

Drafting tips & skills: waar zijn mijn data?

Publicatie: Tijdschrift Overeenkomst in de Rechtspraak
Aflevering: 2016/5
Vindplaats: 2016/186
Publicatiedatum: 12 juli 2016
Auteurs: Rinzema, mr. W.F.R

Toegang tot persoonlijke of zakelijke data is belangrijker dan ooit. Papieren administraties verdwijnen in rap tempo. Gegevensverzamelingen worden steeds vaker buiten de deur geplaatst. Cloud-based oplossingen maken het eenvoudig en goedkoop om overal toegang te hebben tot gegevensverzamelingen. Maar wat als er iets fout gaat en blijkt dat er geen back-up van de gegevens is gemaakt? Diverse rechterlijke uitspraken laten zien dat ICT-dienstverleners niet zonder meer verantwoordelijk zijn.

‘Een back-up of reservekopie is een kopie van gegevens die zich op een gegevensdrager of binnen een applicatie bevinden om deze te kunnen herstellen mochten ze beschadigd raken.(...) Deze kopieën worden preventief gemaakt om belangrijke gegevens veilig te stellen voor het geval de gegevens op de originele drager verloren gaan of beschadigd raken. Indien nodig kan een back-up weer op een vergelijkbare originele drager teruggezet worden’, aldus Wikipedia.¹

Regelmatig doen zich in de rechtspraak situaties voor waarin de gebruiker van IT-systemen is gedupeerd doordat zijn gegevensbestanden verloren zijn gegaan. Vaak gaat het daarbij om back-ups van data die achteraf niet bleken te zijn gemaakt of verouderd waren. Een derde, zoals de aansprakelijk gestelde beheerder van de desbetreffende IT-systemen, verweert zich dan met de stelling: u was zelf verantwoordelijk voor het maken van back-ups of u hebt mijn adviezen niet opgevolgd.

Een voorbeeld hiervan is het geschil tussen Staalbouw Purmerend en haar IT-leverancier. Op grond van de overeenkomst tussen die partijen zorgde laatstgenoemde voor onderhoud en beheer van een door haar geleverd computersysteem. Dit omvatte ook het wekelijks onderhoud – op afstand – van de server. Deze server crashte op 20 september 2006 waardoor data van Staalbouw verloren gingen. Een schadeclaim op de leverancier werd door de rechtbank afgewezen. In appel betoogde Staalbouw dat ‘van een zorgvuldig systeembeheerder mag worden verwacht dat hij zorg draagt voor de aanwezigheid van een volledige back-up, althans dat op hem de verantwoordelijkheid rust zich ervan te vergewissen dat de klant beseft dat de back-up in eigen beheer zal worden gedaan’. De leverancier kijkt hier heel anders tegenaan. Hij stelt dat hij niet kan bepalen welke bestanden er bewaard moeten worden en dat hij slechts ruimte ter beschikking stelt op zijn server. Bovendien zou hij aan Staalbouw hebben uitgelegd hoe een back-up moet worden gemaakt.

Het Hof Amsterdam vindt de stellingen van Staalbouw over de zorgplicht van de leverancier te algemeen van aard om haar daarin te volgen. Het hof meent dat zij had moeten aantonen dat de IT-leverancier op grond van de overeenkomst een back-up van alle volledige bestanden had moeten maken. Er is slechts komen vast te staan dat de leverancier een dagelijkse back-up zou verzorgen en daarvoor ruimte op haar eigen server ter beschikking zou stellen. Staalbouw had duidelijk moeten maken dat die taak ook inhield dat de leverancier verantwoordelijk was voor de inhoud van de back-ups en de bruikbaarheid daarvan voor de bedrijfsvoering van Staalbouw.²

In een andere kwestie krijgt een advocaat, die door een crash data betreffende zijn praktijk verloor, de deksel op zijn neus. In zijn arrest van 23 april 2013 overweegt het hof³ dat de advocaat ‘te onverschillig (is) omgesprongen met een risicovolle (gebrekkige) structuur van het systeem, hoewel hij bij herhaling door de IT-leverancier is gewaarschuwd dat het [na een eerdere crash door deze leverancier] gelegde noodverband niet afdoende was op langere termijn’.

Als de overeenkomst tussen partijen juist het maken van back-ups betreft, kan de situatie natuurlijk anders komen te liggen. Zo werd KPN aansprakelijk geacht voor de volledige schade van een sporttherapeut toen – na een crash –

bleek dat (in de woorden van KPN) bij het overhevelen van de bestanden van diens oude account naar het nieuwe account 'iets niet goed is gegaan' en alle bestanden onder het oude back-up account niet meer toegankelijk waren. Met een beroep op reflexwerking van de algemene voorwaardenregelgeving in gevallen als deze, werd KPN een beroep op de overeengekomen aansprakelijkheidsbeperking onthouden.⁴

Het is duidelijk dat bezitters van gegevensbestanden door gebruik van in- of externe IT-systemen kwetsbaar kunnen zijn. Behalve wanneer het verzorgen van back-ups de kern is van de dienstverlening, is de jurisprudentie over de verantwoordelijkheid voor het maken van back-ups niet duidelijk.⁵ Rechter zullen mijns inziens onder andere het volgende in ogenschouw nemen: is er sprake van een eigen, lokaal IT-systeem van de gebruiker of heeft de gebruiker door de 'uithuisplaatsing' feitelijk geen invloed meer op de wijze van opslag en het maken van back-ups? Welke deskundigheden mogen van de betrokken partijen worden verwacht? Was er aanleiding voor de leverancier om de afnemer te waarschuwen? En natuurlijk: wat is de inhoud van de dienstverleningen en hoe luiden de contractuele afspraken over back-ups?

Afnemers van IT-diensten mogen dus niet zomaar vertrouwen op de 'zorgplicht' van de leverancier. Discussies zoals hiervoor omschreven kunnen worden voorkomen door dit onderwerp met zoveel woorden in contracten te regelen. Worden er back-ups gemaakt? Zo ja, door wie en hoe vaak? Hoe lang worden deze bewaard? Dit laatste is zeker van belang voor naleving van de bewaartermijnen die voor de opdrachtgever zelf gelden. Voorkomen is ook hier beter dan genezen!

Mr. W.F.R. Rinzema

Mr. Reinout Rinzema is advocaat bij Ventoux.

1) <https://nl.wikipedia.org/wiki/Back-up>.

2) Gerechtshof Amsterdam 26 april 2015, Staalbouw Purmerend, ECLI:NL:GHAMS:2015:1635.

3) Gerechtshof Den Haag 23 april 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:1067.

4) Rechtbank Den Haag 28 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:6526. Zie in dit verband ook Rechtbank Overijssel 9 maart 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:1113.

5) Zie bijvoorbeeld 'De cloud in de rechtspraak', Mr. Luuk Jonker, *Tijdschrift voor Internetrecht*, nr. 5/6 december 2015.