

Inhoudsopgave

HC 6A

- Overeenkomsten
 - De contracten via de e-mail
 - Bezoeken van een website
 - De webshop
 - Totstandkoming
 - Inrichting site
- Informatieplichten
- Positie consument
- Vormvereiste
- Bewijs

HC 6B

- Automatisering
- Standaardsoftware
- Maatwerksoftware
- Software as a service (Saas)

HC 6A, 15-12-20, E-commerce

De webshops waar winkelkarretjes zijn, betreffen de e-commerce. Hierbij kunnen enkelen vragen worden gesteld:

- Komt een overeenkomst tot stand?
- Hoe werkt de verklaring binnen de overeenkomst?
- Hoe moet de site worden ingericht? (Stappen wederpartij tot een contract)
- Welke informatie moet worden verschaft?
- Wat is de positie van de consument? (Burgerlijk Wetboek 6, de contractuele regeling)
- Hoe zit het met de vormvereisten en hoe bewijst men dit?

Overeenkomsten

Een overeenkomst komt tot stand door aanbod en aanvaarding blijkens art. 6:217 BW. Hier spelen de verklaring met de daarop gerichte wil en het vertrouwen in de zin van art. 3:33 jo. 3:35 jo. 3:37 BW een rol. De elektronische contractomgeving kan zijn een contract via e-mail, een bezoek aan een website (als zodanig, dus een bezoek aan Google), de webshop (het standaardgeval) en de EDI en intelligent agents. EDI staat voor Electronic Data Interchange en betekent dat verschillende partijen verbonden zijn met een netwerk, waarbij het bijzonder is dat hier datastromen zijn die gestandaardiseerd zijn waardoor voortdurend datastromen plaatsvinden. Hierdoor hoeft nauwelijks tot niet gebruik gemaakt te worden van mensen tijdens de bestellingen. De intelligent agents zorgen dat de patronen van de gebruikers binnen de software standaardbestellingen kunnen doen en hierbij ook onderscheid maken tussen de gewilde en niet gewilde bestellingen.

De contracten via de e-mail

Hierbij wordt de uitspraak van Rb. Midden-Nederland 8 augustus 2018,

ECLI:NL:RBMNE:2018:4749 als voorbeeld gebruikt. Hierin stuurt bedrijf X een e-mail aan bedrijf Y waarin staat 'bedankt voor uw aanmelding bij de Nationale zorggids'. Bedrijf X belt bedrijf Y met over de bevestiging van de e-mail en dit telefoontje wordt door een stagiair van Y behandeld. Zij bevestigt dat Y de opdracht heeft gegeven, echter stelt Y later zelf van niet. Nu blijkt dat het voor het risico van Y is dat zij het e-mailverkeer door stagiairs liet regelen, dit bevestigt de stagiair aan de telefoon als assistent zijnde. Daarnaast is er geen gebruik gemaakt van de contractuele mogelijkheid tot annulering. Hierdoor is het aanbod aanvaard en mocht de wederpartij hier ook op vertrouwen.

Bezoeken van een website

Hierbij wordt gebruik gemaakt van het **PR Aviation/Ryanair** arrest. Hierbij heeft PR Aviation gebruik gemaakt van de gegevens van de website van Ryanair, welke IE vrij zijn. De vraag die hier beantwoord moest worden was of Ryanair zich op het contractueel verbod kon beroepen. Ryanair had namelijk op haar website 'terms of service' aldus algemene voorwaarden, waarbij zij stellen dat PR Aviation gebonden is hieraan. In deze casus betreft het in beginsel een browse-wrap waarop PR Aviation had moeten klikken om te zien dat er een contractueel verbod was om de website te rippen. Het Hof Den Haag, en de Hoge Raad, stellen dat dit niet voldoende was. Dit komt doordat de wederpartij hierbij niet hoeft te verwachten, met inachtneming van art. 3:33 jo. 3:35 BW, dat hij gebonden is aan deze overeenkomst. In het Ierse recht geldt wat dit betreft hetzelfde recht als in het Nederlandse recht, zie r.o. 96-98. De click-wrap is echter wel voldoende omdat hierbij aanbod en aanvaarding is met een wilsuïting.

Stel dat men naar een website gaat zonder een click-wrap, en binnen deze website gaat naar een plek waar een overeenkomst gesloten kan worden waar ook een browse-wrap staat. Men kan dan gebonden

worden aan de voorwaarden, waarbij de vraag is of er sprake is van de schending van de informatieplicht van de algemene voorwaarden in de zin van art. 6:234 BW.

Shrink-wrap (end user license agreement) houdt in dat men niet door de verkoper (van de doos met software) op de voorwaarden wordt gewezen, maar dat de achterliggende auteursrechtelijke stelt dat de software enkel op een bepaalde manier gebruikt mag worden. Dit is in Amerika een geldend recht, echter in Europa niet wegens de aanbod en aanvaarding omdat dit na de overeenkomst pas wordt getoond. Tegenwoordig is dit een minder groot probleem omdat men tegenwoordig software downloadt of toegang hiertoe krijgt, en deze dus niet meer in een doos koopt. Bij de **browse-wrap** moet men vaak enigszins scrollen voor de voorwaarden (Google en haar terms of service). Bij **click-wrap** moet men klikken op 'akkoord met voorwaarden' om verder te komen in de website.

De webshop

Bij een webshop is het duidelijk dat men een overeenkomst sluit. Dit enkele sluiten is volstrekt helder, maar er moet gekeken worden of er voldoende is verwezen naar de eventuele algemene voorwaarden die aanvullend op de hoofdovereenkomst van toepassing zijn. Hierbij komt de **Postwanorder/Otto** uitspraak aan de orde. In deze uitspraak dachten consumenten een deal gesloten te hebben waarbij zij een stereo kochten voor €99,00. In het echt kostte deze stereo wel zeven keer zoveel. Otto stelt dan ook dat zij de stereo helemaal niet voor deze goedkope prijs wilden verkopen en dat er sprake is van oneigenlijke dwaling uit art. 3:33 BW. De Postwanorder stelde dat de consumenten op deze prijs mochten vertrouwen op grond van art. 3:35 BW. De consumenten hadden een onderzoek plicht op grond van art. 3:11 BW, en hadden bijvoorbeeld naar Otto kunnen bellen. Bij de casus stond niet dat er sprake was van een aanbieding, waardoor men er niet van uit mocht gaan dat dit de echte prijs was. Het Hof sprak hiermee dat er inderdaad sprake was van oneigenlijke dwaling en dat de koop niet doorging voor €99,00.

Totstandkoming

Bij een totstandkoming zijn de wil, verklaring en het vertrouwen van belang. Echter wordt door de werking van de elektronische verklaring bepaald wanneer deze tot stand komt. Hierbij is art. 3:37 lid 3 BW van belang waarin de ontvangsttheorie wordt besproken. De ontvangsttheorie stelt dat bij ontvangst een overeenkomst tot stand komt, wanneer men de mail ontvangt in de mailboxontvangst. Het betreft dus niet het computerontvangst en ook niet of de wederpartij het heeft gelezen. Wanneer men het bericht naar zichzelf kan toe halen is er al sprake van een overeenkomst.

Inrichting site

Er is een verplichting dat de site een mogelijkheid geeft voor de consument om op een soepele manier fouten te herstellen, art. 6:227c lid 1 BW. Dit is een verplichting die specifiek voortvloeit uit de E-commerce richtlijn. Wanneer men niet op een eenvoudige manier achter fouten kan komen en deze kan verbeteren, dan is de overeenkomst op een dwingendrechtelijke manier vernietigbaar ten opzichte van de consument. Daarnaast komt de verplichting van ontvangstbevestiging ook uit de E-commerce richtlijn. Deze verplichting staat beschreven in art. 6:227c lid 2 BW, en moet zo spoedig mogelijk anders kunnen de sancties niet worden nagekomen. Let op: geen bevestiging van de wil van de wederpartij, enkel van de aankomst van de bestelling.

Informatieplichten

De informatieplichten zijn een van de standaard onderwerpen van elektronisch contractenrecht. Deze komen uit Europa. De richtlijn Consumentenrechten en de Richtlijn E-commerce komen naar voren wanneer consumenten naar websites gaan. De informatieplichten zijn eenzijdig opgelegd en betreffen de elektronische handel. Er kunnen verschillende functies aan deze informatieplichten zijn namelijk de

wilsfunctie en de **dossierfunctie**. Bij de wilsfunctie ligt het voor de hand dat dit bij verkeerde informatie gaat leiden tot een wilsgebrek en zo vernietiging van de overeenkomst. Bij de dossierfunctie ligt het voor de hand dat dit een tekortkoming in de nakoming is en zo ontbinding van de overeenkomst, eventueel na een mogelijkheid tot nakoming door middel van een ingebrekestelling. De informatieplichten betreffen velen onderwerpen, het belangrijkste is dat dit transparant is. In de situatie waarbij de informatie die moet worden gegeven over deze plichten in bijvoorbeeld een onduidelijke link staat, is er niet aan de informatieplichten voldaan. Om te kijken wanneer men zich aan de informatieplichten moet houden kijken we naar de **precontractueel** informatieplichten en de **postcontractuele** informatieplichten. Bij de preplichten, zeker over de wilsfunctie, moet men alle informatie hebben om een wil te vormen om tot een contract te komen. De dossierfunctie kan ook vervuld worden wanneer de overeenkomst al heeft plaats gevonden en in een dossier de informatie nogmaals wordt bevestigd. De sancties zijn dus vernietiging en ontbinding.

Er zijn verschillende juridische grondslagen voor deze informatieplichten. Zo is in art. 3:15d BW de algemene informatieplicht gesteld, waardoor iedereen in het elektronisch rechtsverkeer hieraan moet voldoen. De reikwijdte is dus dat dit geldt voor alle dienstverleners in de informatiemaatschappij, of zij nu contracten gaan sluiten of niet. Zij moeten dus laten zien wie zij zijn, waar men klachten kan neerleggen en eventueel welke prijzen zij stellen. Dit is dus de basis waar men aan moet voldoen. Doordat het zo algemeen is levert het geen specifieke grondslag op voor een individuele wederpartij om de overeenkomsten of rechtshandelingen aan te tasten wanneer niet aan de informatieplichten wordt voldaan. Echter heeft men alsnog wat aan deze bepaling omdat hier een publiekrechtelijke handhaving kan plaatsvinden door bijvoorbeeld de autoriteit consument en markt. Hierbij moet worden gedacht aan boetes en strafrechtelijke vervolging. Voor art. 6:227b lid 1 en 2 BW geldt wel dat men een specifieke grondslag moet hebben.

Een andere regeling die beïnvloed is door de E-commerce richtlijn is de regeling met betrekking tot algemene voorwaarden. Wanneer men kijkt naar de elektronische contracten, aanbidding via website of e-mail, dan kan deze bepaling van toepassing zijn. De bepalingen over de informatieplicht moeten onderscheiden kunnen worden van de inhoudelijke beoordeling van contracten. De informatieplicht voor algemene voorwaarden staat in art. 6:234 lid 2 BW. Men krijgt in de elektronische omgeving dus via de elektronische beschikkingstelling de algemene voorwaarden. Hierbij zijn twee aspecten van belang: men moet op een eenvoudige manier een elektronisch document krijgen dat ook eenvoudig toegankelijk is en men moet dit op de eigen harde schijf kunnen zetten, aldus opslaan.

Een voorbeeld is de uitspraak **Rb. Gelderland 9 november 2016**. Hierin werd per e-mail verwezen naar de algemene voorwaarden in een standaard disclaimer. Er is aan de ene kant een verwijzing naar de algemene voorwaarden in de zin van art. 6:217 jo. 3:33 jo. 3:35 jo. 6:232 BW. Echter zijn de algemene voorwaarden niet verzonden of ter hand gesteld en is er dus niet voldaan aan de art. 6:233b jo. 6:234 BW. Dit komt omdat de algemene voorwaarden niet met een hyperlink gepaard gingen waar men anders op had kunnen klikken om de voorwaarden te downloaden. Hier strandde het op de vernietigbaarheid.

Positie consument

De regels van de richtlijn Consumentenrechten zijn te vinden in art. 6:230g en verder BW. Een van de dingen die in deze richtlijn is geregeld is de overeenkomst op afstand. Dit kan gaan over allerlei situaties waarbij het in ieder geval gaat over handelaar en consument. Dit is al een verschil met de richtlijn E-commerce omdat het hier gaat over allerlei partijen (B2B en B2C, in ieder geval één partij is een dienstverlener van de informatiemaatschappij die handelt met een wederpartij). Bij de richtlijn Consumentenrechten kan men als handelaar niet afwijken, het is dus een dwingend recht. De definitie

is te vinden in art. 6:230g sub e BW: het moet gaan om handelaar tegenover consument waarbij gecommuniceerd wordt op afstand (niet enkel internet, maar ook telefoon) via een georganiseerd systeem waarbij het om koop en dienst draait.

Art. 6:230m jo. 6:230v BW zijn de kernbepalingen voor de informatieplichten. Het betreft hier de overeenkomst op afstand van B2C, en dus ook de ongevraagde aanbiedingen. Art. 6:230v BW gaat in lid 1-4 specifiek over de overeenkomsten via website. De inhoud is alomvattend. De handhaving is naar functie, art. 6:230m BW precontractueel (zeker de essentiële informatie als genoemd in art. 6:230v lid 2 BW) en dus vernietigbaar. Art. 6:230v lid 7 is postcontractueel. Bij dit postcontractuele moet uiterlijk bij levering de informatie, die al gegeven moest zijn op grond van art. 6:230m BW, nog bevestigd worden op een duurzame drager (e-mail maar ook per brief).

Ook heeft de consument een herroepingsrecht op grond van art. 6:230o BW. Dit is een bijzonder, ook sterk voor de consument, recht. Bij een koop op afstand gaat het in op moment van feitelijke levering, en bij een dienst op afstand gaat het in vanaf het moment van sluiten van de overeenkomst. Wanneer men via internet een schilder bestelt en hier 14 dagen tussen het sluiten van de overeenkomst en het komen van de schilder verstrijken, dan mag men toch van de overeenkomst af. Wanneer men de dienst per direct wil laten starten moet hier toestemming voor zijn, de dienst mag dus niet zomaar plaatsvinden als de herroepingstermijn nog loopt. Wanneer men dit termijn weg wil halen bij een direct dienst kan dit op grond van art. 6:230p lid 1 sub d BW. Het kenmerkende is dat bij een gewone ontbinding een tekortkoming in de nakoming moet zijn, en bij de ontbindende werking van het herroepingsrecht kan dit ook onder reden gedaan worden. De handelaar mag de verzendkosten, uit art. 6:230r BW, niet vorderen. De gebruikerskosten in art. 6:230s BW maken dat er een afweging gemaakt moet worden wanneer een consument aansprakelijk is voor waardevermindering als deze een product terugstuurt zonder opgave van reden. Hierbij mag men uitproberen, maar dit kan niet voor rekening worden gebracht. Wanneer het uitproberen gebruiken wordt, mogen deze kosten wel in rekening worden gebracht.

Vormvereiste

De hoofdregel is dat rechtshandelingen vormvrij zijn blijkens art. 3:37 lid 1 BW. De rechtshandeling kan bijvoorbeeld mondeling, schriftelijk of elektronisch. Echter hebben bepaalde rechtshandelingen een gebonden vorm, zo hebben het concurrentiebeding (art. 7:653 BW) en de ingebrekestelling (art. 6:82 BW) een schriftelijke vormvereiste. In principe geldt de hoofdregel dat wanneer niet aan de vormvereiste is voldaan dat de rechtshandeling nietig is in de zin van art. 3:39 BW. Er is ook een conversie of een dwingend voorgeschreven bewijsstuk mogelijk. Bij dit laatste ontstaat er een overeenkomst, maar kan dit niet worden aangetoond in rechten.

Blijkens art. 9 richtlijn Elektronische Handel mag het nationale recht niet in de weg mag staan aan de rechtsgeldigheid van elektronische contracten. In de nationale wetgeving wordt dit bepaald door implementatie via generieke of specifieke bepalingen. De implementatie via de generieke bepaling houdt in dat men stelt 'waar hier schriftelijk staat kan ook elektronisch staan'. Implementatie via de specifieke bepaling houdt in dat men stelt 'stellen 'onder bepaalde voorwaarden mag schriftelijk ook elektronisch'.

De generieke bepaling, art. 6:227a BW, waarin gezegd wordt 'als aan deze voorwaarden is voldaan, dan mag de schriftelijke overeenkomst ook elektronisch plaatsvinden'. Het moet hier gaan om een elektronisch tot stand gekomen overeenkomst. De totstandkomingsvereiste is schriftelijk, waardoor dit nietig is. Bij een verzekeringsovereenkomst en huurkoop is dit niet het geval waardoor art. 6:227a BW hier niet direct voor geldt. Er is een open norm voor de raadpleging authenticiteit, moment van tot

totstandkoming en de identiteit van de partijen. Er moet dus een bepaalde procedure zijn waaruit blijkt wie op welk moment met welke inhoud de overeenkomst heeft gesloten. Het feit dat dit technisch beschermd kan worden is een typisch IT rechterlijk onderwerp.

Bij een specifieke bepaling, bijvoorbeeld art. 6:267 lid 1 BW, wordt gezegd dat buiten de schriftelijke vorm ook de mogelijkheid is tot elektronische vorm. Hiervoor moet wel een elektronische tot stand gekomen overeenkomst zijn. Wanneer gekeken wordt naar wat hier in verloop van tijd over is gezegd, ziet men een ontwikkeling in de gedachtevorm. Rechters vinden de elektronische vorm tegenwoordig in veel gevallen genoeg om gelijk te stellen aan de schriftelijke vorm.

Bewijs

De algemene regel is: wie stelt moet bewijzen. Dit kan bijvoorbeeld via een digitale kassabon of een ondertekend elektronisch document (elektronische handtekening (art. 3:15a BW/eidas) of een elektronische akte (art. 156a Rv)).

HC 6B, 18-12-20, IT-contracten

Een software staat centraal bij IT-contracten, omdat dit het bijzondere is dat moet gaan werken in een IT-systeem om bepaalde taken te kunnen uitvoeren. Standaardsoftware is software die op de plank ligt en die ieder zo kan aanschaffen. Maatwerksoftware moet van de grond af aan worden gemaakt.

Standaardsoftware is niet zomaar in te brengen in een organisatie, want het kan zijn dat de installatie/implementatie hiervan aanpassingen en dus werkzaamheden vormt. Hierdoor kan dit ook een ingewikkeld automatiseringstraject zijn. En bij maatwerksoftware betekent het niet dat de software die geïmplementeerd wordt geheel opnieuw moet worden ontwikkeld, hierbij zullen delen ontwikkeld moeten worden maar anderen ook gecompileerd worden met bestaande software. Het verschil is nuttig om te maken voor de juridische verplichtingen die hierdoor ontstaan.

De software kan gebruikt worden op de IT-omgeving van de gebruiker zelf, dus op de harde schijf of bedrijfsnetwerk: on-site staat het dus, dit is de klassieke situatie zoals deze vanaf de jaren 70 bij automatisering het geval was. Echter wordt de software steeds meer als Software as a service (SaaS) aangeboden. Men krijgt dus via een computernetwerk toegang krijgt tot de software in plaats van on-site. Er wordt dus gebruik gemaakt van een virtuele verbinding om gebruik te maken van een software die zich ergens anders bevindt. Neem hierbij het voorbeeld van software of data welke in de Cloud zitten.

Automatisering

Op de automatisering zijn de regels van het verbintenissenrecht, boek 3, 6 en 7 van het BW, van belang. Ook zijn het contractenrecht en de onrechtmatige daad van belang. De onrechtmatige daad omdat de leverancier van software of IT-producten niet altijd de producent hiervan hoeft te zijn. Het contractenrecht zijn de standaard onderwerpen: totstandkoming, kwalificatie, aansprakelijkheid bij niet nakomen en de ontbindingsmogelijkheden. Bij de delictuele aansprakelijkheid betreft het vorderen van schade en het onrechtmatige daad recht heeft een specifieke toepassing bij de productenaansprakelijkheid. Dit is het geval wanneer een software bij de consument schade oplevert en men niet de contractuele wederpartij wil aanspreken maar de persoon wie de software heeft gebouwd. Ook zijn er standaardcontracten. Hierbij zijn de ARBIT-voorwaarden de voorwaarden van de overheid en zijn er de voorwaarden van Nederland ICT als brancheorganisatie van automatiseerders. Nederland ICT betreft voornamelijk voorwaarden met een sterk karakter waarbij de automatiseerders/leveranciers van IT-producten/software worden bevoordeeld.

Een voorbeeld van automatisering is de Therac 25, dit is een bestralingsapparaat dat in de jaren 80 in de Verenigde Staten tot veel problemen heeft geleid. De dosering van de straling werd door een computer gestuurd, vroeger was dit een persoon die dit invoerde. Dit werd gedaan zonder hardware interlocks waardoor de software als ware de beveiliging overneemt. Het apparaat werd door de FDA als veilig aangemerkt omdat het niet op ontwerpfouten is getest. Na enkele tijd werden meldingen van over bestralingen gemeld, waarop de producent stelde dat dit geen fout was van hen maar dat het een hardware fout is en niet/nauwelijks meer ingaat op nieuwe meldingen. FDA dwingt na 3 jaar de producent het defect te melden. Het blijkt dus wel een softwarefout te zijn waardoor 100x te veel straling over een klein oppervlak gaat. Hierdoor zijn zeker 6 incidenten gemeld waarvan 3 zelfs fataal zijn geworden. De Therac 25 wordt van de markt gehaald en de rechtszaken werden geschikt buiten rechte.

Standaardsoftware

Software welke als een product in de markt is gebracht is een zaak: het schijfje, de doos en de drager van de software zijn met zekerheid zaken. De software zelf is de prestatie welke auteursrechtelijk beschermd is. Standaardsoftware kan geleverd worden via een drager of een download, maar het kan ook zijn dat men via een Cloud Saas heeft.

Men heeft hierbij delictuele en contractuele verhoudingen. De gebruiker kan naar de producent om te kijken of deze productaansprakelijk kan zijn. Hierbij heeft hij wel een contract voor de aanschaf van de software bij de leverancier.

Het contractuele deel

Een vraag bij de aanschaffing van software is of overeenkomst die men sluit, in de zin van art. 7:1 BW of art. 7:47 BW is? Het **De Beeldbrigade/Hulskamp** arrest is hierbij van toepassing. In casu schaft De Beeldbrigade een kopie van 'Imagesan' aan bij Hulskamp, echter stellen zij dat de software niet compatibel is met hun besturingssysteem (er is dus non-conformiteit is wegens incompatibiliteit). Bijzonder is dat de verkoper zich beroept op het kooprecht. De Hoge Raad beantwoordt de vraag of het kooprecht van toepassing is zonder langs te gaan of er sprake is een stoffelijke zaak. In rechtsoverweging 3.5 zegt de Hoge Raad dat het meestal wel blijft hangen in het kooprecht, echter zijn hierop uitzonderingen. Hierbij zijn meerdere punten van belang:

- Sprake van standaardcomputerprogrammatuur.
- Op een gegevensdrager of via een download?
- Voor een niet in tijdsduur beperkt gebruik.
- Tegen betaling van een bepaald bedrag.
- Ertoe strekkend dat de verkrijger iets te verschaffen heeft dat geïndividualiseerd is en waarover feitelijke macht uitgeoefend kan worden.

Streaming diensten (Saas) zijn dus uitgesloten van kooprecht omdat men voortdurend afhankelijk is van de toegang van een software die ergens anders geregeld is, en er geen download of een gegevensdrager is gekregen. Het kan echter wel zijn dat men een download heeft maar hierover alsnog niet de feitelijke macht heeft. Denk hierbij aan Spotify waarbij men muziek downloadt maar zonder de app alsnog geen muziek heeft.

Bij de productenaansprakelijkheid bij standaardsoftware pakt men het gezichtspunt: interpretatie door de mens tegenover de interpretatie door de machine. De werking van software is dus niet afhankelijk via de interpretatie van de mens. Neem als voorbeeld een auto. In een auto zit veel software welke werkt als de auto werkt, denk bijvoorbeeld aan het remsysteem welke werkt onafhankelijk van de interpretatie van een mens: het werkt vanzelf. Zo maakt de software deel uit van de auto en is de auto gebrekking als de software het niet doet. Ook kan het zijn dat de auto een informatiesysteem heeft.

Denk aan navigatie, wat gericht is aan de bestuurder van de auto en een suggestie van wat men moet interpreteren. Wanneer er sprake is van interpretatie door de mens, dan is het niet op zijn plek dat er sprake is van een product in de zin van de productaansprakelijkheid. Het apparaat/software werkt wel, maar de mens interpreteert het verkeerd waardoor er geen verband valt te leggen tussen de werking van het product en de schade.

Wanneer er sprake is van schade door gebrekkige schade, dan is de verkoper op grond van art. 7:17 BW (non-conformiteit) aansprakelijk. Hierop kan men nakoming, ontbinding of schadevergoeding vorderen in de zin van art. 7:21 en verder BW. De producent zijn aansprakelijkheid wordt geregeld in combinatie van de art. 7:1 en verder jo. 6:185 BW. In art. 7:24 lid 2 BW is het beslissend of de producent alleen aansprakelijkheid is, waarbij de kennis van de verkoper dus ook van belang om als duo aansprakelijk te worden gesteld. Echter kan de producent enkel voor de soorten schade in de zin van art. 6:190 BW aansprakelijk worden gesteld. Enkel de schade die lichamelijk is of aan de zaak is komt in aanmerking vanaf €500. Gederfde winst komt dus niet in aanmerking voor productaansprakelijkheid.

Het kunnen gebruiken zijn de exoneraties en het mogen gebruiken zijn de licenties. De koop en de gebruikslicentie van een software hebben een verhouding. De rechtmatige verkrijger mag contractueel niet onder een bepaalde ondergrens komen wat betreft het gebruik, art. 45j Aw. Het feit dat men een kopie heeft waarbij men minimumrechten heeft en de minimumrechten zijn de rechten welke in de licentie gegarandeerd moeten zijn.

Meestal is er een end user license agreement waarbij de auteursrechthebbende de eindgebruiker oplicht. Hierbij moet men instemmen met de licentievoorwaarden op het moment van installeren/het sluiten van het contract. Omdat dit een click-wrap licentie is in de vorm van een shrink-wrap licentie (achteraf de voorwaarden) geeft dit een probleem met art. 6:234 lid 2 BW en kan het spanning geven met art. 45j Aw. De inhoud van de licentievoorwaarden hebben te maken met de omvang van het gebruiksrecht en daarnaast zijn er garanties die lijken te loven maar uiteindelijk neerkomen op exoneraties.

Maatwerksoftware

Maatwerk bestaat voor een groot deel uit standaard elementen, maar hierbij zal nieuw software worden ontwikkeld om het tot maatwerksoftware te laten behoren. Het maken en draaien van dit soort software vergt een groot traject met veel mogelijke problemen, hierdoor is het als ontwikkelaar belangrijk om afspraken te maken tegenover de opdrachtgever. De voornaamste fout is dat de communicatie niet goed loopt waardoor men met andere eindresultaten komt dan wat men in gedachte had. Om dit te voorkomen zijn 2 methoden ingebracht: de System Development Methodology, ook wel waterfall, en de agile. Het **waterfall** proces begint met een vooronderzoek waarbij een functioneel onderwerp wordt gemaakt, welke resulteert in een blauwdruk wat uiteindelijk wordt geïmplementeerd, getest en geaccepteerd wordt waarbij vervolgens nog onderhoudsfases kunnen plaatsvinden voor de aanpassingen. Het voordeel van deze methode is dat partijen goed nadenken over wat zij willen, echter is het nadeel bij deze methode dat geen flexibiliteit is wat wel nodig is bij automatisering. Bij de **agile** methode worden kortere termijnen afgesproken, worden minder vaste afspraken gemaakt en gaat er voortdurende feedback over en weer over de stand van het automatiseringstraject. Het nadeel van de flexibiliteit in deze methode is dat partijen soms langs elkaar werken en de bedoeling niet meer weten, en zo dus ontsporen.

Er bestaan in de maatwerksoftware resultaats- en inspanningsverbintenissen. Wanneer men een resultaat moet behalen en dit wordt niet behaald, is er sprake van een tekortkoming in de nakoming.

Wanneer men een inspanning moet behalen dan kan het zijn dat men het resultaat niet behaald maar de inspanning alsnog voldoende is geweest, waardoor er geen sprake is van een tekortkoming in de nakoming.

Een voorbeeld over de twijfel die is over welke van de twee aanbod komt bij de maatwerksoftware is de **App your service** uitspraak. Hierbij zou AYS voor een opdrachtgever een Android-app ontwikkelen en zal er een onderhoudsovereenkomst volgen. Door enkele Nederlandse ICT voorwaarden kan gesteld worden dat er sprake is van een inspanningsverbintenis. Het Hof trekt zich echter hier wat minder van aan omdat er harde afspraken gemaakt zijn. De fatale termijnen zijn daarentegen niet gehandhaafd waardoor art. 6:83 sub a BW niet opgaat wegens de redelijkheid en billijkheid. Er is echter wel verzuim doordat later een ingebrekestelling is gestuurd met een termijn welke niet is gehaald, dus art. 6:82 BW. Geen sprake van een schuldeisersverzuim, want een feedback is wel gegeven aan de opdrachtgever en hierdoor is terecht ontbonden op grond van art. 6:265 BW.

Het intellectueel eigendom heeft bij de maatwerksoftware een belangrijk gezichtspunt: een opdrachtgever krijgt niet automatisch het auteursrecht. De wet stelt namelijk dat de maker van de software auteursrechten krijgt en niet de opdrachtgever tot software. Om deze discussie te mijden kan men de auteursrechten bij akte overdragen/exclusieve licentie verlenen op grond van art. 2 Aw. Dit kan anders zijn wanneer het ontwerp en de leiding bij de opdrachtgever liggen en de maker van de software deze stappen precies uitvoert. De opdrachtgever wordt dan als maker van de software aangemerkt op grond van art. 6 Aw.

In de praktijk is het handig om er standaard vanuit te gaan dat de leverancier stopt met het maken van de maatwerksoftware, zodat wanneer dit echt het geval is de software nog wel verder loopt binnen het bedrijf. Nuttig is dan de broncode van de software, want zonder deze code kan men geen verdere ontwikkelingen doen. Men kan via de Escrow constructie bij de broncode komen als dit bij een derde ligt. Bij closed source heeft men geen beschikking over de broncode en bij open source wel.

Software as a service

De Saas gaat via een datanetwerk (internet), waarbij softwareapplicaties ter beschikkingen gesteld worden (of daarin gerelateerde ICT-diensten) en waar men betaald op basis van het gebruik. De gebruiker heeft een Saasovereenkomst met de Saasprovider, welke een hostingscontract kan hebben met een serverbeheerder (hoster). Dit licentie strekt zich van de gebruiker tot de hoster. Ook kunnen vanuit de Saasprovider datastromen ontstaan waardoor derden bijvoorbeeld data krijgen waar weer advertenties op worden gebaseerd. Ook kan vanuit de gebruiker naar derden (denk aan ziekenhuis en patiënt) data gaan, waardoor de gebruiker verantwoordelijkheid heeft als gegevensverwerker.

In de verhoudingen zoals hierboven zullen de gegevens in een steeds meer open omgeving komen.