

Hoe competent moeten partijen zijn om een IT-overeenkomst af te sluiten?

prof.dr.ir. Jan L.G. Dietz

emeritus hoogleraar informatica TU Delft
hoogleraar enterprise engineering Antwerp Management School
directeur Sapio Enterprise Engineering

j.l.g.dietz@tudelft.nl , jan.dietz@uantwerpen.be , jan.dietz@sapio.nl

Samenvatting

Tijdens de nakoming van de verplichtingen uit een IT-overeenkomst, met name waar het bedrijfsmatige software zoals ERP-systemen betreft, ontstaat er gemakkelijk zoveel onenigheid tussen partijen dat ze bij de rechter eindigen. De juridische grondslag van de rechtszaak (verzuim, wanprestatie, enz.) verhult daarbij veelal de eigenlijke oorzaak van het conflict. Die schuilt namelijk in onvoldoende competentie, bij beide partijen. De klant schiet tekort bij het vaststellen van de benodigde functionaliteit en in het begrijpen van wat haar te wachten staat. De leverancier schiet tekort in het begrijpen van de bedrijfsvoering van de klant en in het aantonen dat de geboden functionaliteit van het IT-systeem overeenkomt met de benodigde. Het vakgebied enterprise engineering biedt de sleutel tot een effectieve en definitieve oplossing van deze problematiek. Zolang partijen niet vanuit dit gedachtegoed te werk gaan, zullen hun competenties onvoldoende blijven, en zal Vrouwe Justitia verkeerd blijven wegen en oordelen. Daarom mag ook zij niet haar ogen sluiten voor het probleem en voor de oplossing.

1 Inleiding

1.1 Aanleiding

In het voorjaar van 2013 heeft de auteur, op verzoek van het gerechtshof te Amsterdam, een deskundigenbericht uitgebracht in een rechtszaak tussen een handelaar in kamer- en tuinplanten, in het vervolg de klant geheten, en een leverancier van bedrijfsmatige software, voortaan de leverancier genoemd. De klant was toentertijd op zoek naar een vervanger van zijn bestaande enterprise information system (EIS)¹, de leverancier had interesse in een nieuw afzetgebied voor zijn standaard, maar voor de branche van de klant nog aan te passen, ERP-systeem². Blijkens het dossier hebben deze nogal verschillende uitgangspunten gedurende het gehele traject gezorgd voor veel spraakverwarring en misverstand. Bovendien bleek er een verre van voldoende gemeenschappelijk begrip te bestaan over de inhoud van de overeenkomst.

Bij de klant heerste primair onbegrip over wat een ERP-systeem is, hoe dat dienst zou kunnen doen als een geschikt EIS voor haar bedrijfsprocessen, en hoe zij ooit een goed doordacht besluit zou kunnen nemen over de aanschaf van het systeem. Bij de leverancier heerste vooral onbegrip over de bedrijfsprocessen van de klant en de daaruit voortvloeiende functionaliteit die het ERP-systeem zou moeten bieden. Bovendien was het nog onduidelijk in hoeverre de kern van het ERP-systeem met zijn standaard mogelijkheden tot aanpassing, de 'kern' van de benodigde functionaliteit in de branche van de klant zou afdekken, en welke specificaties dientengevolge tot aanvullend maatwerk zouden moeten leiden voor de klant.

Om deze redenen zijn de partijen, die met goede bedoelingen waren begonnen aan een voor beiden profijtelijk lijkende samenwerking, na jaren van strijd uiteindelijk voor de rechter geëindigd.

1.2 Probleemstelling

Het hiervoor aangehaalde conflict is helaas een klassieker in de IT-praktijk. Te lang heeft men gedacht dat de benodigde functionaliteit van een bedrijfsmatig IT-systeem simpelweg konden worden verkregen door ernaar te vragen bij de toekomstige gebruikers, en dat de door een IT-systeem geboden functionaliteit simpelweg kan worden aangetoond door middel van tests en demonstraties. Steevast heeft dat tot veel mislukkingen geleid, en steevast hebben de IT-ers de oorzaak daarvan bij de gebruikers, c.q. de opdrachtgevers, gelegd. Geheel ten onrechte, zoals sinds geruime tijd is onderkend: het vaststellen van de benodigde functionaliteit, van de werkelijk geboden functionaliteit, en van de congruentie van beide, zijn beduidend ingewikkelder dan veel IT-ers denken. De uit de discipline Enter-

¹ Een EIS is een geautomatiseerd informatiesysteem dat de bedrijfsactiviteiten van een organisatie integraal ondersteunt.

² Het ERP-concept (Enterprise Resource Planning) is voortgekomen uit het MRP-concept (Material Requirements Planning) uit de jaren tachtig, dat furore maakte in de industriële (lees vooral: grootschalige) fabricage. Een ERP-systeem pretendeert een EIS te kunnen zijn voor velerlei soorten organisaties, doordat het bestaat uit een (vaste) kern waarop diverse aanpassingen kunnen worden gemaakt, te vergelijken met een casco-huis waarop de koper allerlei variaties kan maken.

prise Engineering³ voortkomende inzichten maken duidelijk dat de partijen in een IT-overeenkomst over een zekere mate van deskundigheid en vakkundigheid moeten beschikken, allereerst om tot een overeenkomst van voldoende kwaliteit te geraken, en vervolgens om de verbintenissen die uit de overeenkomst voortvloeien met succes na te kunnen komen.

Volgens art. 6:217 lid 1 BW, komt een overeenkomst tot stand door een aanbod en de aanvaarding daarvan. Op grond van dit wetsartikel is de IT-overeenkomst tussen de klant en de leverancier rechtsgeldig tot stand gekomen, met alle daaruit voortvloeiende rechtsgevolgen. Ten aanzien van de duidelijkheid van een overeenkomst voor beide partijen, is in het BW niets te vinden. Kennelijk gaat de wetgever er van uit dat partijen in staat zijn te begrijpen wat hun overeenkomst inhoudt. Voor veel producten of diensten is dat het geval, of wordt er helderheid verschaft in de onderhandelingsfase. Wie bijvoorbeeld een huishoudelijk apparaat wil kopen, kan zich laten voorlichten door de verkoper, eventueel middels demonstraties van de werking van het product, zodat hij of zij geacht mag worden te kunnen beoordelen of het product zal gaan voldoen aan de verwachtingen. In principe gaat dit voor alle materiële producten op. Bij immateriële producten ligt het ingewikkelder, omdat concrete kennismakingen (demonstraties, simulaties, visualisaties enz.) met het product niet mogelijk zijn of onvoldoende inzicht geven. Bij eenvoudige immateriële producten, zoals het aangaan van een lidmaatschap, lukt het meestal nog wel, maar bij complexe producten, zoals samengestelde financiële diensten, wordt het al lastig. IT-systemen, in het bijzonder EIS-en, zijn zeer complexe immateriële producten. Het probleem dat zich daardoor voordoet bij IT-contracten is tweeledig. Enerzijds is het niet eenvoudig voor de leverancier om aan de klant uit te leggen wat zijn IT-systeem aan functionaliteit biedt of zal gaan bieden, zodanig dat de klant in staat is te beoordelen of het aan zijn verwachtingen voldoet. Anderzijds is het niet eenvoudig om de door de klant benodigde functionaliteit compleet en eenduidig vast te stellen. Dit probleem wordt versterkt doordat de bedrijfsprocessen die het IT-systeem moet gaan ondersteunen, vaak niet adequaat worden begrepen.

De nog steeds breed heersende opvatting is dat een EIS te vergelijken is met enig ander product, zoals een auto of een hypotheek of, in het beste geval, met een casco-huis dat naar de wensen van de toekomstige bewoner kan worden aangepast. Zo'n vergelijking gaat echter mank. De moderne realistische metafoor is die van het zenuwstelsel van het menselijk lichaam. Dat zenuwstelsel is intrinsiek en innig verweven met het ondersteunde lichaam. Even intrinsiek en innig is een EIS verweven met de organisatie die het ondersteunt. Het in gebruik nemen van een IT-systeem als vervanger van wat eerder als EIS dienst deed, moet men dus vergelijken met het vervangen van (een deel van) het zenuwstelsel van een menselijk lichaam door (een deel van) een ander, mogelijk artificieel, zenuwstelsel. Ook al is dit geen alledaagse praktijk in de neurochirurgie, de vergelijking maakt wel duidelijk dat zoiets niet alleen zeer grondige kennis van zenuwstelsels veronderstelt, maar ook van de ondersteunde lichaamsprocessen. De analogie met de IT-praktijk is dat IT-ers niet alleen grondige kennis moeten hebben van IT-systemen

³ Enterprise Engineering, een samensmelting van organisatiekunde en informatica (IT). Meer informatie is te vinden op de 'theoretische' site van het CIAO! Network (www.ciaonetwork.org) en op de 'praktische' site van het Enterprise Engineering Institute (www.ee-institute.org).

maar ook van de organisaties c.q. de bedrijfsprocessen die ermee moeten worden ondersteund.

1.3 Onderzoeksvragen

Om een diepgaander inzicht te verkrijgen in deze problematiek en om de juridische kant ervan te belichten, heb ik de volgende onderzoeksvragen geformuleerd:

1. Op welke rechtsgronden kan de leverancier in gebreke worden gesteld m.b.t. het nakomen van haar verbintenis, indien blijkt dat de leverancier de benodigde functionaliteit van het IT-systeem niet adequaat heeft vastgesteld?
2. Op welke rechtsgronden kan de klant in gebreke worden gesteld m.b.t. het nakomen van haar verbintenis, indien blijkt dat de klant de benodigde functionaliteit van het IT-systeem niet adequaat heeft vastgesteld?
3. Op welke rechtsgronden kan de leverancier in gebreke worden gesteld m.b.t. het nakomen van haar verbintenis, indien blijkt dat de leverancier niet in staat is op adequate wijze aan te tonen dat het geleverde IT-systeem de benodigde functionaliteit biedt?

De eerste en de tweede vraag betreffen hetzelfde probleem, namelijk het niet adequaat zijn vastgesteld van de benodigde functionaliteit. Binnen Enterprise Engineering wordt daar onder verstaan dat de benodigde functionaliteit is of wordt bepaald op basis van het zogeheten essentiële model van de organisatie van de klant. Alleen dan kan volledigheid en relevantie worden gegarandeerd. Het is in de praktijk gebruikelijk dat de leverancier deze taak op zich neemt, maar dat hoeft niet. Soms komt het voor dat de klant het zelf doet, ofwel een derde partij opdracht geeft dit te doen. De eerste vraag betreft de situatie dat de leverancier daarvoor verantwoordelijk is, de tweede vraag betreft de situatie dat de klant dat is.

Het kwaliteitscriterium voor de beantwoording van de derde vraag is dat de leverancier een formeel beschreven ontologisch, d.w.z. implementatie-onafhankelijk, model van het IT-systeem moet kunnen overleggen als basis voor een beredeneerde vergelijking van dat model met de op adequate wijze vastgestelde functionaliteit. Alleen dan kan volledigheid en relevantie worden gegarandeerd.

1.4 Belang van het onderwerp

Het belang van het gekozen onderwerp, te weten de mate van competentie die partijen moeten bezitten wanneer zij een IT-overeenkomst⁴ willen afsluiten en wanneer zij de daaruit voortvloeiende verbintenissen willen nakomen, is tweeledig: er is een maatschappelijk en een juridisch belang.

Het maatschappelijk belang is dat er een einde moet komen aan de vernietiging van (uiteindelijk altijd maatschappelijk) kapitaal in IT-projecten. Alleen al in Nederland ligt deze kapitaalvernietiging in de orde grootte van honderd miljoen euro per jaar. Zodra de competentie van zowel de klant als de leverancier in die projecten gaat toenemen, zal het aantal mislukkingen en de omvang ervan dalen.

⁴ Hoewel de bevindingen in dit artikel waarschijnlijk een algemenere geldigheid hebben dan alleen voor IT-contracten, beperkt de auteur zich tot IT-contracten, en meer specifiek tot contracten over de levering van een Enterprise Information System (zie voetnoot 2).

Niet alle falen is daarmee te voorkomen, maar talrijke onderzoeken laten wel zien dat in ruim driekwart van alle falende IT-projecten, de oorzaak van het falen in gebrekkige functionele requirements ligt.

Het juridische belang is dat rechters rechtvaardiger zouden kunnen oordelen in IT-conflicten. Zolang er onbegrip heerst over de inhoud van een overeenkomst bij de betrokken partijen, en dientengevolge ook bij de rechter, treden er onvermijdelijk twee soorten van fouten op. De ene soort is dat de eisende partij ten onrechte in het ongelijk wordt gesteld. De andere is dat die partij ten onrechte in het gelijk wordt gesteld. Het doet er daarbij niet toe wie de eisende partij is (de leverancier of de klant), ook al is dat in de praktijk meestal de klant. Het lijkt me moeilijk vol te houden dat de rechterlijke uitspraak in zulke situaties rechtvaardig is.

1.5 Overzicht van het artikel

In de voorgaande subparagrafen is de problematiek geschetst die het aangaan van IT-overeenkomsten met zich mee kan brengen indien partijen zich onvoldoende bewust zijn van de zeer grote complexiteit van IT-systemen, met name van EIS-en (zoals ERP-systemen), en van het bijzondere karakter van deze systemen. Op die grondslag zijn drie onderzoeksvragen geformuleerd. De rest van het artikel is als volgt opgebouwd. Paragraaf 2 bevat de analyse door de auteur van de problematiek in de vorm van een beantwoording van de onderzoeksvragen. Daarbij zal niet alleen worden gekeken naar de rechtsgronden waarop partijen in gebreke kunnen worden gesteld, maar ook naar hoe zulk tekortschieten kan worden voorkomen door verbetering van de competenties van beide partijen. In paragraaf 3 staan de conclusies van het onderzoek.

2 Analyse

2.1 Beantwoording van de eerste onderzoeksvraag

Op basis van het rechtsbeginsel van billijkheid en redelijkheid lijkt de klant in een IT-overeenkomst uit te mogen gaan van de terzake deskundigheid van de leverancier. Dit houdt voor de eerste onderzoeksvraag in dat de klant mag verwachten dat de benodigde functionaliteit van het IT-systeem op vakkundige wijze is vastgesteld, respectievelijk zal worden vastgesteld, zodra de leverancier er blijk van geeft daartoe voldoende informatie van de klant te hebben ontvangen. Het BW bevat geen wetsartikelen die expliciet de volledigheid en de kwaliteit van de door de klant aan te leveren informatie betreffen. De enige jurisprudentie die hiermee in verband zou kunnen worden gebracht, is het arrest in de zaak *Ermes/Haviltex*⁵

⁵ Volledig: Het arrest *Ermes/Haviltex* uit 1981. In deze zaak komt de Hoge Raad tot de volgende overweging: "De vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding van partijen is geregeld en of dit contract een leemte laat die moet worden aangevuld, kan niet worden beantwoord op grond van alleen maar een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van dat contract. Voor de beantwoording van die vraag komt het immers aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Daarbij kan mede van belang zijn tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht".

uit 1981. Dit arrest stelt dat de werkelijke betekenis van een overeenkomst breder mag worden genomen dan de letterlijke interpretatie van de tekst waarin de overeenkomst is uitgedrukt. In analogie met die zaak zou men mogen stellen dat de (niet terzake deskundige) klant redelijkerwijs zou mogen verwachten dat de leverancier op basis van de aangeleverde informatie in staat is de benodigde functionaliteit vast te stellen, zodra de leverancier zegt voldoende informatie te hebben ontvangen. Het in gebreke blijven door de leverancier op dit punt, ook al wordt dit pas duidelijk bij oplevering van het IT-systeem, biedt naar mijn mening voldoende rechtsgrond voor de klant om de leverancier het niet nakomen van haar uit de overeenkomst voortvloeiende verbintenis te verwijten.

Gegeven het feit dat de schade voor de klant in IT-conflicten gemakkelijk miljoenen euros beloopt, lijkt mij dat nadere wet- of regelgeving ter bescherming van de klant zeer gewenst is. Ik denk daarbij met name aan wet- of regelgeving ten aanzien van de competentie van de leverancier, c.q. de IT-er. Zoals dat ook bij andere beroepsgroepen gebeurt (bijvoorbeeld bij advocaten en medici), zou dat via een beroepscode kunnen worden geregeld. Helaas bestaat die niet voor de IT-praktijk, ook al pretenderen enkele beroepsverenigingen (zoals de VRI en de NVBI) die wel te bieden. Zij kennen evenwel slechts een gedragscode; die geeft geen garantie dat de kennis en de kundigheid van de beroepsbeoefenaar 'up to date' zijn. Ook de onderlinge visitaties dragen daar niet aan bij.

2.2 Beantwoording van de tweede onderzoeksvraag

Zoals gezegd, komt het in de huidige IT- praktijk weinig voor dat de klant verantwoordelijk is voor het vaststellen van de benodigde functionaliteit. Echter, mocht dit aldus in de overeenkomst zijn vastgelegd, dan dienen dezelfde kwaliteitseisen te worden gesteld aan de door de klant vastgestelde functionaliteit. Zoals eerder ook gezegd, zal de klant in zulke gevallen de taak meestal uitbesteden aan een derde partij. De overeenkomst die de klant met die derde partij aangaat, is een IT-overeenkomst waarin de derde partij de leverancier is, weliswaar niet van een compleet IT-systeem, maar wel van een 'onderdeel', namelijk de benodigde functionaliteit. Hetgeen in de beantwoording van onderzoeksvraag 1 is gesteld, geldt nu voor de overeenkomst tussen de klant en de derde partij.

Ook in de situatie dat de klant verantwoordelijk is voor het vaststellen van de benodigde functionaliteit, is er wet- of regelgeving gewenst ter bescherming van de klant. Die zou bijvoorbeeld kunnen bestaan uit de plicht van de leverancier om de klant er uitdrukkelijk op te wijzen dat het vaststellen van de benodigde functionaliteit vakkundigheid vereist, en dat zij die taak daarom beter door een vakkundige partij kan laten uitvoeren. Indien de klant dit advies willens en wetens naast zich neerlegt, kan dit de klant rechtens worden aangerekend. Het gaat, lijkt me, te ver om van de klant in een IT-project te eisen dat zij een bepaalde mate van deskundigheid bezit, ook al zou dat veel problemen voorkomen. Het lijkt me wel opportuun dat de IT-branche een desbetreffende waarschuwing uitvaardigt.

2.3 Beantwoording van de derde onderzoeksvraag

Het rechtsbeginsel van billijkheid en redelijkheid houdt voor de beantwoording van de derde onderzoeksvraag in dat de klant redelijkerwijs mag verwachten dat de leverancier in staat is volledig, eenduidig en helder aan te tonen dat de functionaliteit die het IT-systeem biedt gelijk is aan de benodigde functionaliteit.

Zoals reeds opgemerkt in subparagraaf 1.3 kan dat alleen op basis van een formeel beschreven ontologisch model van het IT-systeem (dat is een model dat volledig abstraheert van de technologische implementatie; anders gezegd, het is een zuiver logisch model van de software). Sinds het begin van het IT-tijdperk (de jaren zestig van de vorige eeuw) is dat een onbetwist inzicht. De software van een IT-systeem is namelijk een wiskundige automaat, en wiskundige automaten kunnen alleen maar worden begrepen door middel van wiskundige analyse. Alleen op die manier is onomstotelijk vast te stellen dat het IT-systeem correct is, hetgeen wil zeggen dat het geen fouten bevat. Helaas is in de IT-praktijk deze aanpak gaandeweg steeds meer vervangen door het uitvoeren van tests. De bewijskracht van een test is echter beperkt: men kan er wel de aanwezigheid van fouten mee aantonen maar niet de afwezigheid.

Nadat de formele correctheid van het IT-systeem is aangetoond, dient nog te worden vastgesteld dat de geboden functionaliteit gelijk is aan de benodigde. Alleen een beredeneerde vergelijking van beiden kan daarover uitsluitel geven. In de huidige praktijk ziet men helaas vaak dat de leverancier (bij wie de bewijslast rust) volstaat met het geven van demonstraties. Voor demonstraties geldt echter iets dergelijks als voor tests: ze geven geen definitief uitsluitel. Wel wekken ze gemakkelijk de schijn van zekerheid.

Met betrekking tot de rechtsgronden in onderzoeksvraag 3 is art. 17 BW wellicht te gebruiken, ook al ademt dit wetsartikel de geest van materiële producten. Ik citeer art. 17 lid 1: de afgeleverde zaak moet aan de overeenkomst beantwoorden. Het probleem bij IT-overeenkomsten is natuurlijk dat er veelal geen gedeeld begrip is tussen partijen van de inhoud van de overeenkomst, zoals hiervoor besproken. Toch lijkt mij dat art. 17 de klant rechtsgrond kan bieden om de leverancier het niet nakomen van haar uit de overeenkomst voortvloeiende verbintenis te verwijten. De leverancier is immers niet in staat aan te tonen dat de geboden functionaliteit wel gelijk is aan de benodigde, waardoor de leverancier in strijd handelt met art. 17 lid 1 en lid 2. In zo'n geval heeft de klant wel de onderzoeksplicht om na te gaan of er verschil is tussen de geboden en de benodigde functionaliteit. Dat vereist echter een competentie van de klant die zij normaal gesproken niet heeft. Maar daarin zou zij zich kunnen voorzien door (echt) deskundige adviseurs in te schakelen.

3 Conclusies

Anders dan bij overeenkomsten over materiële producten, en anders dan bij overeenkomsten over veel immateriële producten, zou de wetgever er bij IT-overeenkomsten niet zonder meer van uit moeten gaan dat partijen in staat zijn volledig en diepgaand te begrijpen wat de inhoud van een overeenkomst is. Dat dit opgaat voor de klant is wellicht aannemelijker dan dat het opgaat voor de leverancier. Toch schort het daar ook aan, zoals in dit artikel is betoogd. Kennelijk moet men er bij IT-overeenkomsten rekening mee houden dat beide partijen onvoldoende begrijpen wat de afgesloten overeenkomst inhoudt. Dientengevolge is het onduidelijk welke verbintenis iedere partij rechtens aangaat. En dat roept weer de vraag op of zij elkaar in gebreke kunnen stellen met betrekking tot het nakomen

van een verbintenis. Die vraag is opgesplitst in drie meer precies geformuleerde onderzoeksvragen. Uit de analyse van de problematiek en uit de daarop volgende beantwoording van de onderzoeksvragen, komt het beeld naar voren dat klanten en leveranciers in IT-projecten zich in een ongewis avontuur storten, terwijl zij zich daar niet van bewust zijn.

De twee partijen zijn evenwel juridisch niet gelijkwaardig. Zoals betoogd, zou de klant er van uit mogen gaan dat de leverancier de vereiste deskundigheid bezit om a) de door de klant benodigde functionaliteit vast te stellen op basis van door de klant aangeleverde informatie, en b) de gelijkheid aan te tonen van die benodigde functionaliteit en de door het IT-systeem feitelijk getoonde of aantoonbare. Niettemin lijkt de klant er verstandig aan te doen zich te voorzien van adequate kennis betreffende het vaststellen van die gelijkheid, en wellicht ook betreffende het vaststellen van haar benodigde functionaliteit, zelfs als de leverancier daarvoor krachtens de overeenkomst verantwoordelijk is.

Het BW blijkt geen wetsartikelen te bevatten die behulpzaam kunnen zijn bij het beantwoorden van de vraag in de titel van dit artikel: hoe competent moeten partijen zijn om een IT-overeenkomst af te sluiten? Aan jurisprudentie op dit vlak is evenmin iets te vinden. Gelet op het grote maatschappelijke belang van een helder en gedegen antwoord, lijkt mij dat Vrouwe Justitia niet haar ogen mag sluiten voor de in dit artikel geschetste problematiek.