

Contracten voor SaaS/Cloud

10 lessen uit de praktijk die niemand mag missen



Kennisevent administratieve software

Expo Hoevelaken 9 oktober 2019

introdunctie

NEDERLANDSE ORDE VAN ADVOCATEN

ADVOCATENKANTOOR
LEGALZ
ICT & RECHT



NEDERLANDSE BEROEPSVERENIGING
VOOR CONTRACT MANAGEMENT



Juridische vraagstukken bij SaaS-contracten

- **Software as a Service (SaaS):** The capability provided is to use the provider's applications running on a cloud infrastructure. The applications are accessible from various client devices through either a thin client interface, such as a web browser (e.g., web-based email), or a program interface. (definitie National Institute of Standards and Technology)
- Reflectie op juridische kwalificatievraagstukken: Auteurswet (hoofdstuk bescherming computerprogrammatuur in art. 45h e.v. Aw.) en overeenkomst van opdracht (art. 7:400 e.v. BW)
- Conclusie: contractuele vormgeving is van groot belang. Contractsvrijheid/regelend recht
- Worsteling SaaS-dienstverlener/leverancier ("opdrachtnemer") en klant/afnemer ("opdrachtgever")

Contractuele issues

- Aansprakelijkheid (zoals bij data-verlies)
- Beschikbaarheid
- Continuïteit in de SaaS-dienstverlening
- AVG verwerkersovereenkomst
- AVG beveiligingsplicht
- Data afnemer/data SaaS-dienstverlener
- Wijziging functionaliteit
- Opschorting SaaS-dienstverlening
- Wijziging van de algemene voorwaarden
- Einde contract en exit-perikelen



Aansprakelijkheid

- Wettelijk geregeld in artikel 6:74 BW: verplichting tot vergoeding van de schade ten gevolge van een toerekenbaar tekortschieten (“onbeperkt”; geen onderscheid in directe/indirecte schade)
- Aansprakelijkheid voor schade van de afnemer ten gevolge van (bijv.): serviceonderbrekingen (applicatie offline), niet-halen SLA-beschikbaarheid, foutieve verwerkingen, beveiligingsincidenten en datalekken, boetes AP, (klant)dataverlies, -verminking
- Gevolgen bij de klant: verlies omzet/winst, bedrijfsstagnatie, data recovery, schade derden (klanten van de klant), schade deskundigen
- Oplossing (in het algemeen)? Uitsluiting of beperking van aansprakelijkheid in contract/algemene voorwaarden (vergelijk art. 16 Nederland-ICT Voorwaarden)

Aansprakelijkheid dataverlies?

IN LANDEN WAAR UITSLUITINGEN EN BEPERKINGEN VAN AANSPRAKELIJKHEID ZIJN TOEGESTAAN, ZIJN DROPBOX, DE AAN DROPBOX GELIEERDE ONDERNEMINGEN EN DE LEVERANCIERS EN DISTRIBUTEURS VAN DROPBOX NIET AANSPRAKELIJK VOOR:



i. ENIGE INDIRECTE, BIJZONDERE, INCIDENTELE OF GEVOLGSCHADE OF SCHADEVERGOEDING BIJ WIJZE VAN VOORBEELD OF BIJ WIJZE VAN SANCTIE, OF

ii. ENIG VERLIES VAN GEBRUIK, GEGEVENSVERLIES, VERLIES VAN OPDRACHTEN OF KLANTEN OF WINSTDERVING, ONGEACHT HET JURIDISCHE VERMOEDEN VAN AANSPRAKELIJKHEID.



is uitgesloten de aansprakelijkheid van leverancier verband houdende met vermindering, vernietiging of verlies van gegevens of documenten.

- Zorgplicht (7:401 BW) “zorg van een goed opdrachtnemer” en daarop gebaseerde rechtspraak (sinds HR april 1986 iz RBC-Brinkers)
- Exoneratie: Gerechtshof Amsterdam 22 november 2001 (CAP/KIN), Rechtbank Den Haag 28 mei 2014 (KPN Backup Online) en Gerechtshof Den Haag 21 november 2017 (Green Cat)
- Daarnaast: verzekering (beroepsaansprakelijkheid + cyber verzekering)

Beschikbaarheid

- Uitwerking in Service Level Agreement?
- Afhankelijkheid van derden (hosting provider)
- Formulering plichten: “inspannings-of resultaatsverbintenis” ... of “garantie”?
- Gevolgen niet-halen van service levels? (sancties)
- Bonus/malus regeling of compensatie in SLA als sanctie niet-halen? (let op de werking van artikel 6:91 BW)



Continuïteit in de SaaS-dienstverlening

- Continuïteitsregeling/SaaS Escrow middels (eigen) stichting Continuïteit of via escrow agent (“Trusted Third Party”)
- Regeling (altijd maatwerk) middels een TTP: fall back middelen: IE-rechten, hardware, software, personeel voor onderhoud, helpdesk (bijv. continueringssafspraken met een hosting provider)
- Derden verlenen bij fall back de diensten contractueel aan de TTP en de TTP aan de afnemer (contracten reeds bij aanvang rond)

AVG: Verwerkersovereenkomst

VERORDENING (EU) 2016/679 VAN HET EUROPEES PARLEMENT EN DE RAAD

van 27 april 2016

betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming)



AUTORITEIT PERSOONSgegevens

Art. 28 lid 3 AVG De verwerking door een verwerker wordt geregeld in een overeenkomst of andere rechtshandeling krachtens het Unierecht of het lidstatelijke recht die de verwerker ten aanzien van de verwerkingsverantwoordelijke bindt, en waarin het onderwerp en de duur van de verwerking, de aard en het doel van de verwerking, het soort persoonsgegevens en de categorieën van betrokkenen, en de rechten en verplichtingen van de verwerkingsverantwoordelijke worden omschreven.

AVG Beveiligingsplicht

Artikel 32 lid 1 AVG

Rekening houdend met de stand van de techniek, de uitvoeringskosten, alsook met de aard, de omvang, de context en de verwerkingsdoeleinden en de qua waarschijnlijkheid en ernst uiteenlopende risico's voor de rechten en vrijheden van personen, treffen de verwerkingsverantwoordelijke en de verwerker **passende technische en organisatorische maatregelen om een op het risico afgestemd beveiligingsniveau te waarborgen**, die, waar passend, onder meer het volgende omvatten:

- a) de pseudonimisering en versleuteling van persoonsgegevens;
- b) het vermogen om op permanente basis de vertrouwelijkheid, integriteit, beschikbaarheid en veerkracht van de verwerkingsystemen en diensten te garanderen;

(..)



Data afnemer / data SaaS-dienstverlener

- Concept "eigendom" data => intellectuele eigendomsrechten (IP-rechten)
- Klant verlangt waarborgen CIA (Confidentiality, Integrity and Availability)
- Op welke wijze is verstrekking van data geregeld? Hoe, wanneer, in welke vorm (bij einde ovk of op ieder gewenst moment)
- Dilemma: "eigen" data SaaS-dienstverlener (meta data, verrijkte data):
wordt deze data ook verstrekt?

Wijziging functionaliteit

Wijzigingen in de onlinedienst

Leverancier behoudt zich het recht voor op elk moment de voorzieningen aan te passen of de Online Dienst en software bij te werken. Na een wijziging of update is het mogelijk dat bepaalde functies en voorzieningen die voorheen beschikbaar waren, gewijzigd of mogelijk niet meer beschikbaar zijn.

- Continuous Delivery
- “Frankenstein Switch”
- End of Support/End of Life
- Life Cycle Management

24.3 Leverancier kan wijzigingen in de inhoud of omvang van de SaaS-dienst aanbrengen. Indien dergelijke wijzigingen een verandering van de bij klant geldende procedures tot gevolg heeft, zal leverancier klant hierover zo tijdig mogelijk inlichten en komen de kosten van deze verandering voor rekening van klant. In dat geval kan klant de overeenkomst schriftelijk opzeggen tegen de datum waarop de wijziging in werking treedt, tenzij deze wijziging verband houdt met wijzigingen in relevante wetgeving of andere door bevoegde instanties gegeven voorschriften of leverancier de kosten van deze wijziging voor zijn rekening neemt.

24.4 Leverancier kan de uitvoering van de SaaS-dienst voortzetten met gebruikmaking van een nieuwe of gewijzigde versie van de programmatuur. Leverancier is niet gehouden specifiek voor klant bepaalde eigenschappen of functionaliteiten van de dienst of programmatuur te handhaven, te wijzigen of toe te voegen.

Opschorting SaaS- dienstverlening

- Opschorting artikel art. 6:52 BW
- Voorzieningenrechter Rechtbank Amsterdam 9 april 2009 (Oilily/SaaS Plaza): aan alle voorwaarden voldaan voor opschorting, echter aannemelijk dat – **gezien de dienstverlening voor Oilily van wezenlijk belang voor de bedrijfsvoering is** - niet zonder meer tot opschorting mag worden overgegaan.
- Veroordeling tot voortzetting voor bepaalde (korte) duur (onder dwangsom). Het ligt op de weg van Oilily om in die tijd haar afhankelijkheid van de dienstverlening af te bouwen. Onder voorwaarde dat Oilily voorschot betaalt voor de dienstverlening over die periode.



Wijziging van de algemene voorwaarden

- Wijzigingen (interne en externe omstandigheden: ander business model; wijzigende wet- en regelgeving)
- Overeenstemming/akkoord op nieuwe overeenkomst/nieuwe algemene voorwaarden?
- Wijzigingsbeding in de algemene voorwaarden aanwezig?
- Aankondigingstermijn voor in werking treden / eventueel gevolgen regelen

Einde contract en exitperikelen

- Einde overeenkomst ten gevolge van aflopen looptijd, opzegging, ontbinding, wederzijds goedvinden
- Exitplan als vereiste?
- Afgifte data, medewerking SaaS-dienstverlener aan re-transitie, exit etc.
- zie bijvoorbeeld artikel 22 GIBIT; artikel 32 ARBIT
- Voorzieningenrechter 15 februari 2010 (Insinger de Beaufort/Centric)



mr. Robert Grandia
advocaat

E grandia@legalz.nl

M +31 (0)6 371 715 50

Advocatenkantoor Legalz B.V.
Rodezand 34 (Minervahuis III)
3011 AN Rotterdam

T +31 (0)10 229 0646

