

Toelichting Artikel 16. Aansprakelijkheid GIBIT 2023

Het onderwerp aansprakelijkheid leidt vaak tot verhitte discussies tussen opdrachtgever en leveranciers. De ervaring leert echter ook dat die discussies niet altijd terecht zijn:

a) Enerzijds dienen opdrachtgevers zich te realiseren dat het aan hen is om een proportioneel contractueel kader te hanteren. Met de GIBIT is gepoogd hiertoe een aanzet te geven, door een aansprakelijkheidsmaximum te hanteren dat in relatie staat tot de opdrachtwaarde (idem ARBIT). Dit laat onverlet dat het in voorkomend geval passend kan zijn van dit kader af te wijken.

b) Anderzijds dienen leveranciers zich te realiseren dat hun tekortschieten kan leiden tot grote schades bij opdrachtgevers en dat het zodoende niet onredelijk is dat opdrachtgevers verlangen dat leveranciers die – door hen veroorzaakte – schade te vergoeden en dat leveranciers hiervoor over passende verzekeringen beschikken. Ook mag van leveranciers worden verwacht dat zij hun bedrijfsvoering zo hebben ingericht dat een incident niet direct tot disproportioneel grote schades of schades onder een groot deel of alle klanten van die leveranciers leidt.

c) Beide partijen dienen zich verder te realiseren dat naast de bepalingen in de GIBIT het Burgerlijk Wetboek (en andere wetgeving) onverkort van toepassing is, tenzij daar in de GIBIT uitdrukkelijk van is afgeweken. Dit houdt o.m. in dat de regels uit boek 6 titel 1 afdeling 10 (over schadevergoeding) van toepassing zijn, waaronder begrepen de daarin opgenomen regels omtrent schadebegroting, causaliteit, eigen schuld, etc. Zo kan Opdrachtgever pas schade claimen als er sprake is van een tekortkoming of onrechtmatig handelen van de leverancier en geen schade claimen voor zover zij daar zelf debet aan is of voor zover de schade in onvoldoende causaal verband staat tot de tekortkoming van de leverancier. Anders dan dus wel eens wordt geroepen in onderhandelingen is van onbeperkte aansprakelijkheid zeker geen sprake (maar beperkt door de kaders van het BW).

In de aansprakelijkheidsclausule wordt onderscheid gemaakt tussen enerzijds persoons- en zaakschade en anderzijds overige schade. Het onderscheid tussen deze twee schade-soorten sluit aan bij verzekeringen die in de markt worden aangeboden. Er wordt zodoende uitdrukkelijk ook geen onderscheid gemaakt tussen directe en indirecte schade. Dit onderscheid komt in de Nederlandse wet niet voor en het is (daarmee) vaak onduidelijk wat er precies met het onderscheid wordt bedoeld. Bij onduidelijkheid is geen van de partijen gebaat. Soms wordt met indirecte schade bedoeld op schade die in onvoldoende causaal verband staat tot de tekortkoming; de eis van causaal verband is echter al een algemene regel van Nederlands schadevergoedingsrecht (zie hiervoor).

De overige schade staat in relatie tot de omvang van de Jaarvergoeding. Het begrip Jaarvergoeding is gedefinieerd in artikel 1. Het gaat in de kern om een jaargemiddelde van de (oorspronkelijke voorziene) totale vergoeding gezien over de (oorspronkelijk beoogde) duur van het project. In de praktijk zal die totale prijs veelal deels zijn gebaseerd op eenmalige vergoedingen, periodieke vergoedingen of vergoedingen op nacalculatiebasis. Om voor beide partijen helderheid te bieden is bepaald dat de hoogte van die vergoedingen moet worden berekend aan de hand van de initieel beoogde looptijd en de initiële begrotingen. Beide partijen weten zo – voorafgaand aan het sluiten van het contract – wat de omvang van de maximale aansprakelijkheid in voorkomend geval zal zijn. Er is bewust niet gekozen voor een dynamischer definitie, aangezien dat in de praktijk alleen maar tot onzekerheid zou leiden. Partijen dienen er aldus wel op bedacht te zijn dat bij majeure wijzigingen onder een bestaande Overeenkomst (voor zover aanbestedingsrechtelijk toegestaan), het waarschijnlijk passend is het aansprakelijkheidsregime bij te stellen. Ten opzichte van de versie 2020 is de maximale aansprakelijkheid (fors) verlaagd van tienmaal de Jaarvergoeding per gebeurtenis naar tweemaal de Jaarvergoeding per gebeurtenis. De maximale totale aansprakelijkheid per jaar is bovendien met dezelfde factor verlaagd van twintigmaal tot viermaal de Jaarvergoeding. Uiteraard

blijft onverlet – ongeacht dit ‘vangnet’ – dat opdrachtgevers altijd proportionele afspraken zullen moeten maken. Andere afspraken zijn dus ook denkbaar. Veel leveranciers hebben tijdens de consultatie (uitdrukkelijk) gevraagd om naast een beperking van aansprakelijkheid per gebeurtenis, ook een algehele beperking van aansprakelijkheid op te nemen. De werkgroep heeft deze verzoeken kritisch en enigszins terughoudend beoordeeld. Dergelijke afspraken kunnen namelijk tot effect hebben dat er in bepaalde situaties voor de leverancier weinig prikkel tot nakoming meer is (bij een absoluut maximum is de leverancier immers niet meer aansprakelijk zodra door eerdere claims dat maximum al is ‘volgelopen’). Vandaar dat uiteindelijk ervoor is gekozen om de maximale aansprakelijkheid te beperken voor steeds de periode van één kalenderjaar. Het daarop volgende jaar staat de spreekwoordelijke teller weer op nul (een schone lei). Dit sluit ook aan bij de systematiek die verzekeraars hanteren. Het belang van Leveranciers is bovendien gediend met de bepaling dat samenhangende gebeurtenissen worden aangemerkt als één gebeurtenis. De werkgroep meent dat hiermee een gebalanceerde benadering is gekozen die beide belangen dient: enerzijds voor opdrachtgevers een reëel en voldoende hoog maximum waar voldoende prikkel tot nakoming vanuit gaat en anderzijds voor leveranciers een absoluut jaarlijks maximum dat daarmee ook beter voorzienbaar en verzekeraar is. In het vijfde lid is een genuanceerde regeling getroffen over uitzonderingen op de aansprakelijkheidsregeling, waarbij oog wordt gehouden voor de Gids Proportionaliteit. In de kern zijn hier alle gebruikelijke uitzonderingen op de beperking van aansprakelijkheid samengebracht. Het beperken voor dood of letsel (sub i) en bij opzet of grove schuld (sub ii) wordt algemeen onaanvaardbaar geacht.

Het schenden van IE-rechten (sub iii) ligt naar zijn aard volledig in de risicosfeer van de leverancier, aangezien Opdrachtgever (die slechts objectcode geleverd krijgt) niet in de positie is om te kunnen controleren of de leverancier enige rechten schendt. Daarbij komt dat de leverancier al gerechtigd is zelf in te grijpen om die schade te beperken (zie artikel 20). De uitzondering op de beperking voor de verwerking van persoonsgegevens in sub iv is genuanceerd. In de ARBIT is gekozen voor een onbeperkte aansprakelijkheid bij tekortkomingen in verband met de verwerking van persoonsgegevens. Dat lijkt in veel gevallen echter niet proportioneel. Daarom is in de GIBIT in sub iv opgenomen dat er slechts geen beperking geldt voor boetes die ook aan verwerker hadden kunnen worden opgelegd (om zo te benadrukken dat de boete moet zien op handelingen in de risicosfeer van Leverancier liggen) en onder de voorwaarde dat Leverancier tijdig wordt geïnformeerd over onderzoek door de toezichthouder en wordt betrokken bij het voeren van verweer tegen de boete. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de situatie waarin leverancier een slechte beveiliging heeft en de opdrachtgever daardoor een datalek ondervindt: de opdrachtgever kan beboet worden voor het datalek, maar dat ligt buiten haar macht. Het is in zo’n geval onbillijk als de leverancier zich vervolgens kan beroepen op het aansprakelijkheidsmaximum. Er staat overigens uitdrukkelijk “wordt betrokken bij” het verweer voeren tegen de boete en niet iets als “afstemmen”. Het is immers in ultimo aan Opdrachtgever zelf om te bepalen of en zo ja hoe verweer tegen een aan Opdrachtgever opgelegde boete wordt gevoerd. Tegenover die partijautonomie staat wel dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn om enerzijds wel de boete op de Leverancier te willen verhalen doch anderzijds niet diezelfde Leverancier in staat stellen verweer te voeren tegen (het aan Leverancier toe te rekenen deel van) die boete. Dat zou een soort ‘blanco cheque’-situatie zijn en dat is niet de bedoeling. In dat licht moet deze genuanceerde set aan randvoorwaarden dan ook worden gezien.