



Jan Brölmann



Robert Boekhorst

VAN BENTHEM & KEULEN
ADVOCATEN | NOTARIAAT

Elk jaar organiseren advocatenkantoren verdiepingseminars over actuele juridische onderwerpen, zowel updates als actualiteiten: NGB Extra. Dit jaar is dat Van Benthem & Keulen in Utrecht. In deze rubriek schrijven sprekers over onderwerpen die samenhangen met een van de NGB Extra's.

Cloud-sourcing: aandachtspunten bij het contracteren van standaard en maatwerk SaaS-oplossingen

Bijna geen onderneming kiest bij een innovatie of investering in IT voor het aanschaffen van een on-premise licentie die vervolgens beheerd wordt op eigen servers. Dit wordt tegenwoordig ingevuld met clouddiensten. Clouddiensten zijn niet duidelijk afgebakend: het gaat om een bonte verzameling van service-, technische en businessmodellen die vaak door techno marketeers worden gelabeld als een 'SaaS', 'PaaS' en 'IaaS'. Al deze cloud servicemodellen hebben gemeenschappelijk dat er informatietechnologie wordt geleverd 'as a service'.

In deze bijdrage stellen wij SaaS (Software as a Service) centraal: hoe zorg je er voor dat de overeenkomst voor SaaS goed is ingericht en... wat is goed? Verder doen wij een aantal suggesties om in de praktijk de juiste accenten te kunnen leggen bij het beoordelen en uitonderhandelen van een SaaS-overeenkomst. Dit doen we vanuit het gezichtspunt van de afnemer van de SaaS, waarbij wij een onderscheid maken tussen standaard 'off the shelf' SaaS-oplossingen ('Standaard SaaS') en bedrijfskritische maatwerk SaaS-oplossingen ('Maatwerk SaaS').

De drie C's

In onze praktijk benaderen we een sourcingsproject gewoonlijk langs drie parameters, te weten: continuïteit, compliance en de creatie van waarde, kort gezegd de drie C's. Om voor een onderneming toegevoegde waarde te hebben, zal ook een te sluiten SaaS-overeenkomst adequaat moeten voorzien in elk van de drie C's.

Compliance

Bij een Standaard SaaS is compliance met name een vraag van het eigen wettelijke raamwerk kennen en van daaruit vaststellen welke eisen daaruit voortvloeien voor de SaaS-oplossing en de SaaS-aanbieder. Voor een financiële instelling moet daarbij – onder meer – worden gedacht aan financiële toezichtregelgeving die ziet op uitbesteding. Immers, veelal zal een SaaS als zodanig beschouwd worden door de toezichthouder. Bij een zorginstelling is andere toezichtwetgeving weer relevant. Aangezien bij een SaaS altijd data verwerkt worden, is een beoordeling van toepasselbaarheid van de AVG in alle gevallen noodzakelijk. Worden persoonsgegevens

verwerkt, dan zal de verwerking door de SaaS aanbieder moeten voldoen aan de AVG. Dat lijkt eenvoudig maar kan met name bij niet in de EU gevestigde aanbieders tot 'non compliance' leiden. Ook zijn sommige SaaS-oplossingen letterlijk public cloud en stelt de aanbieder zich op als verantwoordelijke. Dit terwijl de onderneming de data uitsluitend wenst te laten verwerken door de SaaS-aanbieder als verwerker.

Bij een zuivere Standaard SaaS gaat het er in de praktijk om deze kwesties helemaal naar voren van het sourcingsproject te halen: indien de Standaard SaaS-oplossing niet voldoet aan de eisen die voor de onderneming gelden en die een consequentie hebben voor de eisen die de onderneming stelt aan de SaaS, dan is de oplossing niet geschikt om gebruikt te worden.

De aanbieders van Maatwerk SaaS hebben meestal niet dezelfde juridische expertise en slagkracht in huis als de 'techreuzen' die Standaard SaaS-oplossingen

aanbieden. Daarbij kan het zijn dat de aanbieder van Maatwerk SaaS voor verschillende ondernemingen in verschillende sectoren werkt, en daardoor minder bekend is met het wettelijke raamwerk en de sectorspecifieke wet- en regelgeving (bijvoorbeeld in de zorg- of financiële sector). Bij Maatwerk SaaS is het daarom ook van belang om vooraf goed te kijken naar compliance van de betreffende oplossing met de toepasselijke wet- en regelgeving, zoals de AVG.

Aangezien de AVG ‘privacy by design’ vereist, zal in een vroeg stadium moeten worden gekeken naar de privacy compliance. Eerst ontwikkelen en dan naar de compliance kijken volstaat niet. In de design-fase dient al duidelijk te zijn hoe de compliance wordt geborgd.

Continuïteit

De Standaard SaaS en de data die remote opgeslagen zijn moeten voor de onderneming beschikbaar zijn. Dit is de essentie van continuïteit in een SaaS overeenkomst. Discontinuïteit dient voorkomen te worden omdat dit de bedrijfsprocessen ernstig kan schaden en ook tot aansprakelijkheid kan leiden. De onderliggende oorzaken van discontinuïteit kunnen technisch van aard zijn (de Standaard SaaS is gebrekkig ingericht, zonder uitwijk, adequate back-up en storage, vatbaar voor hacks etc), commercieel (bijvoorbeeld te eenvoudige opzeggingsmogelijkheid en wijzigingsbevoegdheden voor de SaaS aanbieder) en juridisch. Bij deze laatste oorzaak springt uiteraard het faillissement het meest in het oog. Traditioneel werd in IT contracten continuïteit vaak afgedaan met een sourcecode escrow

overeenkomst. Bij een SaaS-oplossing slaat dit de plank mis. Bij een Standaard SaaS lost de broncode in geval van faillissement niet het probleem van discontinuïteit op: de SaaS-oplossing bestaat uiteindelijk uit een volledig ingericht systeem en data die allemaal beschikbaar moeten blijven ondanks het faillissement. Een bron code release bewerkstelligt dit niet.

Continuïteit heeft in een Standaard SaaS bredere aandacht nodig en zal veel meer bepalingen in de overeenkomst raken dan een specifieke bepaling over escrow. Daar bedoelen we uiteraard niet de traditionele escrow mee maar een bijvoorbeeld een SaaS escrow. Hier willen we overigens niet de stelling innemen dat voor elke Standaard-SaaS een SaaS escrow regeling afgesproken zou moeten worden. Het gaat er veeleer om per Standaard SaaS aan de hand van een aantal factoren vast te stellen op welke wijze de SaaS overeenkomst gegeven de omstandigheden het beste in continuïteit kan voorzien. Te denken valt hierbij aan een inschatting van faillissementsrisico, specifieke maatregelen nemen om bij faillissement alleen toegang tot de data te hebben, in welke mate de SaaS bedrijfs-kritisch is, in kaart brengen van zwakke schakels in de opzet van de SaaS, etc. Bij een Standaard SaaS aanbieder die ‘too big to fail’ is heeft het afspreken van een SaaS escrow geen enkele toegevoegde waarde, maar leveren een verbod of inperking van het opschortingsrecht of een ruimere termijn voor opzegging veel meer op.

Bij Maatwerk SaaS is het faillissement van de aanbieder ook een reëel continuïteitsrisico. Bij de Standaard SaaS is het

uitgangspunt dat de intellectuele eigendomsrechten berusten bij de betreffende ‘techreus’ die de Standaard SaaS aanbiedt. Bij Maatwerk SaaS kan doorgaans wel worden bedongen dat de intellectuele eigendomsrechten worden overgedragen aan de onderneming. Het betreft immers een specifieke maatwerkoplossing die op verzoek van en alleen voor de onderneming is ontwikkeld. De intellectuele eigendomsrechten op de Maatwerk SaaS blijven na overdracht aan de onderneming buiten bereik van de boedel van de gefailleerde aanbieder en berusten bij de onderneming.

Creatie van waarde voor een onderneming

Voor een onderneming biedt een Standaard SaaS veelal waarde door functionaliteit die als een standaard service aan alle gebruikers ontsloten wordt, doordat alleen betaald moet worden voor het gebruik dat gemaakt wordt (‘pay per use’) en de OPEX financiële behandeling van een SaaS: er zijn geen, althans veel minder investeringen meer nodig in mensen en systemen om de software in de onderneming te gebruiken. De waarde ligt met andere woorden besloten in het aanbod van de Standaard SaaS aanbieder. De Standaard SaaS overeenkomst die naar aanleiding van dat aanbod tot stand komt zal indien gecontracteerd wordt op voorwaarden van de Standaard SaaS aanbieder – en dat is bij ‘techreuzen’ eerder regel dan uitzondering – de aanbieder veel ruimte geven de aard van de dienst maar ook de financiële aspecten eenzijdig te wijzigen, althans meer vergoedingen in rekening te brengen dan waar de business case van uitging. Bij een Standaard

SaaS komt het er vooral op aan verborgen betalingsverplichtingen en al te abrupte wijzigingen in financiële voorwaarden en de dienst in de SaaS overeenkomst te voorkomen.

Een Maatwerk SaaS kan waarde creëren voor de onderneming. Als de intellectuele eigendomsrechten bij de onderneming berusten, zal de Maatwerk SaaS enkel en exclusief door de onderneming kunnen worden gebruikt. Hiermee kan een voorsprong worden verkregen op de concurrenten. Daarbij vertegenwoordigen de intellectuele eigendomsrechten ook een bepaalde financiële waarde voor de onderneming.

De Maatwerk SaaS kan bovendien specifieke functionaliteiten bezitten die aansluit bij de bedrijfsvoering van de onderneming. Daarbij kan de Maatwerk SaaS relatief eenvoudig worden gewijzigd of aangepast en 'meegroeien' met de onderneming.

Conclusie

Cloud contracting vergt een brede en grondige voorafgaande analyse, waarbij een benadering langs de drie C's behulpzaam kan zijn. Wij zien dat ondernemingen SaaS-oplossingen vaak afnemen met een verwachting dat elke SaaS-oplossing standaard en niet onderhandelbaar is. Dat is wat ons betreft niet zo. Om iedere SaaS-oplossing goed te laten passen in de organisatie van de onderneming, is een maatwerkbenadering nodig in de voorbereiding, de onderhandeling en de contractering, voor zowel Maatwerk SaaS als Standaard SaaS. ■

COLOFON

De *Bedrijfsjurist* is een uitgave van het Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen, no.2 – juni 2020, 36^e jaargang. De bijdragen in *De Bedrijfsjurist* weerspiegelen niet noodzakelijk de mening van het NGB. Voor het overnemen van artikelen en foto's is schriftelijke toestemming van het NGB secretariaat nodig. De redactie betracht altijd de grootst mogelijke zorgvuldigheid bij het overnemen van rechten op teksten en foto's. Degene die meent toch aanspraken te kunnen doen gelden wordt verzocht contact op te nemen met het NGB secretariaat. Het lidmaatschap kan worden opgezegd met inachtneming van een opzegtermijn van vier weken. De contributie blijft voor het gehele boekjaar verschuldigd.

NGB

Postbus 93002
2509 AA 's-Gravenhage

070 349 04 10
info@ngb.nl
www.ngb.nl

Redactie

mr. Suzanne Drion
mr. Henriette van Wermeskerken
mr. Barbara Kröner

Vormgeving A10plus

Adreswijzigingen via ngb@mos-net.nl