bij andere Opdrachten, aangeduid als Opdrachtnemer.

Voorafgaand aan de uitsplitsing van Onderhoud in Onderhoud op Producten en Onderhoud op Programmatuur, bevatten ook deze Bijzondere bepalingen uit de ARBIT enkele aanvullende begripsbepalingen en algemeen voor Onderhoud geldende bepalingen.

Gezien de hiervoor genoemde grote belangen die met Onderhoud kunnen zijn gemoeid vraagt het maken van een Overeenkomst inzake Onderhoud om bijzondere aandacht van de opsteller daarvan. Die zal in die Overeenkomst bijvoorbeeld meer specifiek moeten uitwerken wat concreet onder Innovatief Onderhoud wordt verstaan en welke Service levels gelden.

Artikel 68. Aanvullende begripsbepalingen

Lid 1

Correctief Onderhoud heeft, anders dan Preventief en Innovatief Onderhoud, betrekking op het verhelpen van Storingen die zich bij Opdrachtgever voordoen of die zich al eerder bij andere gebruikers hebben voorgedaan. Correctief Onderhoud van Programmatuur vindt meestal plaats door de Installatie van een Patch of Verbeterde of Nieuwe versie.

Lid 2

Functiehersteltijden en Reactietijden dienen in de Overeenkomst van Onderhoud te worden vastgelegd. Opdrachtgever is er in de eerste plaats bij gebaat dat de Overeenkomst inzake Onderhoud goed wordt uitgevoerd. Daarom wordt bij de niet of niet volledige nakoming van dergelijke Service levels doorgaans ook geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid tot ontbinding maar zijn aan het niet halen daarvan meestal specifieke credits of kortingen ten gunste van Opdrachtgever verbonden.

Lid 4

Preventief Onderhoud is, anders dan Correctief Onderhoud, gericht op het voorkomen van Storingen waarvan Opdrachtnemer redelijkerwijs kan vermoeden dat ze zich op enig moment gaan voordoen.

Lid 5

Wat “adequaat” reageren inhoudt moet per geval worden bepaald. Soms kan worden volstaan met het geven van een advies of het beginnen met de voorbereiding daarvan, soms moet men onmiddellijk zelf de Storing komen beoordelen.

Lid 6

De in het kader van Onderhoud te maken (specifieke) afspraken zoals die met betrekking tot Service levels, maken als hiervoor opgemerkt onderdeel uit van de Overeenkomst van Onderhoud.

Lid 8

Staat een Storing aan het Overeengekomen gebruik in de weg, dan is tevens sprake van een Gebrek in de zin van artikel 1.9. Er zij op gewezen dat Onderhoud hoofdzakelijk is bedoeld om het (technisch) functioneren van de Prestatie mogelijk te houden dan wel weer mogelijk te maken. Of de Prestatie daardoor geschikt blijft of wederom wordt voor het Overeengekomen gebruik, is (anders dan wanneer sprake is van een Gebrek) voor de beoordeling van de Onderhoudsprestatie in beginsel niet van belang. Om die reden is in de definitie van Storing, anders dan in die van

Gebrek (zie artikel 1.9), ook geen relatie gelegd met Overeengekomen gebruik. Wil een Opdrachtgever ook na het verstrijken van de garantietermijn de zekerheid dat de Prestatie door het verhelpen van een Storing weer geschikt is voor het Overeengekomen gebruik, dan moet hij daarvoor specifieke garanties met Wederpartij overeenkomen.

Artikel 69. Onderhoud op reeds eerder verrichte Prestaties

Ook als Opdrachtgever pas later Onderhoud met zijn Wederpartij bij de oorspronkelijke Prestatie overeenkomt, gelden de Bijzondere Bepalingen Onderhoud een en ander met inachtneming van het bepaalde in artikel 12.7. Dat laatste geldt uiteraard niet indien voor het onderhoud een andere Wederpartij wordt gecontracteerd dan degene die partij was bij de Prestatie die (alsnog) zal worden onderhouden.

Artikel 70. Ingangstijdstip Onderhoud

Partijen kunnen verschillende tijdstippen kiezen voor de aanvang van Onderhoud. Bijvoorbeeld vanaf de Af- of Oplevering van de initiële Prestatie, aansluitend op de Acceptatie of na het verstrijken van de voor de Prestatie geldende garantietermijn. In de Overeenkomst moet dat duidelijk worden vastgelegd.

Artikel 72. Voortgangsrapportage en werkoverleg

Lid 3

Artikel 72 is vrijwel gelijk aan artikel 51. Alleen lid 3 is extra. De vastlegging en archivering van de oorzaken van Storingen en de resultaten van Onderhoud, vindt meestal plaats in een logboek. Vastlegging is ondermeer nodig om herhaling van vergelijkbare Storingen, al dan niet in opvolgende versies, te voorkomen. Soms moet ook de Documentatie daarom worden aangepast.

Artikel 73. Correctief Onderhoud en tijdelijke oplossingen

Lid 2

De ARBIT zijn gebaseerd op het uitgangspunt dat een professionele Leverancier ook Onderhoud op de door hem geleverde Producten moet kunnen aanbieden. Dit geldt in ieder geval voor Correctief Onderhoud en ook als Opdrachtgever er in eerste instantie niet voor gekozen heeft om Onderhoud van Wederpartij af te nemen. De duur van die verplichting (zie artikel 12.7) is evenwel beperkt.

Lid 3

Indien Opdrachtnemer een Storing met toestemming van Opdrachtgever door middel van een tijdelijke oplossing verhelpt, kan Opdrachtgever niet ook nog eens van Opdrachtnemer eisen dat deze tevens de definitieve oplossing binnen de voor de betreffende Storing geldende Functiehersteltermijn tot stand brengt. Dat is alleen anders indien partijen daarover, voorafgaand aan het aanbrengen van de tijdelijke oplossing, een afwijkende afspraak hebben gemaakt. Wanneer zo'n afspraak niet is gemaakt, is Opdrachtnemer wel steeds verplicht om een tijdelijke oplossing zo snel mogelijk door een definitieve oplossing te vervangen.

Artikel 74. Preventief Onderhoud

Deze verplichting is wat betreft Onderhoud van Programmatuur verder uitgewerkt in artikel 82 e.v.

Bij Producten zal aan de hand van het type en de gebleken storingsgevoeligheid daarvan moeten worden bepaald wat onder "regelmatig" moet worden verstaan.

Artikel 75. Aan-, afmelding en prioritering van Storingen

Lid 2

In de Overeenkomst van Onderhoud dient te worden bepaald wat de kwalificatie van Storingen is en welke prioritering daaraan is verbonden. Artikel 75 gaat over het daadwerkelijk optreden van Storingen tijdens het gebruik van de Prestatie. Deze Storingen dienen overeenkomstig de hiervoor bedoelde afspraken te worden opgelost. Bij twijfel over de kwalificatie van de aard van een Storing of de prioritering daarvan is het oordeel van Opdrachtgever bepalend. In geval van het tijdelijk omzeilen van een Storing (de zogenoemde "work around") geldt hetgeen hierover is opgemerkt bij artikel 73.3.

Artikel 76. Nakoming Service levels

Lid 1

Opdrachtnemer heeft ten aanzien van het halen van Service levels, tenzij anders is overeengekomen, een inspanningsverplichting. Dat geldt evenwel niet voor in de Overeenkomst van Onderhoud opgenomen Reactietijden en Functiehersteltijden ten aanzien waarvan Opdrachtnemer een resultaatsverplichting heeft. Bij het niet halen van Service levels treedt meestal een specifieke, daarvoor in die Overeenkomst opgenomen boete- of kortingsregeling in werking. Omdat Opdrachtgever in de eerste plaats is gebaat bij adequaat Onderhoud, zal hij immers niet snel willen overgaan tot ontbinding van de Overeenkomst inzake Onderhoud bij het niet halen van Service levels. Bij een herhaalde overschrijding van Service levels, kan dat uiteraard anders zijn.

Artikel 79. Beroepsaansprakelijkheidsverzekering

Deze bepaling is gelijk aan die van artikel 52. Dat betekent ook hier dat het afsluiten van een Beroepsaansprakelijkheidsverzekering achterwege kan blijven indien Opdrachtnemer aantoont dat een dergelijke verzekering bijvoorbeeld vanwege de geringe omvang van de Opdracht of het beperkte risico daarvan voor Opdrachtgever, niet gebruikelijk is.

ONDERHOUD SPECIFIEK

Producten

Artikel 80. Modificaties Producten

Kosteloze uitvoering van modificaties die door de fabrikant van een Product worden voorgeschreven, is geregeld in artikel 41. Over het aanbrengen van andere modificaties in het kader van Onderhoud, dient steeds vooraf overleg met Opdrachtgever plaats te vinden.

Artikel 83. Ondersteuning

Lid 3

In de praktijk zal het meestal niet Opdrachtgever zelf zijn die om ondersteuning vraagt maar zijn Personeel. De namen van daarvoor aangewezen contactpersonen dienen in de Overeenkomst inzake Onderhoud te worden vastgelegd.

Artikel 84. Verbeterde en Nieuwe versies

Lid 1

Van Opdrachtnemer mag worden verwacht dat hij met enige regelmaat Nieuwe en Verbeterde versies uitbrengt. Juist die vorm van Onderhoud van Programmatuur vormt immers een belangrijke waarborg voor continuïteit.

Lid 2

Met de tekst van dit artikellid wordt bedoeld dat wijzigingen die de Wederpartij in verband met (mogelijke) Storingen eerder heeft aangebracht, op ordelijke wijze in Nieuwe of Verbeterde versies worden verankerd. Hierdoor wordt voorkomen dat oude Storingen zich in Nieuwe of Verbeterde versies opnieuw gaan voordoen.

Lid 5

Opdrachtgever kan daarmee voorkomen dat hij plotseling voor extra kosten komt te staan doordat Opdrachtnemer stopt met Innovatief Onderhoud op een bij Opdrachtgever in gebruik zijnde versie.