

ICT-PROBLEMEN VOORKOMEN EN OPLOSSEN MET CONTRACTEN?!

door Reinout Rinzema en Frank Melis¹

Problemen met grote ICT-projecten halen regelmatig het nieuws. De indruk ontstaat dat bedrijven en vooral overheden op lichtzinnige wijze grote ICT-projecten opstarten en daarin verzand raken, zodat uiteindelijk miljoenen euro's over de balk worden gegooid. Er is veel onderzoek gedaan naar het slagen en falen van ICT-projecten. Opvallend is dat de vraag niet wordt gesteld welke rol ICT-contracten daarbij spelen of kunnen spelen. Wat zijn de gebruikelijke contractvoorwaarden en hoe verhouden die zich tot de problematiek die bij grote ICT-projecten speelt? Kunnen contracten bijvoorbeeld bijdragen aan het slagen van ICT-projecten?

ICT-problematiek

Toen Ton Elias, voorzitter van de tijdelijke commissie ICT-projecten bij de overheid,² het eindrapport van deze commissie op woensdag 15 oktober 2014 aan Kamervoorzitter Van Miltenburg aanbood, bleek dat nog steeds niet iedereen weet waarvoor de afkorting 'ICT' (Informatie en Communicatie Technologie) staat. Van Miltenburg zei 'de afkorting even te moeten opzoeken'.

Wat is eigenlijk een 'ICT-project' waarvan we horen dat die zo vaak falen? Er lijkt hiervan geen sluitende definitie te zijn, al omschrijft de minister dit in een concept-instellingsbesluit dat op 29 mei 2015 ter opvolging van de aanbevelingen van Elias aan de kamer werd aangeboden, als volgt: 'een project of programma, met een ICT-component van ten minste 5.000.000.'³ Deze omschrijving bevat geen 'verlossende woorden' en de geldelijke waarde is niet per se van belang. Niettemin is het kenmerkend voor ICT-projecten dat bedrijven of overheden proberen zakelijke of maatschappelijke doeleinden met behulp van ICT te verwezenlijken. Het kan hierbij gaan om automatisering van handmatige taken (bijvoorbeeld een robot), bedrijfsinformatiesystemen, websites, reserverings- en planningssystemen etc. Een exemplarisch voorbeeld van een moeizaam ICT-project is 'Speer' van het ministerie van Defensie, dat de logistieke processen van Defensie moest uniformeren totdat het mei 2015 werd gestaakt en 433 miljoen euro had gekost. Volgens de Algemene Rekenkamer was dat tenminste het dubbele van het oorspronkelijk geraamde budget. Ook het bedrijfsleven ontspringt de dans niet: McDonald's wilde in het eerste decennium van deze eeuw haar ruim 35.000 vestigingen wereldwijd aan één intranet koppelen, een flop van tenminste een miljard dollar.⁴

Hoewel de percentages mislukkingen en budgetoverschrijdingen die bij onderzoek worden gerapporteerd niet eensluidend zijn, is de tendens dat 30 tot 50 procent van de ICT-projecten problematisch verloopt en in meer of mindere mate als 'mislukt' kan worden aangemerkt.⁵ Naar de oorzaken van het slagen en falen van ICT-projecten is veel onderzoek gedaan. Steeds weer komen naar voren: gebrekkige communicatie, onderschatting van de omvang en complexiteit van het totale project, irreële eisen met betrekking tot ontwikkel- en oplevertijd, gebrek aan ondersteuning door het management, te weinig onderzoek naar de gebruikersbehoeften, te weinig aandacht voor verandermanagement en het te weinig betrekken van toekomstige gebruikers bij de ontwikkeling van

¹ Reinout Rinzema is advocaat bij Ventoux; Frank Melis is zelfstandig juridisch adviseur.

² Zie: tweedekamer.nl/kamerleden/commissies/tcict, geraadpleegd 12 augustus 2015. Zie verder voetnoot 5.

³ Art. 1 sub b Instellingsbesluit tijdelijk Bureau ICT-toetsing, rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/besluiten/2015/05/29/concept-instellingsbesluit-bureau-ict-toetsing-bit.html, geraadpleegd 12 augustus 2015.

⁴ Geert Wit, '4 ICT-fiasco's in het bedrijfsleven', *Computerworld* 13 oktober 2014, computerworld.nl/beveiliging/84109-4-ict-fiasco-s-in-het-bedrijfsleven, geraadpleegd 12 augustus 2015.

⁵ *Onderzoeksrapporten van Policy Research Corporation in het kader van het parlementair onderzoek ICT-projecten bij de overheid*, Rotterdam: Policy Research Corporation 2013, tweedekamer.nl/sites/default/files/field_uploads/Bijlage%20Rapporten%20Policy%20Research_tcm181-239827.pdf

de systemen.⁶ Het is vaak moeilijk om vast te stellen welke partij juridisch of moreel schuldig is aan de ontstane situatie. Het gaat zeker te ver om een van de spelers – afnemers of leveranciers – stelselmatig van onkunde of slechte intenties te beschuldigen. Op basis van onze ervaring zijn beide partijen over het algemeen ongelukkig met de uitkomst van een slechtlopend ICT project.

Veel gebruikte contractvormen en voorwaarden

Gelet op de grote belangen en bedragen, zullen er weinig ICT-projecten bestaan zonder een schriftelijke ICT-overeenkomst tussen de leverancier en afnemer. De kwaliteit en inhoud van de ICT-overeenkomst houdt verband met (i) de wijze waarop het project wordt gerealiseerd; (ii) de maatschappelijke positie van de betrokken partijen en (iii) de waarde die zij aan het maken van schriftelijke afspraken toekennen.

Met het eerste wordt bedoeld op een vraag als: koopt de afnemer een standaard ICT-oplossing van de leverancier of wordt de software speciaal voor de opdrachtgever ontworpen en gerealiseerd?

Standaardoplossingen bestaan uit softwarepakketten, die zowel op een drager als in de vorm van een online dienst aan de afnemer beschikbaar worden gesteld. Een dergelijke online dienst wordt SaaS (Software-as-a-Service) of clouddienstverlening genoemd. Van *maatwerk* is sprake als het einddoel van de afnemer voorop staat en de leverancier dat doel met ICT-oplossingen realiseert. Om dit doel te verwezenlijken kan software op maat worden gemaakt of kunnen bestaande softwarepakketten worden aangepast.

Als het gaat om de maatschappelijke en economische positie van partijen bij het contracteren, is de grootte van de organisatie van de leverancier in verhouding tot die van de afnemer van belang – en vice versa. Wie van hen is in staat de leveringsvoorwaarden te ‘dicteren’? Hierbij is onder meer van belang de mate waarin ICT-oplossingen schaars zijn (waardoor de afnemer geen alternatief heeft), de omvang van de ICT-budgetten van de afnemer, de overige ICT-systemen die reeds door de afnemer worden gebruikt etc. Deze positie bepaalt in belangrijke mate of een leverancier dan wel afnemer zich strikt kan opstellen en ‘scherpe’ contracten aan de andere partij kan opleggen. De praktijk toont overigens aan dat niet iedere leverancier of afnemer evenveel waarde toekent aan de vorm en inhoud van de af te sluiten ICT-contracten. Waar in het ene project weken of maanden wordt gesteggeld over de tekst van de contracten, tekenen partijen in een ander project ‘bij het kruisje.’ Soms is de leverancier ‘hongerig’ en is hij bereid minder gunstige voorwaarden te accepteren om op die manier opdrachten te verkrijgen.

Zowel aan de zijde van leveranciers als aan die van afnemers worden veelal standaard contracten gehanteerd. Middelgrote Nederlandse ICT-bedrijven hanteren vaak de ‘Nederland ICT Voorwaarden,’ die door de gelijknamige bracheorganisatie zijn opgesteld.⁷ *‘Deze algemene voorwaarden leveren een bijdrage aan het welslagen van ICT-projecten, onder meer door een duidelijke, faire en marktconforme verdeling van verantwoordelijkheden en risico's tussen leverancier en cliënt’*, aldus de organisatie op haar website.⁸ Grotere ICT-bedrijven kennen in veel gevallen eigen leveringsvoorwaarden, die hen over soortgelijke bescherming bieden.

Aan de zijde van de afnemer worden ook standaardvoorwaarden gehanteerd. Vooral bij overheden is dit het geval. Zo heeft de Rijksoverheid de Algemene Rijksvoorwaarden bij IT-overeenkomsten laten ontwikkelen (hierna: ‘ARBIT 2014’).⁹ De ARBIT 2014 is vooral bedoeld voor modale ICT-aankopen

⁶ Ibidem.

⁷ Nederland ICT, ‘Algemene voorwaarden’, 2014, nederlandict.nl/?id=8307, geraadpleegd 13 augustus 2015.

⁸ Zie: nederlandict.nl/index.shtml?id=8307&ch=ICT, geraadpleegd 10 augustus 2015.

⁹ Besluit van de minister-President, minister van Algemene Zaken van 26 maart 2014, nr. 3132081, houdende vaststelling van de Algemene Rijksvoorwaarden bij IT-overeenkomsten 2014 (ARBIT-2014), de Algemene Rijksinkoopvoorwaarden

door de overheid en niet zozeer voor grote en bijzondere ICT-projecten. Zij worden op vrijwillige basis ook door lagere overheden gebruikt. Overheden hebben te maken met nationale en Europese aanbestedingsverplichtingen op basis waarvan zij *proportioneel* moeten handelen, onder meer bij het hanteren van contractvoorwaarden en alleen redelijke eisen mogen stellen.¹⁰ Grote private opdrachtgevers, zoals banken, kennen eveneens eigen algemene ICT-inkoopvoorwaarden.

Veel voorkomende juridische praktijkproblemen

De fase die aan het sluiten van een overeenkomst vooraf gaat, is voor juristen van groot belang. Dit hangt samen met de betekenis die daaraan wordt gegeven in het Nederlandse verbintenissenrecht. In ICT-projecten is het uitwisselen van informatie en verwachtingen echter niet gemakkelijk. De opdrachtgever kent zijn organisatie en doeleinden, de leverancier zijn product. Hebben partijen echter wel over hetzelfde gesproken tijdens de voorfase of hebben zij het wellicht over de nieuwe kleren van de keizer gehad? Overheden worden daarnaast gehinderd door beperkingen van het Europese aanbestedingsrecht ten aanzien van contacten met de markt. Open communicatie, laat staan onderhandelingen, zijn voor overheden niet zonder meer mogelijk.

De waarde van de voorfase blijkt dikwijls tijdens de uitvoering van het ICT-project. Kleine ICT problemen bestaan uit geringe kostenoverschrijdingen of kleine gebruikbeperkingen door misverstanden. Grote problemen doen zich voor wanneer in een langdurig ICT-project pas na een aantal maanden blijkt dat het product niet de eigenschappen heeft die de opdrachtgever had verwacht of nodig heeft. De weg terug is dan vaak niet meer te bewandelen. Er is al veel geld uitgegeven of de organisatie rekent er op dat het ICT-systeem spoedig in gebruik kan worden genomen. Daarom worden ICT-projecten soms tegen beter weten in voortgezet. Leveranciers geven er de voorkeur aan om in overeenkomsten niet te verwijzen naar 'verwachtingen' die in een voorfase zijn gewekt. Zij willen voor de vaststelling van hun leveringsverplichtingen liever aansluiten bij harde gegevens, zoals de offerte en/of documentatie waarin de eigenschappen van het product worden beschreven. Alleen dié eigenschappen mag de opdrachtgever verwachten, verdere garanties worden door de leverancier niet verstrekt. De afnemer moet zich dus vooraf zelf goed oriënteren op het product en eventueel apart advies inwinnen. Soms terecht en soms niet veronderstellen opdrachtnemers dat advies onderdeel vormt van de transactie.

Een tweede probleem schuilt in de meetbaarheid van de begrippen die partijen gebruiken bij het sluiten van een overeenkomst. Met veel gemak wordt bijvoorbeeld gesproken over 'kwaliteit' van ICT-systemen, terwijl uit ons eerdere onderzoek is gebleken dat 'kwaliteit' geen gestandaardiseerd begrip is in de ICT-sector en alleen toegevoegde waarde heeft als partijen duidelijk hebben afgesproken wat zij daaronder verstaan.¹¹

Een derde risicofactor met contractuele implicaties betreft de 'veranderingen onderweg.' Wellicht verloopt de start van het project naar tevredenheid, maar verandert tijdens de uitvoering van het project de organisatie van de opdrachtgever, wordt de leverancier overgenomen, komen nieuwe ICT-technologieën beschikbaar of verdwijnen oude van het toneel. De oorspronkelijke aannames blijken dan niet meer te kloppen. Een (ICT-)vakterm hiervoor is 'moving targets.'

2014 (ARIV-2014) en de Algemene Rijksvoorwaarden voor het verstrekken van opdrachten tot het verrichten van diensten 2014 (ARVODI-2014), wetten.overheid.nl/BWBR0035022/geldigheidsdatum_11-04-2014#Opschrift, geraadpleegd 13 augustus 2015.

¹⁰ Verwezen zij naar § 3.9 van de Gids Proportionaliteit, piano.nl/regelgeving/aanbestedingswet-2012/gids-proportionaliteit, geraadpleegd 13 augustus 2015.

¹¹ W.F.R. Rinzema en F.B. Melis, 'Hoe kan de kwaliteit van ICT-systemen juridisch meetbaar worden gemaakt', *Computerrecht* 2014/150.

Ten slotte: wanneer een opdrachtgever uit onvrede een contract voor een ICT-project heeft ontbonden, gaat het debat in de rechtszaal (te) vaak over de vraag of de leverancier juridisch in verzuim verkeerde, meer in het bijzonder of een ingebrekestelling nodig was en, zo ja, of die op correcte wijze heeft plaatsgevonden.¹² Er zijn nogal wat rechtszaken die door dit aspect teleurstellend aflopen voor de afnemer of opdrachtgever.¹³ In veel gevallen die de jurisprudentie hebben gehaald, blijkt dat de maat voor de opdrachtgever zo vol was, dat hij hetzij vergat in gebreke te stellen, hetzij geen laatste kans meer wilde geven aan de leverancier ‘omdat dat toch zinloos was.’ Soms met succes,¹⁴ maar vaak zonder, wordt dan betoogd dat een ingebrekestelling niet nodig was, omdat termijnen fataal waren, de leverancier al zou hebben aangegeven dat hij niet meer zou nakomen of dat de juridische eis van het in gebreke stellen in strijd met de redelijkheid en billijkheid zou zijn.¹⁵

Relevante artikelen in contractvoorwaarden

Welke contractuele voorzieningen treffen de hiervoor genoemde standaardvoorwaarden ten aanzien van deze juridische praktijkproblemen?

Verwachtingen

Een leverancier van ICT heeft een mededelingsplicht. In beginsel moet hij alles vertellen over de producten of diensten wat van belang kan zijn voor de afnemer. Deze mededelingsplicht vloeit mogelijk voort uit de redelijkheid en billijkheid.¹⁶ Naast de mededelingsplicht van de leverancier bestaat er ook een onderzoeksplicht van de afnemer. Aangezien voor onbepaalde tijd aangeschafte standaardsoftware in beginsel onder het Nederlandse kooprecht valt, kan artikel 7:17 BW in beeld komen.¹⁷ In dit artikel wordt een uitleg gegeven met betrekking tot hetgeen de koper op grond van de overeenkomst mag verwachten.¹⁸ Het in artikel 7:17 lid 2 BW opgenomen zinsdeel ‘*waarvan hij de aanwezigheid niet behoefde te betwijfelen*’ impliceert dan dat de koper onderzoek moet doen of de zaak voor normaal gebruik geschikt is.¹⁹ De mededelingsplicht en onderzoeksplicht vormen tezamen een balans, met een lichte afwijking in de richting van de mededelingsplicht.

Leveranciers proberen in hun contractvoorwaarden deze balans in hun voordeel te laten doorslaan door het risico uit te sluiten dat de opdrachtgever zich op andere informatie beroept dan die welke expliciet onderdeel vormt van de overeenkomst. Daarom bepaalt artikel 2 lid 1 van Nederland ICT-Voorwaarden bijvoorbeeld dat de ‘*Klant (in) staat voor de juistheid en volledigheid van de door of namens hem aan leverancier verstrekte gegevens waarop leverancier zijn aanbieding heeft gebaseerd.*’ In feite vormt het voorkomen dat de klant zich op ‘verwachtingen’ uit de voorfase kan beroepen, een van de rode draden van deze voorwaarden. Dit uitgangspunt is bijvoorbeeld ook terug te vinden in artikel 11 lid 2 dat luidt: ‘*Klant draagt het risico van de selectie van de door leverancier te leveren zaken, goederen en/of diensten. Klant neemt steeds de uiterste zorg in acht om te waarborgen dat de eisen waaraan de prestatie van leverancier dient te voldoen, juist en volledig zijn.*’

¹² Art. 6:82 BW.

¹³ P.G. van der Putt, ‘De gevolgen van niet-nakoming bij IT-projecten’, *Computerrecht* 2011/33.

¹⁴ Hof ’s-Hertogenbosch 17 februari 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:480 (*JBZ/Alert*).

¹⁵ Rb. Utrecht 8 juli 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BJ2078, *Computerrecht* 2009/228, m.nt. W.F.R. Rinzema (*Raindrop/ASR*); Rb. Amsterdam 10 maart 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BM3882 (*Waterdrinker/SAP*); Rb. Utrecht 3 maart 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BL6284 (*Quaere/AVVV*); Rb. Den Haag 24 december 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:16568 (*Elips c.s./De Goudse*).

¹⁶ Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 5 december 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BC1152

¹⁷ HR 27 april 2012, LJN BV1301, *IT* 767 2012, *NJ* 2012/293 (*Hulskamp/DeBeeldbrigade*).

¹⁸ Art. 7:17 lid 1 en 2 BW.

¹⁹ MvA II, Parl. Gesch. Boek 7, p. 125. Zie ook: W.F.R. Rinzema en F.B. Melis, ‘Wat betekent kooprecht voor zakelijke softwarelicenties’, *Computerrecht* 2013/43.

De ARBIT 2014 legt meer gewicht de schaal van de opdrachtgever. Artikel 4 beschrijft bijvoorbeeld de ‘onderzoek- en informatieverplichting’ van de leverancier (‘Wederpartij’). Het artikel stelt dat *‘Ter bepaling van het door Opdrachtgever met de Prestatie beoogde gebruik Wederpartij zich in voldoende mate op de hoogte (heeft) gesteld van: (a) de doelstellingen, in verband waarmee Opdrachtgever de Overeenkomst aangaat; (b) de organisatie van Opdrachtgever, voor zover van belang voor de Overeenkomst.’* Daaraan wordt toegevoegd dat *‘bij de uitvoering van (deze) onderzoek- en informatieverplichting Wederpartij zich tevens een oordeel (heeft) gevormd over de haalbaarheid van de Prestatie binnen de door Opdrachtgever daarvoor aangegeven kaders’* en dat *‘Opdrachtgever Wederpartij met het oog hierop van voldoende informatie (heeft) voorzien’*. Het artikel sluit af met de bepaling dat *‘Opdrachtgever Wederpartij op verzoek aanvullende informatie (verstrekt) voor zover die niet van vertrouwelijke aard is en in redelijkheid relevant moet worden geacht voor de uitvoering van de Overeenkomst’* en dat *‘bij eventuele onduidelijkheid Wederpartij tijdig navraag (doet) bij Opdrachtgever.’*²⁰

Het sluitstuk van de wankel balans tussen mededelings- en onderzoeksplicht vormt de ‘entire agreement’ clause, die uit Angelsaksische jurisdicties is overgewaaid. Deze clausule houdt in dat partijen zich niet op andere feiten en omstandigheden kunnen beroepen dan hetgeen uit de (letterlijke tekst van de) overeenkomst voortvloeit. De Hoge Raad bepaalde in 2013 dat dit type clausule er niet zonder meer aan in de weg staat *‘dat voor de uitleg van de in de overeenkomst vervatte bepalingen betekenis wordt toegekend aan verklaringen die zijn afgelegd dan wel gedragingen die zijn verricht, in het stadium voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst.’*²¹ Dit betekent dat rechters bij de uitleg van contracten de zogenoemde ‘Haviltexnorm’²² kunnen blijven toepassen, met dien verstande dat zij bij het bepalen van rechten en verplichtingen wel betekenis kunnen toekennen aan het feit *dat* partijen een entire agreement clause zijn overeengekomen.

Tussentijdse aanpassingen

Hiervoor is aangegeven dat een ICT-project tussentijds aan veranderingen onderhevig kan zijn. Als gevolg hiervan kan het project uit de bocht vliegen en een drama worden. Zo wordt in de rapporten van Policy Research onderkend dat de contouren van dergelijke veranderingen zich vaak al eerder aftekenen dan op het moment dat partijen hierover in dialoog zijn. Ook dit risico leggen partijen contractueel het liefst op het bord van hun wederpartij. Artikel 14 lid 5 van Nederland ICT-Voorwaarden bepaalt daarom dat *‘Leverancier niet gebonden (is) aan een al dan niet uiterste (oplever)datum of (leverings)termijn als partijen een wijziging van de inhoud of omvang van de overeenkomst (meerwerk, wijziging van specificaties etc.) of een wijziging van de aanpak van de uitvoering van de overeenkomst zijn overeengekomen, of indien klant zijn verplichtingen die voortvloeien uit de overeenkomst niet, niet tijdig of niet volledig nakomt (...).’* Artikel 36 lid 3 bepaalt indien gekozen is voor zogenoemde ‘iteratieve ontwikkelmethoden’ dat *‘(...) Bij gebreke van tijdige en duidelijke voortgangsbeslissingen van de zijde van klant conform de projectaanpak die bij de desbetreffende ontwikkelmethode behoort, leverancier gerechtigd (is) - doch niet verplicht - de naar zijn oordeel passende beslissingen te nemen’*.

De ARBIT 2014 heeft een ander uitgangspunt. In artikel 25 lid 1 wordt bijvoorbeeld bepaald dat *‘Indien de uitvoering van de Prestatie vertraging dreigt te ondervinden, Wederpartij dat onmiddellijk aan Opdrachtgever mee(deelt) onder vermelding van de oorzaak en consequenties daarvan. Tevens*

²⁰ Art. 4 leden 1 t/m 4 ARBIT 2014.

²¹ HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8101, NJ 2013/214 (Lundiform/Mexx).

²² HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635, Haviltex

stelt Wederpartij Opdrachtgever daarbij maatregelen voor om (verdere) vertraging te voorkomen. De ratio is dat als van de overeengekomen uitgangspunten met betrekking tot levertijden, inhoud en kosten van de Prestatie zonder nadere afspraak wordt afgeweken, de Leverancier de Opdrachtgever hierover moet informeren, zodat partijen alsnog aanvullende (schriftelijke) afspraken kunnen maken. Artikel 16 lid 2 van die voorwaarden past in deze lijn en bepaalt dat *'Indien door aanvullende wensen of gewijzigde inzichten van Opdrachtgever of door wijziging van de voor de te verrichten prestaties van belang zijnde wettelijke voorschriften, de prestaties die Opdrachtnemer op grond van de Overeenkomst moet verrichten, aantoonbaar worden verzwaard dan wel uitgebreid, sprake (is) van meerwerk (...)*'. Volgens dit artikellid is geen sprake van meerwerk als het gaat om *'aanvullende werkzaamheden of gewijzigde inzichten die Opdrachtnemer bij het sluiten van de Overeenkomst had behoren te voorzien'* en dat *'Indien een Partij meent dat van meerwerk sprake is, zij daarvan zo spoedig mogelijk mededeling (doet) aan de andere Partij.'*

Deze bepalingen laten zien dat een partij contractueel gehouden kan zijn om afwijkingen te onderkennen en zijn wederpartij hierover te informeren. In de praktijk ontbreekt het daar vaak aan met als gevolg dat *after the facts* een discussie plaatsvindt over de gevolgen van dergelijke afwijkingen. Contractmanagement is hier dus de oplossing.

Beëindiging

Wanneer het ICT-project niet goed loopt, kan bij een partij de wens ontstaan om er mee te stoppen. In de praktijk kan dit op drie manieren plaatsvinden, namelijk in onderling overleg, door opzegging van de overeenkomst of door ontbinding daarvan.

Beëindiging van ICT-projecten in onderling overleg is weliswaar bijna altijd mogelijk, maar de voorwaarden die door de wederpartij aan het beëindigen worden verbonden zijn vaak erg nadelig voor de partij die wil beëindigen. Betaling van alle toekomstige diensten of ongelimiteerde vergoeding van schade zijn geen ongebruikelijke voorwaarden voor het in overleg staken van een project. Opzegging is een wijze van eenzijdige beëindiging van een contract waarbij het niet noodzakelijk is dat de andere partij tekort is geschoten. Voor zover sprake is van een opdrachtovereenkomst, kan de opdrachtgever deze te allen tijde opzeggen.²³ De professionele opdrachtnemer kan dat in principe alleen doen als er gewichtige redenen zijn.²⁴ Voor zover sprake is van een onbenoemde duurovereenkomst voor *onbepaalde* tijd geldt dat deze in principe opzegbaar is, mits er een redelijke opzegtermijn in acht wordt genomen.²⁵ De lengte van de opzegtermijn wordt bepaald door de belangen van partijen, aard en gewicht van de redenen van opzegging, aard en duur van de overeenkomst etc.²⁶ Bij duurovereenkomsten voor *bepaalde* tijd is de hoofdregel dat zij in beginsel niet eenzijdig tussentijds kunnen worden beëindigd door opzegging.²⁷ Echter, bij uitzondering kunnen de redelijkheid en billijkheid er aan in de weg staan dat onverkorte nakoming van de overeenkomst wordt verlangd.²⁸ Er moet dan sprake zijn van onvoorziene omstandigheden, dit wil zeggen omstandigheden die zijn ingetreden na het sluiten van de overeenkomst, die partijen noch uitdrukkelijk, noch stilzwijgend in de overeenkomst hebben verdisconteerd, ofwel: waarin zij niet hebben voorzien.²⁹ Bovendien geldt dat de

²³ Artt. 7:400 BW jo 7:408 BW.

²⁴ Art. 7:408 lid 2 BW.

²⁵ HR 28 oktober 2011, LJN: BQ9854, 10/00299, *TBR* 2012/58; Hof 's-Hertogenbosch, 7 februari 2012, LJN: BV3615, HD 200.018.360 (*X/Cabra*); M.W. de Hoon, 'Vuistregels voor een redelijke opzegtermijn', *NJ* 2010/85, nr. 21, p. 1341 e.v.

²⁶ M.H. Visscher, 'De redelijke opzegging van onbenoemde duurovereenkomsten', *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur*, 2011/6, p. 151-152.

²⁷ HR 21 oktober 1988, *NJ* 1990, 439 zie aanhef en r.o. 3.2 (*Mondia/Calanda*).

²⁸ Vgl. art. 6:248 BW.

²⁹ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 441. Vgl. art. 6:258 BW.

wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst tot het overeengekomen tijdstip niet mag verwachten.³⁰

De Nederland ICT Voorwaarden kennen opzegmogelijkheden in het geval de overeenkomst voor een onbepaalde duur is aangegaan. Niettemin bepaalt artikel 14 lid 5 dat *‘Het feit dat zich tijdens de uitvoering van de overeenkomst (de vraag naar) meerwerk voordoet, voor klant nimmer grond voor opzegging of ontbinding van de overeenkomst is’*.

Artikel 22 lid 6 van de ARBIT 2014 bepaalt dat *‘Opdrachtgever de Overeenkomst door middel van een aangetekend schrijven te allen tijde (kan) opzeggen. Tussen Opdrachtgever en Opdrachtnemer vindt alsdan afrekening plaats op basis van de door de Opdrachtnemer ter zake van de uitvoering van de onderhavige opdracht verrichte Diensten en in redelijkheid gemaakte kosten en van de voor de uitvoering van de opdracht in redelijkheid voor de toekomst reeds aangegane verplichtingen. Opdrachtgever hoeft Opdrachtnemer op generlei wijze anderszins schadeloos te stellen voor de gevolgen van de opzegging van de Overeenkomst.’*

Ten slotte kan een reden voor beëindiging ook bestaan uit het feit dat de andere partij wanprestatie heeft gepleegd, dit wil zeggen toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van zijn verplichtingen. Artikel 15 lid 2 van de Nederland ICT Voorwaarden staat weliswaar ontbinding toe, maar bepaalt dat *‘indien klant op het moment van de ontbinding al prestaties ter uitvoering van de overeenkomst heeft ontvangen, deze prestaties en de daarmee samenhangende betalingsverplichtingen geen voorwerp van ongedaanmaking (zullen) zijn, tenzij klant bewijst dat leverancier ten aanzien van het wezenlijke deel van die prestaties in verzuim is. Bedragen die leverancier vóór de ontbinding heeft gefactureerd in verband met hetgeen hij ter uitvoering van de overeenkomst reeds naar behoren heeft verricht of geleverd, blijven met inachtneming van het in de vorige volzin bepaalde onverminderd verschuldigd en worden op het moment van de ontbinding direct opeisbaar’*.

De ARBIT 2014 sluit aan bij het bepaalde in het Burgerlijk Wetboek waardoor bij ontbinding de mogelijkheid van ongedaanmaking wel bestaat.³¹ Ongedaanmaking houdt in dat partijen elkaar teruggeven wat zij bij de uitvoering van het contract al van elkaar hebben ontvangen. In ICT-projecten is dat niet altijd mogelijk. Diensten zijn vaak verricht en kunnen niet worden teruggedraaid. Op basis van artikel 6:272 lid 1 BW treedt dan daarvoor een vergoeding in de plaats ten belope van haar waarde op het tijdstip van de ontvangst. Als de prestatie niet aan de overeenkomst heeft beantwoord, wordt deze vergoeding volgens lid 2 beperkt *‘tot het bedrag van de waarde die de prestatie voor de ontvanger op dit tijdstip in de gegeven omstandigheden werkelijk heeft gehad.’*³²

Conclusies

Er is weliswaar veel onderzoek gedaan naar het slagen en falen van ICT-projecten, maar er is weinig bekend over de rol die contracten daarbij spelen. Ervaringen uit de praktijk zijn dat veel mislukte ICT-projecten te maken hebben met gebreken in de precontractuele fase, aanpassingen van het project tijdens de rit en ondeugdelijke vormen van contractbeëindiging.

In dit artikel beogen wij dat deze praktijksituaties raakvlakken hebben met contractuele bepalingen. Of die contracten op basis van de Nederland ICT-Voorwaarden of ARBIT 2014 zijn aangegaan, maakt voor de juridische positie van de betrokken partijen veel verschil. Termen als ‘kwaliteit’ lijken daarnaast geruststellend wanneer deze in ICT-contracten worden gebruikt, maar hebben alleen toegevoegde waarde als wordt aangegeven wat partijen hier concreet onder verstaan. En zelfs als de

³⁰ HR 21 oktober 1988, NJ 1990, 439 zie aanhef en r.o. 3.2 (*Mondia/Calanda*).

³¹ Art. 6:265 BW (ontbinding) en art. 6:271 BW (ongedaanmaking).

³² Art. 6:272 lid 2 BW. Zie ook: Rb. Midden-Nederland 25 maart 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:1983.

contracten de juiste bepalingen bevatten, moet er nog steeds voldoende toezicht op de nakoming van de gemaakte afspraken plaatsvinden. Een overeenkomst met een duidelijke en relevante inhoud, zelfs als deze nadelig is voor een van partijen, is een sturingsinstrument bij de uitvoering van het project. 'Het contract gaat in de kast om er nooit meer uit te komen', een veel gehoorde uitspraak in de ICT praktijk, is dus een gevaarlijk gezegde.