

CHECKLIST IT-CONTRACTEN

Valkuilen en aandachtspunten bij het opstellen en beoordelen van uw IT-contract



Checklist IT-contracten

In het onderstaande overzicht volgt een beknopte bespreking van een aantal veel voorkomende valkuilen en aandachtspunten in IT-contracten. Het overzicht dient als hulpmiddel voor het opstellen en beoordelen van IT-contracten.

In alle gevallen is het nodig en wenselijk dat juridische beoordeling plaatsvindt van uw IT-contract door een gespecialiseerde IT-advocaat of It-jurist. De onderstaande checklist vormt geen juridische beoordeling of advies en is daarvoor geen vervanging.

Voor vragen of overleg kunt u contact met ons opnemen via de contactgegevens onderaan deze checklist.

Partijen	Zekerheidsrechten
Vrij om te contracteren?	Opschortingsrecht en verrekening
Onderhandeling	Privacy en persoonsgegevens
Context en connexiteit	Geheimhouding
Juridische kwalificatie	Aansprakelijkheid/overmacht/schade
Structuur contract	Boetebedingen
Benaming contract	Verzekering
Considerans	Garanties en vrijwaringen
Opschortende voorwaarden	Termijn instellen vordering
Scope	Communicatie en overleg
Bijlagen bij het contract	Overdracht rechten/plichten
Algemene voorwaarden	Exclusiviteit
Conflicterende bepalingen	Wijziging van de overeenkomst
Definities	Intellectuele eigendomsrechten
Oplevering en conformiteit	Licentie/gebruiksrechten
Service Level Agreement (SLA)	Gebruiksvoorwaarden van derden
Diensten derden	Data
Duur (looptijd) overeenkomst	Documentatie
Wijziging overeenkomst	Diensten van derden
Beëindiging	Beschikbaarheid
Exit (gevolgen einde overeenkomst)	Rechtskeuze
Non-concurrentie	Geschillenbeslechting
Financieel	

Partijen

Wie zijn de contractspartijen?

- Check identiteit contractspartijen uitvoeren (handelsregister van de KvK)
 - Verifiëren mandaat/vertegenwoordigingsbevoegdheid/ondertekening partijen
 - Indien partij handelt namens een ander de volmacht controleren
 - Ontstaan (ook) rechten of verplichtingen voor derden? (bijv. rechten t.b.v. andere (concern)vennootschappen)
-

Zijn partijen vrij om met elkaar te contracteren op de beoogde wijze?

- Aanbestedingsrecht toepasselijk op sluiting van het contract?
- Mededingingsregels aan de orde? Wat zijn daarvan implicaties?
- Partij gebonden aan andere verplichtingen die relevant zijn (bijv. non-concurrentiebeding of exclusiviteitsverplichting t.a.v. derden of andere beletsels)
- consumentenovereenkomst? Implicaties van (dwingendrechtelijk) consumentenrecht beoordeeld?

Onderhandelingen

- Vrijblijvendheid van het onderhandelingsproces vastgelegd? Wenselijk?
- Status van concept contracten/stukken (subject to board approval/written contract)?
- Status/termijn van aanbod/aanbiedingen?

Context en connexiteit

Staat de overeenkomst op zich of zijn andere overeenkomsten relevant voor de sluiting of inhoud van de overeenkomst?

- Contractsoort: LoI / Contract / o.b.v. Algemene Voorwaarden
- Doorwerking van en/of strijdigheid met (andere of eerdere) overeenkomsten?
- Eventueel werking eerdere contract ontnemen d.m.v. vierhoekenbeding.

Juridische kwalificatie

De aard of inhoud van een overeenkomst kan leiden tot een toepasselijkheid van bepaalde wettelijke bepalingen.

- Valt onder reikwijdte in de wet "benoemde overeenkomst"? (opdracht, huur, koop, aanneming werk, fin. zekerheidsovereenkomst etc.) of valt partij door zijn achtergrond onder bepaalde wetgeving (bv. financiële dienstverlening)?
- Is afwijken van de wettelijke regeling bij contract mogelijk?

Structuur van het contract

Hoe is de overeenkomst opgezet?

- Is het contract gebaseerd op een model(overeenkomst)? Modellen zijn vaak eenzijdig opgesteld (sterk in het voordeel/nadeel van een van de partijen)
- Hoofdovereenkomst (raamovereenkomst) en/of nadere overeenkomsten?

Benaming contract

De naam van een contract vormt een eerste bron voor de uitleg van de inhoud en bedoelingen van de partijen bij het contract. De titel "contract voor de levering van IT-diensten" heeft een andere lading dan de naam "turn key contract".

- Is de naam van de overeenkomst in overeenstemming met de inhoud en de bedoelingen van de beide partijen?

Considerans

Een overeenkomst kent doorgaans een considerans ("in aanmerking nemende dat" of "overwegingen") waarin de belangrijkste motieven, doelstellingen of aannames worden of dienen te worden verwoord. De overwegingen spelen een belangrijke rol bij de uitleg van (leemtes/onduidelijkheden) in een overeenkomst door de rechter.

- Zijn belangrijke uitgangspunten voor sluiten van de overeenkomst of levering van de producten/diensten door de leverancier opgenomen?
- Schept of wekt de considerans juiste of juist ongewenste verwachtingen of verplichtingen?

Opschortende voorwaarden

- Opschortende voorwaarden (bijv. goedkeuring RvC/OR)
- Financieringsvoorbehoud
- Uitkomsten due diligence onderzoek/audits/keuring/ technisch rapport

Scope (onderwerp van de overeenkomst)

Omschrijf de prestaties (te leveren diensten en producten) en de eisen (eigenschappen) waaraan deze dienen te voldoen. ICT-overeenkomsten omvatten dikwijls een bundel van verschillende producten en diensten. In hoeverre zijn deze (alle) in de overeenkomst benoemd en in de overeenkomst adequaat uitgewerkt en geregeld? Bijvoorbeeld:

- Software ontwikkeling
- Licentieverstrekking
- ASP / SaaS / Cloud Computingdiensten
- Onderhoud van programmatuur
- Ontwikkeling en onderhoud van websites, webapplicaties
- Hostingdiensten
- Detachering medewerkers
- Opleidingen/trainingen
- Diensten zoals advisering, consultancy, projectmanagement
- Overige diensten
- Verkoop/verhuur/onderhoud van ICT-, telecommunicatie- en kantoorapparatuur
- Toegang tot internet
- Telecommunicatiediensten
- Financiering en leasing van ICT

Niet alleen de producten en diensten maar ook eisen en eigenschappen daarvan vormen deel van de scope. Denk dan aan het specificeren hiervan middels projectplannen, SOW, beschrijvingen middels producten/dienstencatalogus, SLA's, project- en ontwikkelmethodes die van toepassing zullen zijn, technische/functionele specificaties of andere vormen van communicatie over de te verrichten prestaties.

- Heeft een grondige analyse plaatsgevonden van de juistheid/adequaatheid van de scope van het contract, in het licht van de verwachtingen?

Bijlagen bij het contract

Welke documenten zijn van belang voor de totstandkoming / uitvoering? Welke dienen als bijlage deel gemaakt te worden van de definitieve overeenkomst?

- Documentatie inzake marktconsultaties, RFI, RFP, etc.
- Offerte(s), prijslijsten, SOW en overige documenten van leverancier(s)
- Service Level Agreement (SLA)
- Verwijst de overeenkomst naar (niet-opgenomen) sets (algemene) voorwaarden, beleidsregels, technische normen (ISO)? Zijn deze ook inhoudelijk beoordeeld?
- Welke overige documentatie / communicatie is van belang?
- Is of wordt een contractdossier gevormd met alle relevante documentatie en communicatie? (Bijv. naast niet-opgenomen stukken ook eerdere versie van offertes, besprekingsverslagen en (e-mail)communicatie, interne stukken, onderzoeksverslagen, feasibility studies, POC-documentatie etc.). Een dergelijk contractdossier is noodzakelijk ter ondersteuning van de uitvoering van een contract vanaf contractsluiting.

Algemene voorwaarden

Doorgaans worden overeenkomsten gesloten op basis van toepasselijkheid van algemene voorwaarden. Sets algemene voorwaarden zijn in de regel eenzijdig.

- Worden algemene voorwaarden toepasselijk verklaard? Zijn deze opgenomen als bijlage? Is de verwijzing voldoende specifiek (versie/jaartal/bron)?
- Van wie zijn de betreffende algemene voorwaarden afkomstig en in hoeverre zijn de betreffende algemene voorwaarden geschikt en wenselijk?
- Wordt de toepasselijkheid van andere (algemene) voorwaarden uitdrukkelijk uitgesloten?
- Bevat de overeenkomst verwijzingen naar andere (algemene) voorwaarden? Zijn deze beoordeeld?
- Is een regeling opgenomen die toepasselijkheid beoogt van toekomstige versie(s) van algemene voorwaarden?

Conflicterende bepalingen

Binnen een overeenkomst kunnen (met name indien deze bestaat uit meerdere documenten) onderlinge tegenstrijdigheden ontstaan tussen bepalingen. In sommige gevallen is dat uitdrukkelijk beoogd en in andere gevallen niet.

- Bevat de (hoofd)overeenkomst een zogenoemde rangorderegeling (of tegenstrijdighedenregeling)?
- Kent de rangorderegeling een juiste volgorde van (toepasselijke) documenten?
- Kent de rangorderegeling een uitzondering voor meer specifieke afspraken gemaakt in documenten lager in de rangorde?

Definities

Door het opnemen in de overeenkomst van een overzicht van definities kan eenduidigheid en duidelijkheid worden bevorderd, definities spelen een

belangrijke rol bij het afbakenen van de scope en de verantwoordelijkheden van de partijen.

- Kent de overeenkomst een bepaling met definities?
- Zijn in de overeenkomst (elders) definities "verstopt"?
- Zijn definities toepasselijk op alle documenten die de overeenkomst vormen?
- Wordt er consequent gebruik gemaakt van hoofdletters bij definities?
- Duidelijkheidshalve benoemen van bedragen in letters en cijfers. Valuta in letters en symbool
- Contract in meerdere talen vertaald? Welke taal is leidend? Dubbelzinnige begrippen het Nederlandse equivalent tussen haakjes bijvoegen

Oplevering en conformiteit

- Afspraken over kwaliteit en meting daarvan.
- Inspectie / controle / acceptatie
- Externe normen waaraan dient te worden voldaan
- Klachttermijn van de wet of een andere termijn?
- Procedureafspraken over oplevering (bijv. acceptatieprotocol)
- Wanneer en waaruit blijkt acceptatie? Wat als er geen formele acceptatieprocedure is?
- Termijnen? Zijn termijnen fatale termijnen? Wat zijn de gevolgen?

Service Level Agreement (SLA)

De SLA is een uitwerking van een overeenkomst terzake de kwaliteit van de diensten.

- Normen (service levels) SMART geformuleerd?
- Wat zijn gevolgen van schending?
- Boetes of andere regelingen opgenomen (denk aan 6:91 BW).
- Evaluatie en herziening SLA geregeld?
- Wie verricht de monitoring op behalen normen?

Diensten derden

- Worden door leverancier derden ingeschakeld om producten of diensten te leveren?
- Wie is verantwoordelijk voor de prestaties (en eventuele) niet-nakoming of niet-tijdige nakoming door de derde(n)?

Duur (looptijd) overeenkomst

Een overeenkomst kan worden aangegaan voor bepaalde of onbepaalde duur.

- Is een looptijd van de overeenkomst opgenomen?
- Zijn aanvangsdatum en einddatum concreet en ondubbelzinnig?
- Wijkt ondertekeningdatum af van inwerkingtreding?
- Bevat de overeenkomst opties voor (automatische) verlenging of anderszins?

Wijziging (verhouding) partijen

Wijzigingen in de bedrijfsstructuur of bedrijfsvoering bij wederpartij kunnen dermate impact hebben dat zij aanleiding dienen te geven tot een mededeling van de wijziging / of welke aanleiding dient te geven tot mogelijkheid tot beëindiging van de overeenkomst.

- Wat zijn de gevolgen bij fusie of splitsing van een der contractspartijen?
- Wat zijn de gevolgen van overdracht activa door een der contractspartijen?
- Wat zijn de gevolgen van faillissement of surseance van betaling?

Beëindiging

Een overeenkomst kan eindigen op verschillende wijzen zoals beëindiging door ontbinding, opzegging of van rechtswege.

- Ontbinding (afwijken van wettelijke regeling?)
- Opzegging (afwijken van wettelijke regeling?)
- is opzegging uitgewerkt (voorwaarden, wijze en termijn van opzegging)
- Wordt er gebruik gemaakt van niet-wettelijk gedefinieerde wijzen die zien op eindigen (bv. eindigen / annulering? wat houdt dit in?)
- Vormvereisten: opzeggingstermijn / schriftelijkheid / aangetekende brief?

Exit (gevolgen bij einde overeenkomst)

Iedere overeenkomst komt tot een einde. Bij aanvang van de overeenkomst zal beoordeeld dienen te worden hoe de exitregeling eruit komt te zien.

- Welke afhankelijkheden zullen bestaan of ontstaan bij het einde van de overeenkomst en op welke wijze kan medewerking worden geregeld?
- Exitplan opgesteld? Voorzien in de periodiek herijking gedurende de contractperiode?
- Ter beschikking stelling materialen en dienstverlening (medewerking) (re)migratie (overstap). En wie zal de kosten dragen?
- Inzien administratie (ook post-contractueel)
- Volmacht verkregen tot medewerking aan akten (niet alleen onder bij exit)

Niet-overnamebeding

- Verbod om medewerkers van elkaar over te nemen (+ redelijke termijn)
- Sanctie(s)?

Non-concurrentie

- Wat mag niet tijdens en/of na afloop van de overeenkomst?
- Is de non-concurrentie in tijd beperkt (redelijkheid)?
- Welke sancties zijn er gesteld op overtreding?

Financieel

- Wat is het prijsmodel? (bijv. vast, variabel of hybride)
- Meerwerk voorzienbaar? Verantwoordelijkheid ligt bij wie?
- Wijziging prijzen (bijv. prijsindexatie)
- Prijzen in- of exclusief BTW, valuta

- Factureringsvoorwaarden
- Betaalmomenten (tijdstip verschuldigdheid)
- Kosten en rente bij niet betalen facturen
- Kosten nevenprestaties zoals: transport / support / training

Zekerheidsrechten

De risico's van een overeenkomst kunnen zodanig zijn dat het wenselijk of noodzakelijk is om (financiële) zekerheidsrechten te bedingen teneinde de risico's te verkleinen. Zijn in de overeenkomst zekerheidsrechten opgenomen zoals:

- Vooruitbetaling, bankgarantie(s), recht(en) van hypotheek, pandrecht(en), borgstellingen, eigendomsvoorbehoud, persoonlijke hoofdelijkheid, 403-verklaring, letter of comfort
- Zijn of worden de zekerheidsrechten daadwerkelijk verstrekt of is sprake van een (voorafgaande) verplichting tot het verstrekken van zekerheidsrechten
- Onder welke voorwaarden worden zekerheidsrechten verstrekt?
- In hoeverre zullen zekerheidsrechten daadwerkelijk kunnen worden geëffectueerd indien een geschil ontstaat. Bijvoorbeeld: eigendomsvoorbehoud kan juridisch tenietgaan ten gevolge van doorverkoop of natrekking en revindicatie van eigendom kan feitelijk onsuccesvol blijken door het verdwijnen van de betreffende zaken
- eigendomsvoorbehoud adequaat geregeld?

Opschortingsrecht en verrekening

- Regeling in de overeenkomst over opschorting? Afwijkend van de wettelijke regeling? Wenselijk/acceptabel?
- Retentierecht
- Verrekening toegestaan / uitgesloten? Afwijken van wettelijke regeling?

Privacy en persoonsgegevens

De Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) kent verregaande verplichtingen voor de verantwoordelijke. De Autoriteit Persoonsgegevens kan overgaan tot op het opleggen van boetes bij schending van wettelijke verplichtingen.

- Risico-analyse (of PIA) uitgevoerd?
- Bewerkersovereenkomst die voldoet aan de wettelijke vereisten (art. 14 Wbp)
- Technische en organisatorische maatregelen in kaart gebracht en in de bewerkersovereenkomst beschreven?
- Regeling voor het geval van datalekken opgenomen in de bewerkersovereenkomst?
- Vooruitlopen compliance Verordening Gegevensbescherming (mei 2018) gewenst?

Geheimhouding

- Geheimhouding contractueel afdoende geregeld?
- Boeteregeling opgenomen?
- Post-contractuele werking van de geheimhoudingsverplichtingen

Tekortkoming

- Welke situaties leveren een tekortkoming in de nakoming?
- Welke garanties / vrijwaringen worden gegeven?
- Klachten termijn
- Ingebrekestelling nodig?

Aansprakelijkheid, overmacht en schade

- Bevat de overeenkomst uitsluitingen of beperkingen van aansprakelijkheid? Waarvoor/welke gevallen? (bijv. directe of indirecte schade geheel of gedeeltelijk uitgesloten?). Is dit acceptabel?
- Welke schade valt er volgens partijen onder (in)directe schade?
- Overmacht geregeld in de overeenkomst? In afwijking van of conform de wettelijke regeling van overmacht?

Boetebedingen

- Getoetst aan wettelijke bepalingen (zie art. 6:91 BW)
- risico-analyse / aanvaardbaar?

Verzekering

Verzekeringen kunnen ervoor zorgdragen dat verhaal van een vordering mogelijk blijkt.

- Is de andere partij verzekerd? Welke verzekeringen? (bijv. beroeps- en bedrijfsaansprakelijkheidsverzekeringen)
- Cessie van verzekeringspenningen overeengekomen?
- Controle op bestaan van de verzekeringen? Ook tijdens de looptijd van de overeenkomst?

Garanties en vrijwaringen

Garanties en vrijwaringsverplichtingen spelen een belangrijke rol ten aanzien van de vaststelling van de verplichtingen en daarmee uiteindelijk ook bij oordeel over aansprakelijkheid

- Welke garanties en vrijwaringen zijn in de overeenkomst opgenomen?
- Zijn de juridische gevolgen van inbreuk op garanties ook in de overeenkomst geregeld? (bv. gevolg overtreden is geen beroep op overmacht of exoneratie?)

Termijn instellen vordering

De termijn voor het instellen van een vordering kan worden geregeld in een overeenkomst en pleegt, in afwijking van de wettelijke verjaringstermijnen, geregeld te worden verkort.

- Is een dergelijke vervalregeling opgenomen en is dit acceptabel?

Communicatie en overleg

- Periodiek overleg over voortgang, dienstverlening?
- Rapportage-afspraken
- Besprekingsverslagen (wat is de status van een besprekingsverslag?)

Overdracht rechten/plichten uit overeenkomst

- Uitsluiting opgenomen van overdracht rechten/plichten? Wenselijk?
- Wederkerig of eenrichting?
- Welke uitbestedingen zijn toegestaan? Voorwaarden opgenomen?

Exclusiviteit

Exclusiviteit is een begrip zonder eenduidige betekenis of reikwijdte.

- Is een exclusiviteit geregeld in de overeenkomst?
- Is deze helder omljnd geformuleerd?
- Wat zijn de gevolgen van schending van exclusiveitsafspraken?

Wijziging van de overeenkomst

Schriftelijke overeenkomsten zijn statisch maar de praktijk dynamisch. Op welke wijze kunnen partijen hun afspraken lopende de overeenkomst wijzigen?

- Wijzigingsbeding in de overeenkomst? Welke eisen zijn gesteld?
- Schriftelijke vastlegging vereist? (Bijv. in Dossier Afspraken en Procedures of in een op te stellen Addendum)
- Wie is bevoegd (vertegenwoordigingsbevoegdheid) tot wijziging?
- Mondelinge afspraken geldend?

Intellectuele eigendomsrechten

- Aan wie behoren IE-rechten toe?
- Overdracht(en) geregeld?
- Licentierechten geregeld? Welke rechten worden toegekend? Aan wie? Voor welke duur? Welke voorwaarden? niet-exclusief, niet-overdraagbaar en niet-sublicentieerbaar? Gebruiksvoorwaarden uitgewerkt?
- Mag merk/naam (logo) van de andere partij gebruikt worden voor externe communicatie (*^Wij verwelkomen X als nieuwe klant^*)
- Vrijwaringsregeling opgenomen bij inbreuk rechten van derden?

Licentie/gebruiksrechten

- Welke rechten, aan wie , voor welke duur, onder welke voorwaarden?
- Niet-exclusief, niet-overdraagbaar en niet-sublicentieerbaar?

Gebruiksvoorwaarden van derden

- Toepasselijkheid van gebruiksvoorwaarden (licenties) van software van derden geregeld?

Data

- Welke voorwaarden gelden voor verstrekking van data aan de klant
- Bewaartermijnen
- Beveiliging data
- Intellectuele eigendom van data
- Compliance met privacywet- en regelgeving

Documentatie

Worden er afspraken gemaakt m.b.t. verschaffing van documentatie (ontwikkel- en gebruikersdocumentatie)?

Diensten van derden (bijv. hosting/dataopslag/onderhoud)

Wie is verantwoordelijk? Waar zijn deze diensten beschreven?

Beschikbaarheid

- Service Level Agreement
- Calamiteiten en uitwijk/fall back scenario's
- Escrow/continuïteitsregeling

Rechtskeuze

- Welk recht is toepasselijk? Wordt bepaald recht toepasselijk verklaard in contract?
- Ander rechtsstelsel mogelijk toch deels toepasselijk? (Bijv. internationale contracten/buitenlandse partijen). Dwingend recht van ander rechtsstelsel.
- Weens Koopverdrag (CISG) toepasselijk? Uitsluiten gewenst?

Geschillenbeslechting

- Rechter bevoegd? (bevoegdheid rechter bepaald door/in de rechter?)
- Andere vormen van geschilbeslechting opgenomen? In plaats van rechterlijke bevoegdheid? Wenselijk?
- Bij arbitrage ook hoger beroep overeengekomen?
- Bij Mediation ook verplichte deelname in enige vorm bepaald?

Advocatenkantoor Legalz is dé specialist op het gebied van het opstellen en beoordelen van IT-contracten en advies bij geschillen.

Neen contact met ons op een vrijblijvende kennismaking of een offerte voor het opstellen/beoordelen van een IT-contract of bezoek onze site www.legalz.nl voor meer informatie.

Wilt u een vraag stellen en meteen een medewerker (advocaat of jurist) spreken die u verder kan helpen? Bel dan nu 010 229 0646.

Advocatenkantoor Legalz B.V.
Kantoorgebouw Minervahuis III
Rodezand 34
3011 AN Rotterdam
T: ++31 (0)10 2290646
E: contact@legalz.nl