

# Contractuele problemen bij de aanschaf van een computer (\*)

*Dirk Moorkens*

## I. Inleiding

1. Nog niet lang geleden plaatste een Amerikaans uitgeversbedrijf een aankondiging in Wall Street Journal waarbij ze ontevreden gebruikers van een bepaald computersysteem opriepen om zich kenbaar te maken om gezamenlijk een klacht in te dienen wegens levering van niet-bedrijfsklaar materiaal (1).

Typisch Amerikaans zal men zeggen. Niettemin komen ook hier ondernemers voor die gewoon hun hele computerapparatuur op straat «zwieren» (in de letterlijke zin!) omdat het «spul» toch niet werkt. Hoe kan het nu zover komen? Volgende geschiedenis kan dit misschien duidelijker maken (2). In het najaar van 1977 wordt in een bedrijf een mini-computer geïnstalleerd. Een studie die de installatie voorafging en op basis waarvan de beslissing tot computerisering genomen werd, voorspelde een periode van ongeveer 3 maanden voor de ontwikkeling van de nodige programma's en raamde de totale kostprijs van de operatie op minder dan anderhalf miljoen. Ongeveer 16 maanden na de levering van de apparatuur was het project duidelijk uit de hand gelopen. Ten eerste had men de benodigde computercapaciteit schromelijk onderschat, zodat reeds tweemaal de apparatuur werd vervangen door een grotere, maar ook duurdere machine. Ten tweede had de programmering een jaar langer geduurd dan voorzien. Tenslotte als bekroning van het geheel waren de kosten opgelopen tot 9.000.000 fr. of zesmaal meer dan begroot. Intussen werd beroep gedaan op ervaren informatici die nog steeds bezig waren met het wegwerken van storende fouten uit het systeem.

Dit is zeker geen alleenstaand geval (3). Hiermee wil ik niet zeggen dat elke automatisering op een mislukking uitloopt. Gelukkig verloopt alles meestal vrij vlot. Het toont echter wel aan dat een aanschaf van een computer een complexe zaak is die de nodige ervaring en voorbereiding vraagt! (4)

In dit werk gaat het voornamelijk om deze problemen. Ons uitgangspunt daarbij is de aanschaf van een computer door een kleine of middelgrote onderneming. Hier situeren zich namelijk de meeste moeilijkheden. Grote bedrijven hebben hun eigen informaticastaf en juridische adviseurs die meestal een degelijk contract weten af te dwingen. Kleine bedrijven missen echter deze interne assistentie veelal zodat een ongelijke positie tegenover de leverancier ontstaat. In Engeland heeft dit geleid tot de oprichting van «computer shops» (5). Kleine ondernemers kunnen hier advies halen en zo nodig een basis-training volgen. Hoewel men het in België zonder de hulp van officiële instanties moet doen, tracht o.m. het

ESIM via een aantal bedrijfsconsulenten toch een zekere bewustwording op gang te brengen (6).

## II. Technische en economische achtergrond

### A. Technische achtergrond

2. Elk bedrijf, groot of klein, verwerkt dagelijks grote hoeveelheden gegevens. Als het bedrijf goederen verkoopt, moet iemand binnen het bedrijf op de hoogte zijn hoeveel goederen er in voorraad zijn, wie de goederen fabriceert, hoeveel goederen er verkocht zijn en wie de goederen koopt. Deze informatie moet worden vastgelegd en bewaard zodat zij steeds kan gebruikt worden. Zij is het die de gehele organisatie leefbaar houdt (7).

Informatie komt echter niet zomaar uit de lucht vallen. Om tot een doeltreffende informatieverstrekking te komen dient men een *informatiesysteem* uit te bouwen, d.w.z. «een stelsel van regels en voorschriften volgens welke gegevens worden verzameld, bewerkt en omgevormd tot informatie en volgens welke deze informatie aan de respectievelijke ontvangers wordt verstrekt» (8).

3. Een informatiesysteem is dus een stelsel opgebouwd uit verschillende delen. Naarmate dit systeem groter en complexer wordt, kan *automatisering* gewenster zijn.

In dit automatiseringsproces neemt de *computer*, ook elektronisch of geïntegreerd informatieverwerkend systeem genoemd een centrale plaats in.

Het is hier niet de plaats om over een juiste definitie van een computer uit te wijden (9). Belangrijker is echter dat een computer essentieel uit twee elementen bestaat: *hardware* of apparatuur en *software* of programmatuur (10).

Wanneer men van een *computersysteem* spreekt wil men meestal ook het menselijk element er bij betrekken, nl. «de combinatie tussen hardware en software, die de gebruiker de mogelijkheid biedt zijn toepassingen optimaal te verwerken» (11).

4. Binnen de *hardware* wordt gewoonlijk een onderscheid gemaakt tussen de centrale verwerkingseenheid en de randapparatuur.

De *centrale verwerkingseenheid* (C.V.E. of C.P.U.) is het hart van de computer. Het kan functioneel ingedeeld worden in vier afzonderlijke maar van elkaar afhankelijke elementen:

— het hoofdgeheugen: het vaste centrale geheugen. Gewoonlijk breidt men dit uit door een hulpgeheugen aan te sluiten (12). In het hoofdgeheugen bevinden zich dan alleen nog de actief gebruikte programma-onderdelen of instructies. De rest wordt in het hulpgeheugen opgeslagen en automatisch, overeenkomstig het verloop van het programma, in het hoofdgeheugen gebracht.

— de controle-eenheid: zij ontvangt de instructies, interpreteert ze en

initieert vervolgens de bijbehorende actie.

— de reken- en logische eenheid: zij voert de wiskundige en logische bewerkingen uit.

— de in- en uitvoerkanalen: zij voorzien in de aansluiting met de randapparatuur.

De *randapparatuur* staat in voor de invoer van gegevens en instructies en voor de uitvoer van de resultaten. Voorbeelden hiervan zijn o.m. een schrijfmachine, al of niet met beeldstation, kaartlees- en ponseenheden, diskettes, enz... Hier dienen ook de *data-communicatiesystemen* vermeld te worden. Een bijzondere vorm van «teleprocessing» is wel de «*time sharing*». Hierdoor wordt de computercapaciteit verdeeld over verschillende gebruikers die ieder een eindstation (terminal) hebben. Dit gebeurt echter zodanig dat elke gebruiker de indruk krijgt de volledige computer ter beschikking te hebben. Deze werkt nl. de verschillende opdrachten tegelijkertijd af.

In verband met hardware zijn nog twee belangrijke termen te vermelden. Een eerste is *comptabiliteit*. Hiermee bedoelt men de mogelijkheid om twee computersystemen op elkaar aan te sluiten. De tweede is *interface*. Interface betekent de mogelijkheid om een computer samen te stellen uit onderdelen van de verschillende firma's. Men probeert dit nu te bevorderen door een aantal standaardnormen op te leggen(13) waaraan de apparatuur moet voldoen(14).

5. Binnen de *software* onderscheidt men grosso modo twee soorten: de systeemprogrammatuur en de toepassingsprogrammatuur.

De *systeemprogrammatuur* is de programmatuur die de gebruiker dient te ontheffen van de voornaamste problemen i.v.m. de bediening van de apparatuur. Kenmerkend voor haar is dat ze betrekking heeft op standaardverrichtingen. Men kan binnen deze categorie nog een verder onderscheid maken:

— «operating»-systeemprogrammatuur(15): de programma's die minimaal nodig zijn om een computer als zodanig te kunnen gebruiken. Zonder dit is een computer niet in staat te werken. Het controleert nl. de gegevensloop van bij de invoer tot de uitvoer! (16) Het is daarom ook gebonden aan één bepaalde computer.

— «utilities»-systeemprogrammatuur(17): algemene programma's met behulp waarvan men een computer doelmatiger kan gebruiken. Zij betekenen een vereenvoudiging van de taak van de gebruiker die bepaalde handelingen niet meer zelf hoeft te doen. Zij zijn niet steeds gebonden aan één type van een computer.

— Een bijzonder soort van «utility»-programma zijn wel de vertaalprogramma's. Een computer kan nl. alleen maar instructies ontvangen en begrijpen in machinetaal. Men heeft nu getracht het gebruik te vereenvoudigen door symbooltalen te ontwikkelen die dichter bij de normale menselijke spreektaal staan. Op dit ogenblik bestaan er verschillende standaardtalen: COBOL, FORTRAN, PL/1,... elk met hun specifieke

toepassingen, (commerciële, wetenschappelijke, enz...).

— Tenslotte zijn er nog de functieprogramma's. Zij bestaan uit instructies voor het gebruik en het onderhoud van de bestanden. Men maakt hiervan ook wel een afzonderlijke categorie omdat ze niet zo zeer machinegebonden is.

Systeemprogrammatuur wordt meestal door de hardware-leverancier geleverd.

Naast de systeemprogrammatuur is er de *toepassingsprogrammatuur*. Zij is specifiek gericht op de oplossing van het concrete probleem. Ook hier maakt men een onderscheid:

— *programma-pakketten*: bepaalde problemen komen zo dikwijls voor dat een bepaald programma hiervoor reeds een zekere mate van betrouwbaarheid heeft bewezen en derhalve niet meer helemaal opnieuw voor een gebruiker dient opgesteld te worden. Zo'n programma-pakket kan in principe gebruikt worden op elke computer die bestaat uit gelijksoortige hardware als die waarop de programma's zijn geschreven. Vele fabricanten hebben dan ook een bibliotheek samengesteld waaruit men zijn programma kan kiezen. Ook softwarehouses en servicebureau's (zie infra) doen dit in de mate van het mogelijke.

— Naarmate het probleem specifieker wordt of de hardware-installatie niet volledig dezelfde is, zal men deze programma-pakketten moeten aanpassen. In bepaalde gevallen dient men zelf een volledig nieuw programma op te stellen (*tailormade-programma*). Dit kan gebeuren door de fabricant, softwarehouses, servicebureaus of door de gebruiker zelf indien hij hiervoor personeel heeft (18).

6. De *aanschaf van een computer* en de doorvoering van een automatisering is een complexe onderneming. Vanuit technisch standpunt onderscheidt men meestal vijf fases in deze procedure:

— *een vooronderzoek*: projectverantwoording en probleemdefiniëring. Een eerste verkenning door de bedrijfsleiding zelf inzake het nut en de rendabiliteit van het inschakelen van een computer. Bepaalde gegevens kan men slechts bij de volgende stadia verkrijgen. Niettemin moet men toch reeds trachten een zeker beeld te krijgen van de situatie. Bij positief resultaat moet men ook een welomlijnde en afgebakende opdracht kunnen geven aan de systeemanalyst.

— *de functionele analyse*: een evaluatiestudie. Ze bestaat meestal uit een algemeen onderzoek van de huidige situatie, het bepalen van de informatiebehoeften en het uittesten en vergelijken van een aantal mogelijke alternatieve informatiesystemen. Dit onderzoek dient uiteindelijk te leiden tot de keuze van een bepaald informatiesysteem. Beslist men tot een interne automatische gegevensverwerking (zie infra), dan hoort hier ook de keuze van een bepaalde computerapparatuur bij. Deze selectie is echter niet meer alleen de zaak van de technici, maar behoort eveneens tot de taak van economisch en juridisch opgeleide personen. Centraal in deze selectieprocedure staat het lastenkohier. Het geeft de eisen weer waaraan

de nieuwe apparatuur moet voldoen.

— *de organische analyse*: tot op dit ogenblik heeft men nog geen technische uitwerking van een bepaald systeem gemaakt. Dit gebeurt nu. Gegeven een informatiesysteem gaat men concreet de verschillende taken analyseren en aanpassen aan de kenmerken en vereisten van dit informatiesysteem. Hier begint ook het reorganisatieproces (zie infra: implementatie).

— *de programmatie*: het omzetten van instructies in computertaal. Voordat de programma's definitief in gebruik genomen worden, dienen ze eerst getest te worden.

— Tenslotte is er de *implementatie* van het systeem, d.w.z. de inschakeling van de computer in het bedrijf. Dit veronderstelt meestal een doorgedreven reorganisatie doordat de behoeften van een computer volledig verschillen met die van een niet-geautomatiseerd systeem(19).

7. Dit is de normale procedure. Het opstellen van de programmatuur laat men echter dikwijls over aan een gespecialiseerde firma, nl. softwarehouses. Ook fabricanten en servicebureaus geven soms deze dienstverlening. Bij hen is het echter slechts een nevenactiviteit (20).

Men kan zelf de zaak geheel uit handen geven en een «engineeringcontract» sluiten met een S.S.C.I.(21). Deze staat dan in om volgens de bepalingen van het contract een «volledig ingewerkt computersysteem» te leveren.

8. De voorbereiding en het aantal betrokken personen hangt natuurlijk ook af van de omvang van het automatiseringsproject. Bij de aanschaf van kleinere computers hoeft niet dezelfde omhaal gemaakt te worden. Indien er echter geen ervaren persoon in het bedrijf beschikbaar is, is het aan te raden een consultant te contacteren. Alleen op deze wijze kan er een ernstige controle van de geleverde apparatuur en programmatuur mogelijk zijn (22).

## **B. Economische achtergrond**

9. Bij het automatiseren van zijn informatiesysteem kan men verschillende wegen volgen. Een eerste belangrijke optie die men dient te nemen is deze van *interne of externe gegevensverwerking*. Onder externe gegevensverwerking verstaat men die organisatievorm waarbij bedrijven delen van de gegevensverwerking uitbesteden aan bedrijven die zich hierin hebben gespecialiseerd (23). Ook hier heeft men een aantal gradaties (24). Essentieel blijft echter dat de apparatuur zich bij een derde bevindt, die voor de werking instaat.

Kiest men voor interne gegevensverwerking dan staat men zelf voor de werking van de apparatuur in. Zij veronderstelt derhalve de aanschaf van de hardware door het bedrijf. Hiervoor zijn er verschillende mogelijkheden. Hardware kan men *kopen, huren (al of niet met koopoptie) of*

*leasen*. Meeste computers worden gehuurd (25). Dit heeft o.m. te maken met de zeer snelle technische evolutie die niet alleen een daling in de prijs tot resultaat heeft (26), maar ook een snelle veroudering veroorzaakt. Het risico dat gebruikers lopen is ook minder groot dan bij koop of leasing. Bij deze laatste dient men trouwens het onderhoud apart te regelen (27).

10. I.B.M. heeft steeds een belangrijke rol gespeeld in de verhouding koop, huur en leasing. Traditioneel bevorderde zij altijd de huur (28). In 1956 werd ze echter door de federale regering van de V.S. in een anti-trust proces gedwongen om haar apparatuur zowel te verkopen als te verhuren en tevens om derden op te leiden in het onderhoud. De consent decree bepaalde ook een «redelijke» verhouding te handhaven tussen koop en huur.

Maar dit werd dan weer de start van het leasing-fenomeen tussen 1965 en 1970. De huurprijs werd nl. berekend op 4 jaar gebruik. In werkelijkheid kon een computer echter wel 10 jaar meegaan zolang er geen grote nieuwigheden op de markt werden gebracht. De leasingfirma's kochten dus computers aan om ze vervolgens op lange termijn te verhuren, verschillende malen achter elkaar (operationele leasing). Ofwel financierde een bedrijf de aankoop van een computer op basis van financiële leasing: verschillende banken zagen nl. voordeel in deze zaak en waren bereid geld voor te schieten voor langer dan 4 jaar. Het is trouwens opmerkelijk dat rond deze tijd leasing een reglementering, zij het vnl. fiscaal in België kreeg (29).

11. Naast hardware-overeenkomsten sluiten kleinere bedrijven vaak ook overeenkomsten in verband met software en logistieke steun. Wanneer al deze zaken afzonderlijk kunnen verworven worden, elk met hun eigen prijsetiket, spreken we van «*unbundled*» verkoopbeleid (30). Tot in de jaren 70 was het de politiek van I.B.M. om hardware, software en bijhorende dienstverlening tegen één prijs te leveren. Dit had twee gevolgen: het was onmogelijk om de apparatuur bij verschillende firma's te betrekken en het was zeer moeilijk om de prijs van het gekochte systeem te controleren. Onder invloed van een anti-trust proces dat aanhangig is gemaakt door de federale regering van de V.S. in 1969 (en nog steeds lopende is), heeft I.B.M. nu zijn prijsbeleid gewijzigd en «*unbundling*» toegelaten (31).

12. *Unbundling* impliceert echter niet het afsluiten van *afzonderlijke contracten* voor elk element van een computersysteem (32). Hierbij is het gevaar van een afzwakking van de aansprakelijkheid van de leverancier groot (33). Het is daarom ook aan te raden om de aansprakelijkheid van de partijen te regelen in één hoofdcontract, waar alle contracten met elkaar worden verbonden. Het meest betrouwbare is één contract waar alles met betrekking tot de aanschaf van de computer wordt geregeld (34).

### III. Juridische verhouding: gebruiker — leverancier

#### A. Inleiding

13. De aanschaf van een computerconfiguratie is een complexe onderneming, die een degelijke voorbereiding vraagt. Maar zelfs de beste voorbereiding is nog geen garantie van succes. Alleen een goede verstandhouding en technische samenwerking tussen alle betrokken partijen maken de kans van slagen waarschijnlijk.

Het contract speelt hierbij slechts een minimale rol. Goede wil kan men niet afdwingen. Eens de samenwerking spaak loopt, is ook het project gedoemd te mislukken (35).

14. Niettegenstaande dit heeft het contract toch een belangrijke waarde. Een goed opgesteld contract kan nl. een belangrijke hulp zijn bij de planning van het implementatieproces. Het dient tevens de nodige bescherming te bieden tegen bepaalde risico's. Tenslotte gaat het om een belangrijke investering die blijvende, ingrijpende gevolgen heeft. Het contract maakt deze beslissing onherroepelijk en bekleedt daarom een sleutelpositie in het automatiseringsproces (36).

15. Het opstellen van een degelijk contract stuit echter op *twee problemen*:

a. Vele bedrijven beseffen niet dat de aanschaf van een computer niet alleen het verwerven van een machine inhoudt, maar tevens programma-tuur en logistiek dient te omvatten (37). Onderzoeken hebben uitgewezen dat de hardware slechts 35% van de kostprijs uitmaakt. Software neemt 27% voor zijn rekening en 38% gaat naar de uitbating! (38) Hier stijgen we reeds op een eerste hinderpaal: de behoefte aan *objectieve informatie* als eerste vereiste tot het opstellen van een degelijk contract (39).

b. Een tweede probleem betreft de *standaardvoorwaarden*. Standaardvoorwaarden zijn schriftelijk concept-bedingen welke zijn opgesteld om - zonder onderhandelingen omtrent hun inhoud - opgenomen te worden in een gewoonlijk onbepaald aantal nog te sluiten overeenkomsten van bepaalde aard (40). In de computerwereld hebben leveranciers meestal, zo niet altijd, vanuit hun ervaring een aantal standaardvoorwaarden vastgelegd die zij voorleggen aan de gebruiker. Zonder afbreuk te willen doen aan het voordeel dat deze werkwijze kan bieden, blijft toch steeds het nadeel dat ze door één partij zijn opgesteld en niet concreet aangepast zijn aan de toestand van de gebruiker (41). Deze laatste zal dus steeds moeten proberen om zoveel mogelijk het evenwicht in zijn voordeel te herstellen. Op zijn minst dient hij de standaardvoorwaarden aan te vullen en te concretiseren zodat zij volledig aangepast zijn aan zijn toestand (42).

16. Rekening houdend met deze twee problemen trachten we nu de juridische situatie van de leverancier en de gebruiker door te lichten. De termen

«*leverancier*» en «*gebruiker* worden hier algemeen aangewend voor alle overeenkomsten die bij een automatiseringsproject kunnen voorkomen. Wanneer we over een specifieke overeenkomst handelen, duiden we de partijen aan als koper/verkoper, huurder/verhuurder, enz...

Als vertrekpunt nemen we telkens *het gemeen recht*. Hieraan toetsen we dan de verschillende *contracten*.

Op te merken valt nog dat de hardware-overeenkomsten, zij het koop, huur of leasing, grote gelijkenis vertonen. Software-overeenkomsten hebben daarentegen een geheel eigen structuur!(43)

Het is onmogelijk om alle problemen uit te diepen in deze bijdrage. Alleen de belangrijkste werden dan ook weerhouden. Voor verdere informatie kan ik naar volgende uitstekende werken verwijzen:

— GEVAERT, H., *Aankoop van een computerconfiguratie, T. Aann.*, 1980, 438-453; en DESCHOOLMEESTER, D. en VANDENBERGHE, G., *De keuze van een computer, Methodiek en contractuele aspecten*, Kluwer Antwerpen — Deventer, 1981, 157 p.

## **B. De totstandkoming van het contract: de toestemming**

17. Art. 1108 BW bepaalt vier vereisten voor de geldigheid van een overeenkomst: de toestemming van de partijen, hun bekwaamheid om verbintenissen aan te gaan, een bepaald voorwerp als inhoud van de verbintenis en een geoorloofde oorzaak. Het is vnl. de eerste vereiste die ons hier interesseert.

### **a. Wilsovereenstemming: de aanvaarding van standaardvoorwaarden**

18. Overeenkomsten in de computerbranche bevatten steeds een aantal standaardvoorwaarden, eenzijdig opgesteld door de leverancier. Afgezien van de vraag of de inhoud van deze voorwaarden geoorloofd is, dient vooraf onderzocht te worden of deze standaardvoorwaarden op een *geldige wijze geïntegreerd* werden in de overeenkomst. Hiervoor is vereist dat de gebruiker *kennis* kreeg van de betwiste voorwaarden (of althans behoorde te hebben) en bovendien dat hij deze voorwaarden als deel van de contractsinhoud heeft *aanvaard*(44). Rechtsleer en rechtspraak nemen meestal aan dat er een vermoeden van aanvaarding ontstaat wanneer de standaardvoorwaarden zich in het contract bevinden of wanneer er een verwijzing in opgenomen is en de standaardvoorwaarden overhandigd zijn ten laatste bij het sluiten van het contract of zich op een gemakkelijke toegankelijke plaats bevinden(45). Het is dan aan de gebruiker om het tegenbewijs te leveren. Dit kan enerzijds door op te werpen dat hij geen kennis kon hebben van deze voorwaarden of dat hij ze niet kon begrijpen(46). Lukt dit niet dan staat anderzijds nog de mogelijkheid open om stilzwijgend of uitdrukkelijk protest aan te tonen. In de praktijk is dit bewijs echter moeilijk te leveren(47). Op te merken valt nog het art. 4 § 4 W.H.P. Dit verplicht iedere handelaar of ambachtsman een *bestelbon* af te



geven wanneer een levering van het product of het verlenen van een dienst wordt uitgesteld en een voorschot wordt betaald door de gebruiker. Op deze bestelbon moeten de bij K.B. vastgestelde vermeldingen voorkomen(48). Dergelijke vermeldingen binden de leverancier of dienstverstreker tenzij men nog op dezelfde zijde van de bestelbon er van afwijkt. De vermelding algemene voorwaarden is hiervoor niet voldoende. Het dient op zijn minst een specifieke verwijzing naar het bewuste artikel te zijn! Het verzuim de voorgeschreven vermeldingen aan te brengen is strafbaar. Het leidt echter niet noodzakelijk tot de nietigheid van de overeenkomst(49).

Tenslotte is er nog het art. 25 lid 2 W.Kh. luidens hetwelk «koop en verkoop kunnen bewezen worden door een aangenomen *factuur*». De kennisgeving van standaardvoorwaarden tussen handelaars kan dus vrij laat geschieden. Bovendien schept de factuur een vermoeden van toestemming(50). Niettemin kan een factuur niet afwijken van de voorwaarden van het contract zelf. Het is alleen maar een bevestiging ervan(51).

19. Hoe is dit concreet op de contracten gesloten tussen de gebruiker en de leverancier, toe te passen.

a. Het zal zeer moeilijk zijn de *aanvaarding* van de standaardvoorwaarden te ontkennen(52). Indien ze al niet in het contract opgenomen zijn, dan komt er toch een verwijzing voor op de bestelbon of in de hoofdovereenkomst. Daarbij zullen de standaardvoorwaarden meestal tijdens de onderhandelingen worden overhandigd samen met de andere documentatie. Gezien de belangrijkheid van deze transacties kan men dan ook veronderstellen dat de gebruiker de voorwaarden gelezen en onderzocht heeft om ze te vergelijken met deze van andere kandidaten.

b. De speciale vereisten van de *bestelbon* spelen gewoonlijk een belangrijke rol bij de koop- verkoopovereenkomsten van hardware. In sommige overeenkomsten tot opstellen van toepassingssoftware maakt men eveneens gewag van een voorschot. Dit is echter niet de regel. Vaak tracht men deze beschermingsmaatregelen te omzeilen door gewoon bij het afsluiten van het contract de volledige overeenkomst inclusief de standaardvoorwaarden ter ondertekening voor te leggen. In een bijlage wordt dan de gekochte apparatuur met haar prijs (of de bestelde software met het werkschema) vermeld. De vraag of men deze bijlage met een bestelbon gelijk kan stellen, is nog nergens opgeworpen, maar kan niettemin belangrijke consequenties hebben. Bij positief antwoord schakelen deze gegevens immers in principe de standaardvoorwaarden uit! Bij negatief antwoord ontbreekt een bestelbon, wat strafbaar is!

Soms stelt men ook een bijzondere overeenkomst op ter vervanging van een bestelbon. Op één of andere wijze zijn alle vermeldingen van een bestelbon wel aanwezig, maar het geheel is veel minder duidelijk gestructureerd en verspreid over meerdere bladzijden. Prijzen worden meestal zonder belastingen opgenomen en het BTW percentage treft men nergens aan. Evenmin vindt men een juist bedrag van het voorschot ofschoon men

veelal wel verwijst naar de betalingswijze in de standaardvoorwaarden. c. Het moet voor de lezer reeds duidelijk zijn dat het belangrijk is de gegevens in de bijlage, de hoofdovereenkomst of de bestelbon (in de uitzonderlijke gevallen waar deze gebruikt wordt) te toetsen aan de standaardvoorwaarden. Op deze wijze voorziet men reeds vele moeilijkheden. Als voorbeelden kunnen we o.m. volgende twee elementen aanduiden: — *de prijs*: Prijzen liggen gewoonlijk niet vast! Vooreerst neemt men in bepaalde koopovereenkomsten van hardware een clause op waardoor na een bepaalde termijn de prijs eenzijdig kan worden gewijzigd! Dergelijke clause is natuurlijk onaanvaardbaar, zelfs indien de koper de gelegenheid heeft om af te zien van het contract. Eenmaal de langdurige keuzeprocedure doorlopen is, is deze mogelijkheid immers tamelijk illusoir. Sommige auteurs verklaren deze clause potestatief en derhalve nietig (53). Hiertegenover kan men de theorie van de partijbeslissing plaatsen. We zullen echter hetzelfde probleem terugvinden bij de leveringstermijn. De vraag is nu of inderdaad deze twee elementen samen niet een potestatieve voorwaarden maken van deze clause? Andere contracten vermelden dat prijzen kunnen schommelen naargelang de wisselkoersen. Deze clause is wel geldig. De leverancier dient echter de prijsreglementering na te leven! Tenslotte treft men soms in langdurige contracten (huurovereenkomsten, onderhoudscontracten, enz...) een indexering aan. Ook dit is geldig als de leverancier zich houdt aan de prijsreglementering en aan de beperkingen van de W. 30 maart 1976 (54).

— *de Leveringsdatum*: Verscheidene hardwarecontracten bestempelen deze datum als louter indicatief. Daarbij voegen zich dan een aantal exoneratieclausules. De verklaring daarvoor dient men te zoeken in het feit dat vele leveranciers geen permanente voorraad aanhouden in België. Ze dienen hun bestellingen dus door te geven aan het buitenland. Ook deze clause wordt door sommige auteurs als potestatief aanzien (55). Naar mijn mening zal de theorie van de partijbeslissing echter hier toegepast worden. (zie ook infra nr. 61). Ook bij softwarecontracten vindt men een gelijkaardige toestand. Maar hier steunt het op het feit dat het opstellen van software als inspanningsverbintenis wordt gekwalificeerd door de rechtspraak (zie infra nr. 49 en 66).

## **b. Praecontractuele aansprakelijkheid**

20. Wanneer een persoon een ander benadert om een contract te sluiten, begint een periode genoemd: «praecontractueel». Deze periode duurt ofwel tot het sluiten van het contract ofwel tot het afspringen van de onderhandelingen (56). In dit laatste geval spreekt men soms van praecontractuele verhoudingen *sensu stricto*. Deze situatie is nl. niet uitdrukkelijk in het B.W. voorzien (57). Sluit men de overeenkomst dan staat men voor praecontractuele verhoudingen *sensu lato*, waarop verschillende bepalingen van het B.W. toepasselijk zijn. De voornaamste zijn

wel deze van de wilsgebreken (art. 1109 e.v. B.W.) (zie infra nr. 29 - 31)(58).

21. De rechtsleer en rechtspraak hebben deze voorbereidende fase aan een bijzonder regime onderworpen, nl. dit van de «*culpa in contrahendo*» (59). Op basis van art. 1382-1383 BW bestraft de rechtbank elke fout in dit stadium die schade heeft veroorzaakt, (60) onafhankelijk van het feit of er al dan niet een geldig contract gesloten werd (61). Zoals steeds is het criterium dat van de goede huisvader geplaatst in dezelfde omstandigheden (62).

22. Concreet heeft deze theorie voornamelijk betrekking op de *informatie* die beide partijen aan elkaar doorgeven.

In principe is het de plicht van de gebruiker om «als een goede huisvader» inlichtingen in te winnen voor het sluiten van het contract (63). Voor de informatie die men zelf wist of behoorde te weten kan men de leverancier immers niet aansprakelijk stellen (64). Deze dient slechts inlichtingen te verschaffen naarmate de gebruiker zich niet kon informeren gezien de omstandigheden of gezien de aard van het contract dat een meer dan normale vertrouwensrelatie eist (65). De leverancier moet daarbij weten (of behoren te weten) dat het verzwegen element van essentieel belang was voor de wederpartij (66).

Het is voornamelijk in de *relatie leek — professioneel* dat de rechtspraak deze informatieplicht heeft in het leven geroepen (67). Het technisch karakter van deze afspraken samen met het natuurlijk vertrouwen dat een leek in deze personen mag stellen, schept dan ook meestal de hierboven beschreven situatie (68). De computerbranche is hiervan wel een typevoorbeeld!

23. De leverancier is niet alleen verplicht in bepaalde gevallen informatie te verstrekken. Alle informatie die hij doorgeeft, dient ook waarachtig en toereikend te zijn (69). De firma die bij de voorbesprekingen gebruik maakt van leugenachtige of dubbelzinnige teksten om de andere partij bij het sluiten van de overeenkomst te kunnen misleiden, is aansprakelijk voor de schade die hieruit voortspruit (70). Deze regel geldt zowel bij opzettelijke als door nalatigheid doorgespeelde verkeerde inlichtingen (71).

Ook hier mag de gebruiker echter zich niet lichtzinnig gedragen en alles geloven wat men hem voorschotelt. Hij moet zijn belangen verdedigen zoals een goede huisvader (72).

24. Hoe worden deze principes nu in de *computerbranche* toegepast? In bepaalde gevallen heeft de leverancier de gebruiker voor te lichten volgens de huidige rechtspraak. Deze informatie zal hier voornamelijk betrekking hebben op de *keuze van de computerapparatuur*.

Bij programmapakketten is dit ook mogelijk. Er is mij echter nog geen

enkel geval bekend in de rechtspraak dat hierover handelt. De contracten voorzien het echter meestal wel! (zie infra nr. 64). Bij een contract ter ontwikkeling en levering van toepassingssoftware kan er geen praecontractuele aansprakelijkheid zijn in dit verband. Zij moet immers nog gemaakt worden!(73)

In de huidige Belgische rechtspraak is deze verplichting nog niet concreet uitgewerkt. Wel treft men een verwijzing aan in een vonnis van de rechtbank van koophandel te Brussel van 18 februari 1980 waar de cliënt geacht werd geen leek in het vak te zijn. Hij had bijgevolg tijdens de demonstraties alle nodige informatie kunnen opsteken(74).

In de Franse rechtspraak zijn hierover wel een aantal belangrijke uitspraken te vinden. Men tracht er een zeker evenwicht te vinden tussen enerzijds de informatieplicht van de leverancier en anderzijds de plicht van de gebruiker om zelf informatie in te winnen(75).

In de meeste arresten wordt gesteld dat de gebruiker behoort te weten dat er moeilijkheden kunnen ontstaan bij de implementatie van een computer. Dit kan later niet als excuus tegen de leverancier worden ingeroepen(76). Veelal rijzen de problemen echter bij «over-» of «underselling». De vraag die men zich dan dient te stellen, is of de leverancier al of niet op de hoogte was of hoorde te zijn van de specifieke behoeften van de gebruikers(77). Hij kent de situatie van de klant normaal langs het lastenboek van deze. Dit neemt dan ook een centrale plaats in bij de aansprakelijkheidsregeling(78). In principe is het aan de kandidaat-gebruiker om zelf zijn objectieven vast te leggen en een lastenkohier op te stellen(79). Is hij daartoe niet in staat dan is het wenselijk dat hij beroep doet op een extern raadgever(80). Het niet beroep doen op een extern consultant sluit echter de aansprakelijkheid van de leverancier niet uit. Op deze rust nl. een informatieplicht die juist nog zwaarder wordt als de cliënt een leek is in de materie(81). De leverancier heeft een duidelijke plicht de gebruiker te helpen bij het vaststellen van zijn behoeften en doelstellingen. Hij moet deze noden interpreteren en overgaan tot een grondige studie ervan om de aangepaste apparatuur voor te stellen(82).

De leverancier is echter niet zover gehouden als een onafhankelijk consultant(83). Hij staat o.m. niet in voor de rendabiliteit van het automatiseringsproject(84). Wel moet hij binnen zijn gamma helpen vergelijken en het meest geschikte materieel aanduiden(86).

Het is niet voldoende om op de informatieplicht van de leverancier te wijzen; men moet ook een fout in zijn hoofde kunnen aantonen!(87)

Indien de kandidaat-gebruiker een beroep doet op een onafhankelijk specialist, vermindert de aansprakelijkheid van de leverancier op het vlak van de informatie(88). Niettemin is dit de veiligste oplossing voor onervaren cliënten, zeker bij belangrijke investeringen(89). Voorkomen is nog steeds veel beter dan genezen!

25. De inlichtingen die de leverancier verstrekt dienen *juist* te zijn. (zie supra nr. 23) Dit geldt ook in deze branche. Een probleem vormt natuurlijk

het bewijs. De schriftelijke brochures zijn steeds zo opgesteld dat hier weinig tegen in te brengen valt. Verschillende firma's maken daarbij nog uitdrukkelijk voorbehoud voor de gegevens hierin vermeld (90). Wat mondeling allemaal werd gezegd is natuurlijk van weinig waarde.

Een speciale situatie wordt echter geschapen indien de firma in kwestie een voorstudie heeft gedaan om een gemotiveerde offerte te kunnen indienen. Los gezien van het bindend karakter van de offerte (91) dient de bestaande toestand correct weergegeven te worden (92) en eventuele conclusies met de nodige voorzichtigheid voorgesteld te worden (93).

26. Bij de behandeling van de praecontractuele aansprakelijkheid kan men de *contractuele bepalingen* natuurlijk niet uit het oog verliezen. In België worden exoneratiebedingen m.b.t. extra-contractuele aansprakelijkheid immers in principe toegelaten! (94) Zij worden echter wel strikt geïnterpreteerd (95). Volgens bepaalde auteurs kan hun zelfs elke werking ontnomen worden voor het totstandkomen van het contract (96), tenzij dit uitdrukkelijk overeengekomen is. Opzet valt natuurlijk steeds buiten deze clausule. De bedingen die iedere zin of inhoud aan het contract ontnemen zijn eveneens nietig (97).

Maar niet alle firma's voorzien uitdrukkelijk de praecontractuele aansprakelijkheid. Het is dus zeker de moeite waard om dit te controleren! (98)

### c. Gekwalificeerde benadeling

27. Bepaalde auteurs beschouwen de theorie van gekwalificeerde benadeling als een bijzondere vorm van praecontractuele aansprakelijkheid. Anderen beweren nochtans dat ze een ongeoorloofde oorzaak teweeg brengt, die de nietigheid tot gevolg heeft (99).

Er bestaat gekwalificeerde benadeling wanneer een duidelijke en gewichtige wanverhouding tussen de wederzijdse verbintenissen bestaat, die haar oorsprong vindt in het uitbuiten door één van de contractspartijen van de minder gunstige positie, de benarde toestand, de zwakte, de onervarenheid of de onwetendheid van de andere partij (100). In tegenstelling tot de objectieve benadeling in het B.W., wordt hier dus een subjectief element aan de beoordeling toegevoegd. Er is misbruik vereist. Ze neigt daarom ook naar bedrog (10).

28. Deze constructie kan zeker in bepaalde gevallen toegepast worden in de computerwereld. Aangezien de verhouding van gebruiker en leverancier dikwijls deze van leek en professioneel is, is reeds één voorwaarde vervuld. De anderen leveren wel meer problemen op. Louter theoretisch gezien krijgt de gebruiker steeds de waar waarvoor hij betaalt. Beide verbintenissen zijn dus evenwaardig. Bekijkt men echter niet de economische waarde "in abstracto" maar "in concreto" dan komt het meermaals voor dat de gebruiker een machine krijgt waarmee hij niets of veel minder dan voorgespiegeld, kan doen. Tenslotte is er de

vereiste van misbruik. Hiervoor dient men de concrete toestand te bekijken.

#### d. Gebreken in de toestemming

29. Zoals hoger reeds is vermeld, voorziet het B.W. eveneens in een aantal bepalingen bij de praecontractuele verhoudingen *sensu lato*. (zie supra nr. 20) De belangrijkste zijn wel deze van de wilsgebreken: art. 1109 e.v. B.W. Hun sanctie bestaat in een relatieve nietigheid van de overeenkomst. Deze kan in principe naast de praecontractuele aansprakelijkheid gevorderd worden. (zie supra noot 61) Ook hier gaat de keuze van de hardware centraal staan.

30. «*Dwaling* is alleen dan een oorzaak van nietigheid van de overeenkomst wanneer zij de zelfstandigheid betreft van de zaak die het voorwerp van de overeenkomst uitmaakt.» (art. 1110 B.W.)

Onder zelfstandigheid van de zaak wordt verstaan die hoedanigheid die de partij hoofdzakelijk ertoe bewogen heeft de overeenkomst te sluiten. Niet de objectieve betekenis is derhalve van belang maar de subjectieve (102). Deze laatste evolutie kan deze vordering bruikbaar maken om op te treden tegen «over- en onderselling» (103). Wanneer een machine de taak niet kan vervullen waarvoor ze werd aangeschaft mist ze immers de kwaliteit die wezenlijk was voor de toestemming van de gebruiker (104). De *dwaling* dient natuurlijk verschoonbaar te zijn, d.w.z. een normaal mens (goede huisvader) zou ze ook begaan hebben (105).

31. Verder dan de normale *dwaling* gaat de theorie van *dwaling in de oorzaak*. Als oorzaak wordt hier aanvaard de bedoeling en motieven die partijen tot contracteren bewogen hebben, zelfs indien ze niet de zelfstandigheid van de zaak betreffen. Zij dienen echter wel als onderdeel in de overeenkomst te zijn opgenomen. Dit is pas het geval wanneer het determinerend karakter aan de andere partij bekend is en deze stilzwijgend of uitdrukkelijk ermee instemde om ze in het contract op te nemen (106). Het opnemen van het lastenkohier in het contract kan reeds een sterke basis geven voor het instellen van deze vordering.

32. «*Bedrog* is een oorzaak van nietigheid van de overeenkomst wanneer de kunstgrepen, door een van de partijen gebezigd, van dien aard zijn dat de andere partij zonder die kunstgrepen klaarblijkelijk het contract niet zou hebben aangegaan». (art. 1116 BW) Er zijn dus twee elementen vereist voor bedrog: een psychologisch element, nl. de opzet om te misleiden en een materieel bestanddeel, de middelen om te misleiden (107). Deze middelen kunnen zowel in een positieve handeling bestaan als in een onthouden (stilzwijgen) (108) Bedrog impliceert tenslotte steeds een fout en geeft dus recht op schadevergoeding, zelfs indien men te maken heeft met incidenteel bedrog, dat geen nietigheid teweegbrengt (109).

## C. De gevolgen van het contract

33. Vooraf zij vermeld dat alle contracten het Belgisch recht toepasselijk verklaren op de geschillen die eruit voortvloeien.

Diegene die zich op een overeenkomst beroept zal het bewijs hiervan moeten leveren. (art. 1315 BW) Dit omvat het bewijs van het bestaan van de overeenkomst, het wezen van de overeenkomst, de omvang van de verbintenissen en de aard van de verbintenissen (110). Het is echter uiteindelijk de rechter die de beslissing dient te nemen.

Het bestaan van de overeenkomst vormt geen probleem. De kwalificatie van de overeenkomst, de omvang van de verbintenissen en de aard van de verbintenissen geven wel een aantal problemen.

### a. De omvang van de verbintenissen

#### a.1. uitlegging van de overeenkomst

34. In ons recht primeert in beginsel de werkelijke wil op de wilsverklaring. De feitenrechter mag dus een beroep doen op extrinsieke elementen zoals geschriften, feiten, uitwendige omstandigheden om deze werkelijke wil te achterhalen (111). Indien de overeenkomst duidelijk is en slechts voor één uitleg vatbaar, dan kan hij niet afwijken (112)

Bij *standaardvoorwaarden* komt men meestal tot een interpretatie ten voordele van de toetredende partij. Zowel de rechtspraak als de rechtsleer blijken hiervan voorstander (113). De grondslag is echter betwist (114).

35. In de computerbranche wordt gebruik gemaakt van «bijlagen» waarin de beschrijving van de bestelde waar voorkomt of eventueel *bijzondere voorwaarden*. In geval van tegenstrijdigheid tussen deze bijzondere bedingen en de standaardvoorwaarden gelden de volgende regels (115). Als ze zich in hetzelfde contract bevinden, krijgen de bijzondere bedingen voorrang daar zij geacht worden met de werkelijke wil overeen te stemmen. Zelfs als in de standaardvoorwaarden een beding aanwezig is dat bijzondere voorwaarden ondergeschikt maakt aan de standaardvoorwaarden, wordt dit nog aangenomen. Als de bijzondere voorwaarden zich op een afzonderlijk document bevinden, dan geldt het laatst ondertekende (116). Het is derhalve nutteloos om in het lastenkohier te bepalen dat het opgenomen wordt in het contract. Dit moet in het contract zelf geregeld zijn!

36. Praktisch in elk contract tussen de leverancier en de gebruiker komt de «vier-hoeken»-*clause* voor (117). Zij ontnemt elke juridische waarde aan hetgeen tijdens de onderhandelingen heeft plaatsgevonden. Dit slaat natuurlijke voornamelijk op het lastenkohier en de offerte! De gebruiker heeft er immers alle belang bij deze stukken in de overeenkomst op te nemen. Het zal meestal een welkome verduidelijking zijn van de juiste

draagwijdte van de overeenkomst. Heeft hij dit toch nagelaten dan kunnen deze stukken nog een belang hebben als extern gegeven ter interpretatie van de overeenkomst of als bewijs voor een eventuele praecontractuele fout (118).

## a.2. aanvulling van de overeenkomst

37. De overeenkomst verbindt niet alleen tot hetgeen daarin uitdrukkelijk bepaald is, maar ook tot de gevolgen die door de billijkheid, het gebruik of de wet aan de overeenkomst worden toegekend. (art. 1135 BW) Daarenboven moeten ze worden aangevuld met de daarbij gebruikelijke bedingen hoewel die er niet zijn in uitgedrukt. (art. 1160 BW)

### 1. De billijkheid

38. De rechter kan volgens art. 1135 BW een contract aanvullen op grond van de billijkheid. Deze bepaling dient samen met art. 1134 BW gelezen te worden: «zij (overeenkomsten) dienen met *goede trouw* worden ten uitvoer gebracht». Hiermee bedoelt men dat de schuldeiser en de schuldenaar moeten handelen met inachtnaam van de eisen van de redelijkheid en billijkheid (119).

Wegens het hoge technische karakter van de aanschaf van de computer en de onmogelijkheid om alle situaties in een contract te regelen, is het normaal dat deze bepalingen een belangrijke rol spelen. De moeilijkheid voor de rechter is te bepalen hoever hij mag gaan. De vraag rijst nl. gewoonlijk bij een aansprakelijkheidsvordering! Volgende twee probleemsituaties zijn specifiek voor de computerbranche:

1. De gebruiker kan in plaats van met een onafhankelijk expert met de leverancier een *consultancy — overeenkomst* sluiten. Deze laatste neemt dan de contractuele verplichtingen van een consultant op zich, naast die van leverancier. Wegens het belangenconflict tussen beide taken wordt echter algemeen aanvaard dat de verplichtingen niet zo ruim zijn als bij een onafhankelijk raadgever. Hij hoeft zijn producten niet te vergelijken met die van zijn concurrenten (120). De vraag of hij het nut en de rendabiliteit van het automatiseringsproject moet onderzoeken is onzeker. Hierover is nog geen rechtspraak. Indien men de praecontractuele aansprakelijkheid analoog zou toepassen, is hij hiertoe niet gehouden. Maar in principe slaat een consultancy — overeenkomst wel op de gehele procedure van aanschaf van een computer (121). Contractuele afwijkingen zijn natuurlijk steeds mogelijk, maar de overeenkomsten zijn vaag op dit punt! Onder de consultancy-overeenkomst valt in principe ook een bijstandsverplichting bij de implementatie van de gekozen computer.

2. Hedentendage wordt deze *bijstandsverplichting* ook zonder uitdrukkelijke clausule in het contract met de leverancier aanvaard (122). Zij geldt alleen tegenover onervaren personen (123). De grondslag van deze verplichting ligt in de uitvoering te goeder trouw van enerzijds de vrijwarings-



verplichting van de leverancier bij huur (art. 1721 BW) of koop (art. 1645 BW) en anderzijds de verbintenissen tot het verstrekken van een aantal bijkomende diensten, meestal technische hulp (onderhoud, opleiding van het personeel, enz...)(124). De speciale aard van het product en het gebrek aan ervaring leggen nl. een meer dan normale informatie- en waarschuwingsplicht op de leverancier(125). Daar de computer slechts optimaal kan werken binnen een aangepaste organisatie, omvat het technisch advies ook een beleidsadvies!

Tot deze bijstandsverplichting kan o.m. gerekend worden: de verwittiging om het oude systeem parrallel met het nieuwe in stand te houden tijdens de implementatieperiode(126) en het advies om gekwalificeerd personeel aan te werven(127).

Los van deze twee specifieke situaties kan hier misschien ook gewezen worden op de verplichting van de leverancier na het opstellen van de toepassingssoftware om deze geheim te houden. (zie ook infra nr. 44) Contracten zullen natuurlijk vaak van dit principe afwijken. Bij afwezigheid van contractuele bepalingen wordt hiertoe echter besloten op grond van de uitvoering ter goede trouw(128). De overdracht van know how heeft immers slechts zin als deze geheim blijft!

## **2. Het gebruik en het gebruikelijk beding(129)**

39. De contracten geven meestal zeer weinig ruimte voor *gebruikelijke bedingen*. De firma's voeren immers allemaal een eigen beleid waarvan de contractvoorwaarden een element vormen.

Ook het *gebruik* speelt slechts een minieme rol. De contacten tussen gebruikers en leveranciers zijn op dit ogenblik nog niet voldoende frequent om reeds van gebruiken te kunnen spreken. De klant is trouwens in ons geval vaak een buitenstaander die niet op de hoogte is van de computerpraktijken.

Een aspect dat hiermee zijdelings verbonden is, dient toch opgemerkt te worden, nl. het ontstaan van *overheidslastenboeken*. Evenals in de bouwnijverheid waar deze lastenboeken een niet meer weg te denken rol beginnen te spelen, is er in de computerbranche soortgelijke evolutie aan de gang(130). In het buitenland is deze beweging reeds ver gevorderd!(131) De Belgische reglementering betreffende informatica in de openbare diensten ligt vervat in art. 34 van de wet van 23 dec. 1974 betreffende de budgettaire voorstellen 1974-1975 en diens uitvoeringsbesluiten (132). Het geeft aan de Koning de bevoegdheid om voorwaarden vast te stellen waaraan alle verrichtingen worden onderworpen. In dezelfde gedachtengang wordt bepaald dat elke verrichting door de toezichhoudende minster aan de Koning ter goedkeuring moet worden voorgelegd(133). Hiernaast moet natuurlijk ook de wet van 14 juli 1976 betreffende overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in acht genomen worden(134).

### 3. De wet: kwalificatie van overeenkomsten

41. Buiten het algemeen verbintenissenrecht zijn er in het B. W. een aantal bepalingen voorzien voor bijzondere overeenkomsten. Deze overeenkomsten worden ook wel als benoemde overeenkomsten aangeduid en staan tegenover de onbenoemde en gemengde overeenkomsten. De laatste vormen de regel terwijl de benoemde overeenkomsten als uitzondering dienen gezien te worden (135). Het belang van deze kwalificatie kan zeer groot zijn. Niet alleen dienen partijen uitdrukkelijk af te wijken van de aanvullende bepalingen in de wetgeving. Bepaalde overeenkomsten worden zelfs dwingend geregeld!

42. We kunnen de contracten in de computerbranche indelen naargelang hun voorwerp: hardware, software of bijkomende dienstverlening. In de praktijk gebruikt elke firma echter haar eigen contracten die één of meerdere prestaties tot voorwerp kunnen hebben. Indien zowel hardware als software of bijkomende dienstverlening in één overeenkomst worden geregeld hebben we te maken met een gemengd contract. Een voorafgaande opmerking die nog dient onderzocht te worden, is of de verschillende contracten met de leverancier niet als één geheel kunnen aanzien worden. De huidige rechtspraak van het hof van Cassatie in verband met de exceptio non adimpleti contractus en art. 1184 BW ontkent elke juridische band tussen verschillende contracten, behoudens natuurlijk duidelijk contractuele verwijzingen (136). Er zijn niettemin toch heel wat argumenten aan te halen voor een contracteenschap: (137)

— een meerderheid van contracten betekent niet automatisch het afwijken van elke band tussen deze contracten;

— de bepalingen in de contracten vormen meestal geen hinderpaal;

— alle contracten staan ten dienste van hetzelfde doel: de automatisering van een bedrijf;

— de onderhandelingen tussen gebruiker en leverancier gaan vaak over alle contracten samen;

— bij twijfel dienen standaardvoorwaarden tegen de opsteller te worden uitgelegd (zie supra nr. 34). In dit geval betekent een opsplitsing meestal een beperking van de actiemogelijkheden van de gebruiker.

Zulke contracteenschap gaat in de richting van een contract «sleutel op de deur» of een «engineeringcontract» (138). De contractuele beperkingen blijven echter bestaan, voornamelijk in verband met de implementatie van de computer die ten laste van de gebruiker blijft. Deze contracteenschap belet de rechter ook niet om o.m. op grond van de gemeenschappelijke bedoeling van de partijen aan te nemen dat ieder van de overeenkomsten onderworpen blijft aan de eigen vaststaande regels (139).

43. hardware:

Contracten in verband met de levering van hardware zijn het gemakkelijkst te kwalificeren. Zoals hoger reeds is uiteengezet hebben we drie mogelijkheden: koop, huur en leasing.

Alleen bij leasing kunnen er problemen rijzen. Leasing of financieringshuur (140) heeft als essentiële kenmerken (141) een driedelige partijenrelatie, het financieringsaspect van de operatie en de optie tot aankoop bij het einde van de huurovereenkomst. In de computerbranche gebruikt men dikwijls de term operationele leasing om een huurovereenkomst voor een onopzegbare periode van langer dan één jaar aan te duiden (142).

#### 44. Software:

Software is een onlichamelijk goed dat als know how kan beschouwd worden zolang de huidige inefficiëntie van haar bescherming voortduurt (143). Dit gebrek als intellectueel eigendomsrecht uit zich bij de overeenkomsten met betrekking tot software. Know how overeenkomsten hebben immers slechts zin zolang de know how geheim blijft (144). Ondanks dit onderscheid wordt dezelfde terminologie gebruikt: licentie en cessie (145).

Deze overeenkomsten worden traditioneel als onbenoemde contracten aangeduid. Noch huur noch koop omvatten hen volledig (146). De Franse auteur Magnin gaat zelfs over tot de kwalificatie van aanneming! Daar waar een overeenkomst inzake een industrieel recht immers steeds een onthouden als voorwerp heeft, veronderstelt een know how overeenkomst in principe een positieve daad van de bezitter (147). Het belang van deze opwerping komt voornamelijk terug bij de vrijwaringsverplichtingen (zie infra nr. 65).

Rekening houdend met dit kunnen we volgende kwalificaties voorop stellen:

— *systeemsoftware* (148): licentieovereenkomsten, d.w.z. een niet exclusief en onvervreemdbaar gebruiks- en genotsrecht; (149)

— *Toepassingssoftware*: programmapakketten: idem (bepaalde diensten kunnen inbegrepen zijn); tailor-made programmatuur: de ontwikkeling en levering van software kan als een aanneming van intellectueel werk beschouwd worden (150). De geheimhouding van de know how is als een toepassing van de uitvoering te goeder trouw te zien (151). Meestal wijken de contracten echter af. Contractpartijen kunnen nl. vrij de rechten op de software onder elkaar verdelen. Zo kan de aannemer zich het recht voorbehouden op de software en een licentie toestaan aan de gebruiker.

#### 45. Dienstverlening:

Leveranciers bieden nog verschillende soorten diensten aan ter aanvulling van boven vernoemde contracten. De voornaamste zijn wel:

— *consultancy-overeenkomst*: volgens sommige auteurs is dit een onbenoemd contract (152) terwijl volgens anderen het te kwalificeren is als een aanneming van intellectueel werk (153). In de praktijk is het verschil hier miniem.

— *Onderhoudscontract*: een aanneming van materieel werk.

## b. De aard van de verbintenissen

46 Het onderscheid tussen *inspannings- en resultaatsverbintenis* heeft belangrijke implicaties op het vlak van de bewijslast, met name de inhoud van het door de schuldeiser te leveren bewijs (154). Maar eigenlijk reikt dit onderscheid verder dan de kwestie van de bewijslast. Het voorwerp zelf van de verbintenis, de inhoud en de draagwijdte van de aangegane verbintenis wordt er wezenlijk door beïnvloed, wat van groot belang is voor de uitstippeling van de contractuele aansprakelijkheid (155).

Een resultaatsverbintenis houdt in hoofde van de schuldenaar de verplichting in een welbepaald resultaat te bereiken, de inspanningsverbintenis daarentegen behelst in hoofde van de schuldenaar de verplichting al het nodige te doen om het beloofde resultaat te bereiken (156).

47. Verschillende *criteria* kunnen worden aangewend om het onderscheid tussen inspanningsverbintenissen en resultaatsverbintenis af te lijnen. Vooreerst dient men natuurlijk naar de overeenkomst zelf te kijken (157). Is deze duidelijk dan is elk verder onderzoek overbodig. Bij twijfel dient men na te gaan of de prestatie die beloofd is, bepaald of onbepaald is. In het eerste geval staan we voor een resultaatsverbintenis, in het tweede voor een inspanningsverbintenis (158).

De rechtspraak hanteert vaak als criterium het «aléa» indien ze niet uit de overeenkomst zelf de bedoeling van de partijen kan halen. Telkens het resultaat van het nauwgezet gedrag van de schuldenaar onzeker is, is het een inspanningsverbintenis (159). Om de graad van onzekerheid te bepalen, bestaan er een aantal richtlijnen zoals de actieve of passieve rol van de schuldeiser, de mogelijkheid tot verzekering, vergelijking met de huidige stand van de wetenschap en techniek, enz... (160).

48. In de *computerbranche* speelt dit onderscheid een enorme rol dat alles staat of valt met de verdeling van de bewijslast. Men kan zich trouwens de vraag stellen waarom de rechter in deze materie geen gebruik maakt van art. 871 Ger. Wb. : «De rechter kan niettemin aan iedere gedingvoerende partij bevelen het bewijsmateriaal dat zij bezit, over te leggen». (162)

49. Men moet een onderscheid maken tussen het uiteindelijke doel dat men nastreeft, nl. de automatisering van een bedrijf, en de objectieven die de verschillende contracten nastreven.

Slechts bij de «*engineeringcontracten*» kan van een resultaatsverbintenis tot het eerste sprake zijn. In dat geval moet aan de leverancier de bevoegdheid gegeven worden tot het inrichten van de informatica-afdeling en de herorganisatie van de onderneming (163). Zolang dit niet is toegestaan, is er slecht sprake van een advies- of bijstandsverplichting. Deze is een inspanningsverbintenis, onafhankelijk van het feit of er al dan niet een consultancy-overeenkomst is gesloten met de leverancier (164). Hieraan doet het feit dat de verschillende contracten als één geheel zouden aanzien

worden geen afbreuk!(165) Het stellen van een termijn in het contract waarbinnen de computer bepaalde diensten moet presteren, is derhalve een potestatieve voorwaarde. Zij hangt nl. af van de actie van de gebruiker (166). Het op voorhand vastleggen van een gebruik is aan hetzelfde principe onderworpen (167).

Hiertegenover is het *afleveren van de bestelde machine* wel een resultaatverbintenis. Deze moet aan alle gestelde eisen voldoen. Ook «pres-tatievereisten» horen hiertoe. Wanneer een firma in haar contract verzekert dat een machine aan de behoeften van de gebruiker voldoet (al of niet gespecificeerd in kwantitatieve normen in het lastenboek) dan is zij verplicht zulke machine af te leveren (168). Moeilijkheid is hier wel het bewijs van de over- of ondercapaciteit (169). Dit dient nl. «in abstracto» los van de concrete toepassing in het bedrijf te gebeuren. Buiten de aanstelling van een expert (170) zou de rechtbaak ook aan de leverancier een positief bewijs kunnen opleggen (171). Deze heeft immers meestal meerdere machines in gebruik bij cliënten. De gebruiker dient tenslotte steeds rekening te houden met de inlooperperiode waarin storingen normaal zijn (172). Dit houdt geen tekortkoming aan de leveringsplicht in!

In tegenstelling tot de levering van hardware wordt het *opstellen en ontwikkelen van de software* door de rechtsleer en de rechtspraak als inspanningsverbintenis aangeduid (173). Ook hier steunt men op de noodzaak tot samenwerking (174). Belangrijke vertragingen en een onbevredigend eindresultaat maken echter een fout uit (175). Niettegenstaande de samenwerking zou men nochtans toch tot een resultaatverbintenis kunnen besluiten daar de eigenlijke werkzaamheden steeds onder de verantwoordelijkheid van de software-leverancier geschiedt. De gebruiker heeft geen echte actieve inbreng, ofschoon hij wel een zeker controlerecht behoudt. Daarbij werkt men steeds naar een bepaald resultaat toe zij het in verschillende stadia! Zelfs al houdt het opstellen van software steeds een zeker risico in, dan nog is het aan de leverancier om dit risico op voorhand te schatten en in het contract vast te leggen! (zie ook infra nr. 65) (176).

Het aandeel van de gebruiker bestaat hoofdzakelijk uit drie delen:

- vooreerst het ter beschikking stellen van de nodige gegevens voor het uitvoeren van functionele analyse (177);
- vervolgens het controleren van het analysedossier;
- tenslotte het testen van de geleverde programma's.

Dit laatste gebeurt ook door de leverancier maar dan met testbestanden opgesteld door de gebruiker!

De controle van het analysedossier is zeer belangrijk in de praktijk. Het is nl. door dit analysedossier en het lastenkohier dat het resultaat wordt bepaald! Het dossier bevat immers een volledige omschrijving van de uit te voeren programma's. Door zijn goedkeuring te verlenen verklaart de gebruiker derhalve dat het voldoet aan de door hem gestelde eisen in het lastenkohier. Het is duidelijk dat de leverancier alle mogelijke hulp en informatie dient te verstrekken om deze controle zo efficiënt mogelijk te laten verlopen.

Dat *programmapakketten* aan de gestelde eisen moeten voldoen (zoals de hardware) is duidelijk. De leverancier dient de mogelijkheden van deze programma's te kennen (zie ook infra nr. 65)(178). Dit is juist hun kenmerk! Naarmate ze echter aangepast dienen te worden aan de specifieke toestand van de gebruiker, kan ik verwijzen naar de behandeling van de «tailor-made» programmatuur.

50. Uit het voorgaande blijkt nogmaals het belang van een duidelijke *omschrijving* van de gewenste hardware en software in het contract. De gebruiker heeft er alle belang bij dat het lastenkohier en de offerte bij de overeenkomst gevoegd worden (zie supra nr. 36). De huidige bijlagen bevatten meestal niet meer dan de technische benaming van het toestel. Ook voor software dienen een aantal normen te worden vastgelegd. Dit dient normaal te gebeuren door een gedetailleerde omschrijving van de behoeften van de gebruiker en een duidelijk afgebakende opdrachtverlening.

Tevens dient er een *testperiode* ingelast te worden. Voor de hardware (incl. de systeemsoftware) dient deze periode te bestaan uit twee delen: enerzijds een termijn om de conformiteit van het geleverde te testen en anderzijds een periode waarin de betrouwbaarheid kan gecontroleerd worden. Onder betrouwbaarheid wordt de operationele beschikbaarheid van het systeem verstaan; het is een waarborg in verband met de duldbare frequentie en de duldbare duur van storingen. De standaardvoorwaarden reppen natuurlijk met geen woord over dit begrip. Niettemin is het in dit contract en niet in latere onderhoudsovereenkomsten dat het moet voorzien worden. Deze moeten de regeling hierin verwerkt alleen maar trachten te behouden(179).

Voor de toepassingssoftware zijn tests de enige mogelijkheid om de geleverde waar te controleren. Tests alleen kunnen echter geen bewijs vormen van een volledig foutloos programma. We moeten maar denken aan de noodzaak om tijdens de implementatieperiode het oude systeem naast het nieuwe in stand te houden. (zie ook infra nr. 65)

## **c. Uitvoering, ontbinding en aansprakelijkheid**

### **c.1. algemeen**

51. In het vorige hoofdstuk is voornamelijk de draagwijdte van de verschillende contracten onderzocht. Wat zijn nu de sancties bij niet-uitvoering van de bedongen prestaties?

Vooreerst kan de schuldeiser overgaan tot dwanguitvoering. Deze kan rechtstreeks (in natura) of gelijkwaardig (bij equivalent) zijn. Rechtstreekse uitvoering verdient echter steeds de voorkeur, zelfs ondanks art. 1142 BW(180). Daarnaast heeft hij ook de mogelijkheid om bij verbintenissen om iets te doen of niet te doen een machtiging te vorderen om zelf de verbintenis te doen uitvoeren op kosten van de schuldenaar. (art. 1144

BW)(181) Tenslotte voorziet art. 1184 BW nog een bijkomende uitweg voor de wederkerige contracten. Hier is ook ontbinding al dan niet met schadevergoeding mogelijk. Dit stilzwijgend ontbindend beding staat tegenover het uitdrukkelijk door partijen in het contract gestipuleerde beding. Voor een ontbinding kan de niet-uitvoering zowel totaal als gedeeltelijk zijn (182). Ook een laattijdige uitvoering kan volstaan (183). De tekortkoming dient echter ernstig genoeg te zijn om een ontbinding te rechtvaardigen (184). De niet-uitvoering moet ook toerekenbaar zijn aan de in gebreke zijnde partij. Voor de beoordeling hiervan gelden dezelfde regels als bij de contractuele aansprakelijkheid (185). Centraal staat hierin het onderscheid tussen resultaatsverbintenis en inspanningsverbintenis (186). Naast deze algemene sancties zijn er nog de specifieke in de regeling van de bijzondere overeenkomsten. Zo zijn er o.m. de vrijwaringverplichtingen bij de koop (art. 1625 e.v. BW) en bij de huur (art. 1719-1721 BW). Ook voor aanneming zou een vrijwaring voor verborgen gebreken gelden zelfs voor andere werken dan bedoeld in art. 1792 BW (187). Er is tevens de mogelijkheid tot eenzijdige opzegging van een aannemingscontract mits schadeloosstelling (art. 1794 BW).

## c.2. contractuele clausules

### 1. Exoneratiebedingen

52. De standaardvoorwaarden bevatten meestal een aantal bepalingen die de aansprakelijkheid van de leverancier beperken of zelfs volledig uitsluiten.

Een eerste onderscheid dat we dienen te maken is dat van de *exoneratie* van contractuele en extra-contractuele aansprakelijkheid. Dit onderscheid is reeds vroeger aan bod gekomen bij de behandeling van de pracontractuele aansprakelijkheid.

Binnen de contractuele aansprakelijkheid dienen we het bijzonder regime van de koop te onderscheiden. Hiervan kan de leverancier immers niet afwijken. Dit kan hij wel bij de huur- en aannemingsovereenkomsten. Ook in deze contracten is immers een regeling van verborgen gebreken voorzien! (188) De vraag naar de invloed van «een vermoeden van kennis van verborgen gebreken» door een professionele verhuurder of aannemer naar analogie van de koop is nog maar weinig aan bod gekomen (189). Voor eerst kan men stellen dat loutere kennis niet noodzakelijk bedrog impliceert (190). Er is immers ook kwade trouw vereist en er moet een verplichting bestaan om de medecontractant te informeren. Naar analogie met de toepassing van art. 1116 BW zou men kunnen stellen dat alleen een gekleurd stilzwijgen wordt gesanctioneerd, d.w.z. indien de begeleidende omstandigheden het bedrieglijk karakter van het stilzwijgen in het licht stellen (191). In deze zin zal het vermoeden van kennis derhalve weinig gevolg hebben. De kwade trouw scheidt immers de meeste bewijsproblemen terug. Daarnaast rijst echter de vraag in welke mate de regels van de

koop toepasselijk zijn naar analogie. Deze vraag lijkt voornamelijk bij de aanneming te rijzen. Bij huur is er immers geen definitieve overdracht. De huidige rechtspraak heeft deze stap echter nog steeds niet gezet (192). Naast de garantieverbintenissen zijn er echter nog de prestatieverbintenissen. Bij deze laatste is exoneratie steeds mogelijk behoudens natuurlijk de gewone regels. Bedrog kan niet worden uitgesloten. Tevens mag de clause niet elke zin en inhoud aan het contract ontnemen. Tenslotte dringt een strikte interpretatie zich op (193).

53. Het *belang* van het al dan niet exonereerbaar zijn van de aansprakelijkheid is in de computerbranche zeer groot. Eén van de specifieke kenmerken van het gebruik van een computer is nl. juist de «*schaalvergroting*» (194). Een computer integreert een aantal voorheen afzonderlijke uitgevoerde taken tot één procedure. Tevens streeft men bedrijfseconomisch steeds naar een zo groot mogelijke bezettingsgraad van één computer. Men verkrijgt derhalve een concentratie van handelingen en dus ook van verantwoordelijkheid. Een voorbeeld zal dit enigszins verduidelijken. Een uitgeverij besluit zijn administratie te automatiseren. Alle abonnees worden derhalve in de computer gebracht. Deze verzorgt o.m. het opsturen van de tijdschriften, het innen van de rekeningen, enz... Bij de implementatie doen er zich echter moeilijkheden voor. Wegens de overbelasting van het personeel dat nu tegelijkertijd het oude systeem in stand moet houden en vertrouwd moet worden met de computer, kunnen niet alle fouten worden hersteld en al vlug stromen de klachten binnen. De leverancier tracht ondertussen de programma's te corrigeren, maar zonder merkbaar resultaat. Als gevolg van deze aanslepende moeilijkheden ziet de uitgeverij haar abonnees' aantal constant dalen zodat ze uiteindelijk gedwongen wordt om terug volledig over te schakelen op het oude systeem. Resultaat: een bedrijf met een nutteloze machine, dat een enorm verlies geleden heeft en dat haar reputatie opnieuw moet opbouwen!

54. De schade kan al vlug tot grote bedragen oplopen. Het lijkt dus niet meer dan billijk dat de leverancier zich kan exonereren tot een bepaalde hoogte. Vraag is echter of hij niet te ver gaat en alles ten laste van de gebruiker legt! Om deze vraag te beantwoorden dienen we de contracten zelf te onderzoeken.

Vooraleer hiertoe over te gaan nog even volgende verduidelijkingen. Op een leverancier rust een *dubbele garantieplicht*: enerzijds het ongestoorde bezit van de verkochte zaak aan de gebruiker te bezorgen (vrijwaring voor uitwinning) en anderzijds hem het nuttig gebruik ervan te waarborgen (vrijwaring tegen verborgen gebreken). Daarnaast behandelen we *twee prestatieverbintenissen*: de leveringsplicht en de bijstandsverplichting.

Zowel voor de garantieverbintenissen als voor de prestatieverbintenissen dienen we een onderscheid te maken tussen hardwarecontracten en softwarecontracten.



55. *De hardwarecontracten.* De regeling in de koopovereenkomst is nagenoeg identiek aan die van de huurovereenkomst. De gevolgen verschillen echter door een andere wettelijke regeling (zie supra nr. 52).

Behoudens voor eigen daad kan een verkoper zijn vrijwaringsplicht tegen *uitwinning* uitsluiten (art. 1627-1628 BW). Maar zelfs in dit geval blijft op hem de verplichting rusten om bij uitwinning de prijs terug te geven. (art. 1629 BW)(195). Dit is belangrijk daar bepaalde contracten de koper slechts een recht geven op het bedrag van de waarde van de machine na afschrijving of zelfs elke vergoeding ontzeggen! Wel voorzien sommige contracten de mogelijkheid een vervanging of wijziging. Dit kan nuttig zijn!(196)

Bij huur daarentegen kan de verhuurder zich wel volledig exonereren. De vraag stelt zich wel of zulke clause niet elke zin en inhoud aan het contract ontnemt. Op zijn minst dient men toch een mogelijkheid van vervanging of wijziging te voorzien!

56. De vrijwaring voor *verborgen gebreken* vindt men bij de koop terug in de art. 1641 e.v. BW. Ook bij de huur is dergelijke garantie gegeven (197). Hiervan mag echter afgeweken worden in het contract!

57. Volgens de huidige rechtsleer en rechtspraak moet een «*gebrek*» worden geïnterpreteerd in functie van de verwachtingen van de gebruiker. Normaal worden deze verwachtingen in de objectieve zin beoordeeld, d.w.z. in die zin dat de zaak geschikt moet zijn voor het normale gebruik dat men van haar maakt(198). Indien de verwachtingen van de gebruiker afwijken van de normale, zal de leverancier slechts aansprakelijk zijn indien hij de bijzondere doeleinden van de gebruiker kende of moest kennen(199). Het is dan ook belangrijk om zijn lastenkohier op een correcte wijze op te stellen. Maar zelfs indien dat niet gebeurt, bestaat er in hoofde van de leverancier nog een zeker vermoeden dat hij op de hoogte was van de toestand bij de gebruiker (zie supra nr. 24 voornamelijk noot 81). In de praktijk komen zijn vertegenwoordigers trouwens meermaals bij de gebruiker voor het opstellen van een offerte en nadien het uitwerken van het contract.

In welke mate de clauses die de volledige verantwoordelijkheid van de keuze van de computer op de cliënt leggen of die bepalen dat de klant bevestigt de technische mogelijkheden en beperkingen van de apparatuur te kennen(200), een invloed hebben op deze ruime definiëring van het gebrek is onzeker. De leverancier zou kunnen opwerpen dat het vermoeden van kennis van de toestand van de gebruiker hierdoor wordt uitgeschakeld! Dit laatste is belangrijk bij de koop omdat de professionele verkoper vermoed wordt behoudens onoverwinnelijke onwetendheid het verborgen gebrek te kennen. Hierin is echter niet de kennis van de bijzondere doeleinden van de koper begrepen zoals hoger blijkt!

Bij de huur is deze beschouwing minder belangrijk omdat ze vaak reeds onder de algemene exoneratieclause valt!

58. Voor de koop kunnen we nog volgende opmerkingen maken. Het gebrek dient *verborgen* te zijn. Zichtbare gebreken worden door de aanvaarding gedekt. Het is aan de verkoper om te bewijzen dat de cliënt het gebrek kende of behoorde te kennen (201). In die zin kan het voor hem belangrijk zijn een aantal tests te laten uitvoeren waar de cliënt bij aanwezig is. Tevens dient het gebrek *vóór* het sluiten van de koop te bestaan. Wat deze vereiste betreft, wordt algemeen aanvaard dat het voldoende is dat het gebrek «in de kiem» bestond bij het sluiten van de koop (202). Tenslotte is er nog één belangrijke voorwaarde. De vordering dient ingesteld te worden binnen *een korte termijn*. Voor de bepaling van de duur van de termijn en van het vertrekpunt (hetzij de levering, hetzij de ontdekking van het gebrek) moet rekening gehouden worden met de aard van het gebrek. Er moet met name onderzocht worden of het gebrek normalerwijze zich heeft kunnen openbaren door het gebruik van de zaak (203). Eveneens dient ook nog gewezen te worden op twee feiten die *geen gebrek* zijn: pannes tijdens de implementatieperiode en bij wijziging van de programmatuur (205).

59. Wanneer aan bovenvermelde eisen is voldaan, is de verkoper in principe gehouden tot schadevergoeding. Door een vermoeden van kennis dat de rechtspraak in het leven heeft geroepen tegen de professionele verkopers, omvat deze schadevergoeding niet alleen de prijs, maar tevens alle andere schade die de koper geleden heeft! (art. 1645 BW) Hetzelfde vermoeden laat aan de verkoper ook niet toe om zich voor deze aansprakelijkheid te exonereren. (art. 1643 BW) Tegenbewijs door de verkoper wordt slechts aanvaard indien «onoverwinnelijke onwetendheid» kan worden aangetoond! (206)

De verkoper tracht steeds deze verplichting te omzeilen of op zijn minst te verlichten via *waarborgclausules*. Zoals reeds is gesteld zijn deze clausules in principe slechts geldig in zover ze de waarborg in de wet vastgelegd, niet beperken (207). Een aanzienlijk gedeelte van de lagere rechtspraak en ook een aantal rechtsgeleerden gaan hiermee niet akkoord of willen dit op zijn minst nuanceren (208). Zulke clausules zullen dus niet steeds zonder gevolg blijven! Het hof van Cassatie blijft in beginsel echter vasthouden aan het vermoeden!

Een eerste punt dat in de waarborg is geregeld, is de korte termijn. Men aanvaardt algemeen dat dit toegelaten is, zolang het op een redelijke manier gebeurt (209).

Vervolgens treft men in alle contracten de clause aan die de waarborg beperkt tot het herstellen of vervangen van de gebrekkige zaak. Deze clause is geldig in zoverre ze op minder ernstige gebreken slaat. In dat geval is er immers geen ontbinding mogelijk maar wel een prijsvermindering. De vervanging zal hetzelfde effect hebben. Bij ernstige gebreken is dit echter niet zo! (210)

Tenslotte zijn er de clausules die de schadevergoeding tot een bepaald bedrag beperken of slechts vergoeding voor een bepaald soort schade

toestaan (211). Ook deze zijn in principe niet geldig. Hieronder vallen natuurlijk ook de clausules die vrijwaring tegen vorderingen van derden inlassen (212).

60. Bij de huur is exoneratie wel geldig in principe. Dit gebeurt veelal voor alle indirecte schade (213). Het onderhoud van de machine wordt natuurlijk wel gegarandeerd zij het vaak tegen een afzonderlijke vergoeding!

61. *De levering* wordt in beide contracten identiek geregeld. Hierbij staat de leveringstermijn of -datum natuurlijk centraal. Slechts in een uitzonderlijk geval wordt er een schadebeding opgenomen ten voordele van de gebruiker bij laattijdige levering. Dit kan nochtans als de billijkste oplossing beschouwd worden. Meestal wordt de leveringsdatum echter als louter informatief opgegeven en ontnemt men elke aanspraak op schadevergoeding. Bij onredelijk laattijdig optreden kan evenwel toch schadevergoeding gevraagd worden (eventueel met ontbinding). Men valt hier nl. onder de theorie van de partijbeslissing. (zie supra nr. 19 c) In dit geval ontnemt de exoneratie zeker elke zin en inhoud aan het contract!

62. Naast de leveringsverplichting is er nog de *bijstandsverplichting* die als uitvoering te goeder trouw van het contract door de rechtspraak is aanvaard. (zie supra nr. 37) Enkele contracten exonereren zich uitdrukkelijk voor deze verbintenis. Anderen stellen hun aansprakelijkheidsclausules zo ruim op dat ook prestaties er onder vallen. Niettemin doet men er goed aan dit nauwgezet te controleren. Er zijn nl. firma's die hierover niet duidelijk uitsluitsel geven. In zulk geval kan men zowel de strikte interpretatie van exoneratieclausules als de uitlegging tegen de opsteller van de standaardvoorwaarden inroepen om schadevergoeding te bekomen!

Opgemerkt dient nog dat volgens Savatier elke exoneratie in dit verband ongeldig is omdat ze elke zin en inhoud aan het contract ontnemt (214). In welke mate dit hier geldt, is onzeker. Het gaat nl. maar om een bijkomende verbintenis. Men dient derhalve te onderzoeken of het contract staat of valt met de desbetreffende bijstand.

63. *Softwarecontracten*: Er is reeds vroeger gewezen op het gebrek aan efficiënte bescherming van een programma (zie supra nr. 44). De kans voor *uitwinning* is derhalve zeer gering. Bij mijn weten is er tot hiertoe nog geen geding hierover aanhangig geweest in België. In de toekomst kunnen er echter meer problemen ontstaan. Naarmate immers meer mensen gebruik maken van een eigen (micro)computer, zal ook de handel in programma's toenemen. Technisch is het daarbij zeer eenvoudig om programma's te kopiëren! Hiertegen is de leverancier natuurlijk wel gewaand met het auteursrecht (215).

64. Belangrijker zijn echter de contractuele bepalingen in verband met

*programmafouten*. Zowat alle leveranciers sluiten elke aansprakelijkheid uit voor:

- indirecte schade (zie supra noot 213);
- schade aan derden.

Tevens wordt de vergoeding van de rechtstreekse schade beperkt tot een bepaald bedrag (216) of/en vervangen door een waarborg van kosteloos herstel. Meestal is dit laatste beperkt tot een bepaalde termijn! (217) Bij programmapakketten vindt men eveneens bepalingen die de verantwoordelijkheid voor de keuze uitsluiten. (zie supra nr. 24)

65. Ik heb tot hiertoe bewust de term «*verborgen gebreken*» vermeden. Nochtans wordt, zoals hoger vermeld, ook bij aanneming (218) deze constructie gebruikt. Een gedeelte van de rechtsleer streeft zelfs ernaar om het regime van de koop analoog op de aanneming te laten toepassen! (zie supra nr. 52) De verklaring hiervoor ligt in de aard van software. Kan software werkelijk als een afgewerkte zaak beschouwd worden of dient het eerder omschreven te worden als «een advies naar best vermogen»? (219)

Ten voordele van laatste stelling kan men o.m. aanhalen dat software niets meer is dan een werkwijze, een procédé dat in steeds wijzigende omstandigheden wordt toegepast. Het is niet zoiets als een plan van een huis. Dit vindt immers zijn fysische realisatie in het huis! Is het één fout, dan is het andere dit ook! Software blijft echter steeds onlichamelijk.

Anderzijds kan men dan weer wijzen op het feit dat software vastgelegd wordt in informatiedragers. Ze is dus herhaalbaar en controleerbaar!

Naarmate nu een bepaald goed controleerbaar is, kan ik ook spreken van een gebrek. Het is trouwens deze redenering die aan de grondslag ligt van het vermoeden van kennis bij koopovereenkomsten. Professionele verkopers hebben immers de mogelijkheid om hun product na te kijken! (220) Software is echter slechts controleerbaar door middel van tests. Wat zijn de gevolgen hiervan?

— Vooreerst garanderen tests geen foutloos programma. Er wordt alleen aangetoond dat de software een voldoende graad van perfectie bezit om betrouwbare resultaten af te leveren gegeven een bepaalde concrete situatie of m.a.w. er wordt bewezen dat ze de gewenste taken in de normale (gekende) omstandigheden kan uitvoeren (221). Maar het is onmogelijk om alle situaties te voorzien!

— Er zijn geen verborgen gebreken. Als men fouten ontdekt, verbetert men hen. Het is natuurlijk wel belangrijk dat de tests ernstig worden uitgevoerd! De laatste tijd echter laten de leveranciers de gebruikers aanvaardingstesten uitvoeren. Hierdoor worden klachten wegens ernstige fouten natuurlijk opgevangen! (222)

— Fouten die direct na de aanvaarding ontdekt worden, dienen onderscheiden te worden van de eigenlijke fouten die soms jaren nadien opduiken. Bij de eerste soort zal de schade gewoonlijk nog gering zijn. De gebruiker kan immers nog steeds op zijn oud systeem terugvallen (223).

Een later «ontdekte» fout kan daarentegen een enorme schade veroorza(a)k(t)en (hebben). Nu zijn het juist de eersten die veelal nog onder een contractuele waarborg vallen, maar de tweede soort niet ! De termijn in het contract is hiervoor te kort ! (224)

— Uiteindelijk komt voorgaande beschouwing neer op de vraag wie zich tegen de tweede soort van fouten zal moeten verzekeren. Beide partijen zijn immers even onschuldig. Natuurlijk dient eerst onderzocht te worden of de schade wel te verzekeren is.

— Tenslotte is het onderscheid tussen softwarepakketten en tailor made software ook belangrijk. In het eerste geval zal de leverancier de specifieke toestand van de gebruiker immers minder goed kennen, ondanks het vermoeden dat tegen hem geldt (225). Het programma is ook niet specifiek gemaakt voor de gebruiker. Het dient alleen een bepaalde veel voorkomende taak aan te kunnen. Belangrijk in dit geval is echter wel dat de leverancier zowel de grenzen van zijn programma, als de draagwijdte van eventuele fouten uiteenzet ! Deze *waarschuwing* dient verder te gaan dan een loutere kennisgeving dat op een bepaald punt iets fout kan gaan. Zij zijn nl. een waarborg tot het vermijden van onredelijk gevaar waarvan men anders onbewust is ! (226) Een exoneration hiervoor ontnemt elke zin en inhoud aan het contract.

Tenzij de rechtspraak haar houding ten aanzien van de vrijwaring voor verborgen gebreken wijzigt, veranderen deze bedenkingen echter weinig aan de geldigheid van de exonerationclausules. De normale regels blijven natuurlijk wel van toepassing :

- bedrog mag niet worden uitgesloten ;
- aan het contract mag niet elke zin en inhoud ontnomen worden ;
- de clause dient strikt geïnterpreteerd te worden.

66. Inzake de *twee prestatieverbintenissen* (levering en bijstand) is er veel overeenkomst met de hardwarecontracten. De leveranciers bepalen geen vaste leveringsdatum. Bij de opstelling van software komt daarbij nog meestal de clause voor dat bij wijziging van omstandigheden of onverwachte moeilijkheden het contract herzien kan worden. Aangezien de rechtspraak aanvaardt dat het om een inspanningsverbintenis gaat, is hiertegen weinig in te brengen. Men zou nochtans zulke actie kunnen beperken tot aan de goedkeuring van het analysedossier. Dan weet de leverancier immers volledig hoe de zaken staan. (zie supra nr. 49).

## 2. Uitdrukkelijk ontbindend beding

67. Verschillende firma's voorzien de ontbinding van rechtswege als sanctie op de verplichtingen van de gebruiker. Dit zijn voornamelijk de verplichting tot betaling van de koopprijs, de onderhoudsvergoeding of de huur binnen de gestelde termijnen en de verplichting tot geheimhouding van de software. Tevens is meestal uitdrukkelijk de mogelijkheid van faillissement of concordaat voorzien. Deze clause heeft echter slechts

effect in die mate dat de leverancier zijn wil uitgedrukt heeft door een kennisgeving aan de gebruiker voor het faillissement of het concordaat (227). Een andere mogelijkheid is om een bepaalde gebeurtenis voor de betreffende uitspraak als ontbindende voorwaarde aan te duiden. Op te merken valt nog dat men in de contracten tot opstelling van software eerder zal opteren voor de eenzijdige opzegging die geen terugwerkende kracht heeft (228). Hierdoor behoudt men immers het recht op de vergoeding van het reeds gepresteerde werk.

#### IV. Besluit

68. Gezien het toenemend democratiseringsproces van het gebruik van computers zullen ongetwijfeld het aantal moeilijkheden en dus ook betwistingen gaan stijgen. De leveranciers worden nu immers met onervaren gebruikers geconfronteerd.

Twee problemen in verband met de aanschaf van een computer zijn in deze bijdrage voortdurend teruggekomen: het gebrek aan objectieve informatie voor de onervaren kandidaat-gebruiker en de eenzijdig opgestelde standaardvoorwaarden. Van dit laatste kunnen volgende feiten bijvoorbeeld getuigen: geen vaste prijs, geen vaste leveringstermijn, de vierhoeken-clausule, een steeds dreigende ontbinding, zeer ver gaande exoneration, enz...

Het recht heeft op een genuanceerde manier aan deze problemen trachten tegemoet te komen. Enerzijds heeft het nl. een beperkte informatieplicht aan de leverancier opgelegd. Anderzijds tracht het de draagwijdte van de standaardvoorwaarden door een strikte interpretatie te beperken. Voor bepaalde clausules geldt daarnaast nog een bijzonder regime.

69. Deze maatregelen zijn echter niet voldoende. De gebruiker deelt meestal mee in de aansprakelijkheid zodat het vonnis voor hem weinig voordeel oplevert!

Men verwijt hem hierbij een gebrek aan voorzichtigheid. Op hem rust immers in de eerste plaats de plicht om zijn behoeften aan automatisering vast te stellen en zijn objectieven te formuleren. Hij dient ook op de hoogte te zijn dat er moeilijkheden kunnen voorkomen bij de implementatie. Kortom, hij mag zulke belangrijke stap als de aanschaf van een computer slechts doen na een degelijke voorbereiding.

Hiernaast spelen de standaardvoorwaarden een belangrijke rol. Zij verhinderen veelal nog om met enige kans van slagen een vordering in te stellen. Ondanks hoger vermelde beperkingen geldt het contract immers nog als wet!

De rechtsleer streeft dan ook naar een nog betere bescherming van de gebruiker voornamelijk door:

- vooreerst de risico's van dergelijke operatie duidelijk in het licht te stellen;
- alternatieve clausules uit te werken voor de standaardvoorwaarden;

- aan te sporen om technisch en juridisch advies in te winnen;
- tenslotte bij eventuele mislukking, de drempelvrees voor de rechtbank helpen te overwinnen.

(\*) Deze bijdrage kwam tot stand in het raam van de cursus «Grondige vraagstukken burgerlijk recht III» aan het U.I.A. tijdens het academiejaar 1980-1981.

- (1) *Datanews*, nr. 20, 28 okt. 1980, 2 en nr. 24, 23 dec. 1980, 2.
- (2) DE WINTER, L., Is informatie een zegen of een plaag voor de K.M.O.? *Trends*, 15 juni 1979, 141.
- (3) VANDENBERGHE, G., De aansprakelijkheid van de computerconstructeur, *R.W.*, 1978-1979, kol. 75-78: drie voorbeelden.
- (4) K.M.O. Computer selectie en aanschaf. Ervaringen van de bedrijfsconsulenten, *Econ. en Soc. Inst. voor de Middenst.*, 15-17.
- (5) KUITENBROUWER, F., De IBI-wereldconferentie over het beleid inzake transnationale gegevensstromen. Rome, 23-27 juni 1980, *Informatie*, 1980, 839-840.
- (6) zie o.m. noot 4; ook het R.V.A. organiseert bepaalde cursussen.
- (7) I.B.M., *Een kleine computer kan een groot verschil maken, Een inleiding tot computergebruik*, 1979, 11.
- (8) STRUYS, W., *Cursus informatica*, 2e jaar boekhouding, Sint Eligius Antwerpen, academiejaar 1977-1978, I, 06.
- (9) Men onderscheidt een computer echter wel van boekhoud- en factuureermachines: JACOBS, P., De bureaucomputer, *Intermediair*, 1975, nr. 8, 13-15. Voor het onderscheid tussen computers en automaten, robots en microprocessors: Micro-electronica: spookbeeld van de 80er jaren? Beschouwingen naar aanleiding van het Rathenau-rapport, *Informatie*, 1980, nr. 5, 385.
- (10) Om deze twee elementen te benadrukken gebruikt men dikwijls de term computerconfiguratie.
- (11) VAN DEN BALK, V., *Inleiding tot de informatieverwerking*, 1977-1978, 22.
- (12) Ook wel extern geheugen genoemd. Het bestaat bijvoorbeeld uit magneetschijven,...
- (13) vb. in de V.S.: «American Standard Code for Information Interchanges» (verplicht voor apparatuur geleverd aan de federale administratie); in de E.G.: Besluit van de Raad van 11 sept. 1979 tot vaststelling van een meerjarenprogramma (1979-1983) op het gebied van de informatica, *P.E.G.*, 1979, nr. L. 231/23 en het Besluit van de Raad van 11 sept. 1979 tot oprichting van een Raadgevend Comité voor het beheer en de coördinatie van programma's op het gebied van de informatica, *P.E.G.*, 1979, nr. L. 231/29.
- (14) voor meer informatie: VAN DEN BALCK, V., *Inleiding...*, o.c., 23 e.v.; DESCHOOLEMEESTER, D. en VANDENBERGHE, G., *de keuze van een computer. Methodiek en contractuele aspecten*, Antwerpen-Deventer, 1981, 11-22.
- (15) ook systeembesturingsprogramma's genoemd.
- (16) vgl. de taak van controle-eenheid.
- (17) ook systeemondersteuningsprogramma's genoemd.
- (18) Voor meer informatie: VAN DEN BALCK, V., *De inschakeling van minicomputers in de onderneming: Een benadering tot decentralisatie in de informatieverwerking*, 1977, 6; DESCHOOLEMEESTER, D. en VANDENBERGHE, G., o.c., 23-24.
- (19) Voor meer informatie: STRUYS, W., o.c., hst. II; DESCHOOLEMEESTER, D. en VANDENBERGHE, G., o.c., 35-79; K.M.O. Computer selectie en aanschaf. Ervaringen van bedrijfsconsulenten, *ESIM*, 15.
- (20) TENGBERGEN, R.A. en BOOSTER, C., Enige juridische aspecten bij ontwikkeling en realisatie van een automatiseringsproject in samenwerking met een extern bureau, *Informatie*, 1974, 261: defenitie softwarehouse: bedrijven die zich beroepsmatig bezighouden met advisering, ontwikkeling en productiegereedmking van specifieke toepassingsprogramma's, alsmede het beschikbaarstellen van — voor zoveel als nodig aan specifieke behoeften aangepast — standaardprogramma's en systeempakketten.
- (21) Société de service et de conseil en informatique (in België verenigd in I.M.S.E.A.): BREBANT, P., Informaticedienst; verbindingstekken tussen constructeur en informaticagebruikers, *Intermediair*, 1978, nr. 16, 15.

- (22) YEARSLEY, R. en GRAHAM, R., *Computer Management*, Deventer, 1974 (Nederlandse bewerking): D.W. MOONS, *Computer Consultants*, 95 e.v.
- (23) TENGBERGEN, R.A. en BOOSTER, C., *l.c.*, 261: defenitie servicebureaus: bedrijven die beroepsmatig computercapaciteit ter beschikking stellen ter verwerking van gegevens met gebruikmaking van hetzij standaardtoepassingsprogramma's, hetzij specifieke toepassingen welke ten behoeve van de opdrachtgever zijn ontwikkeld.
- (24) HELLFORS, S., *Samenwerking met computer-servicebureaus*, 's Gravenhage, 1975, 11.
- (25) VAN DEN BALCK, V., *De inschakeling...*, *o.c.*, 40.
- (26) SOBEMAP, Enquête in 1977, *Computers in België, Intermediair*, 1978, nr. 15, 12.
- (27) LAMBRECHT, M. en VAN HERCK, C., Kopen, huren of leasing — keuzeprobleem bij de aanschaffing van een computer, *Tijdschrift voor Econ. en Management*, 1975, nr. 1, 67-68. Opm.: in sommige huurcontracten gebeurt dit ook apart!
- (28) SOMA, J.T., *The computer industry, An economic-legal analysis of its technology and growth*, Massachusetts, Toronto, 1975, 61: Huur laat nl. grotere winsten toe, zonder anderen de mogelijkheden te geven hun positie te bedreigen!
- (29) DE KEYSER, L., *Onbenoemde contracten en roerende leasing*, in: Herbots, J., *Bijzondere overeenkomsten, Actuele problemen*, Antwerpen, 1980, 446.
- (30) ØVERGAARD, S.A., *Computer-contracten; volgens de normen van de gebruiker of van de leverancier*, in: X, *Managers en Computers*, Samsom, Brussel, 1972, 4.
- (31) SOMA, J.T., *o.c.*, 35-36; BIGELOW, R.P. Contract caveats, *Datamation*, 1970, nr. 11, 41; BRAUN, B., Neue Aspekte der Vertragsgestaltung in der elektronischen Datenverarbeitung, *Data Exchange*, Dec., 1971, 16-17.
- (32) BRANDON, H. en SEGELSTEIN, S., *Data processing contracts, Structure, Contents and Negotiation*, New York, 1976, 10; FUCHS, A., Haftung für den vorausgesetz Gebrauch beim Erwerb von Computern, *Zweizerische Juristen Zeitung*, 1980, 38.
- (33) zie o.m. in verband met de wederkerigheidsvereiste bij de exceptio non adimpleti contractus: Cass. 17 febr. 1972, *R.W.*, 1972-1973, 410 met noot C. en Cass. 17 febr. 1972, *J.T.*, 1973, 584 met noot van Glansdorf; contra: FUCHS, A. *l.c.*, 38-39: poging tot bewijs van band tussen de verschillende contracten bij computers (zie ook infra nr. 42).
- (34) BRANDON, H. en SEGELSTEIN, S., *o.c.* 10.
- (35) BRANDON, H. en SEGELSTEIN, S., *o.c.*, 2.
- (36) *ibidem*, 2-4.
- (37) DE WINTER, L., Een tafel op drie poten, *Trends*, 1 sept. 1972, 129.
- (38) DESCHOOLMEESTER, D. en VANDENBERGHE, G., *o.c.*, 47-49.
- (39) VANDENBERGHE, G., De aansprakelijkheid van de computerconstructeur, *R.W.*, 1978-1979, 75-76.
- (40) HONDIUS, E.H., *Standaardvoorwaarden*, Kluwer-Deventer, 1978, 241: concept-bedingen: «concept»: wijst op het abstract karakter; «bedingen»: bijkomende afspraken bij een overeenkomst.
- (41) *ibidem*, 268 e.v.
- (42) ØVERGAARD, S.A., *o.c.*, 6-7; BRANDON, H. en SEGELSTEIN, S., *o.c.*, 8-9.
- (43) Vergelijk o.m. BRANDON, H. en SEGELSTEIN, S., *o.c.*.
- (44) Cass. 9 febr. 1973, *R.C.J.B.*, 1974, 187 met noot van DE SMET.
- (45) BOSMANS, M., Les conditions générales en matière contractuelle (1975 à 1979), *J.T.*, 1981, 18 en 55; BOYER, Y., *L'obligation de renseignements dans la formation du contrat*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1978, 222-223; contra: HERBOTS, J. en STUBBE-PAUWELS, A.M., Overzicht van rechtspraak (1969-1974), Bijzondere contracten, *T.P.R.*, 1975, 935: overhandiging zou noodzakelijk zijn.
- (46) KRUITHOF, R., MOONS, H. en PAULUS, C., Overzicht van rechtspraak (1965-1973), Verbintenissen, *T.P.R.*, 1975, 459: o.m. vormgeving (lettertype, papier, plaats), terminologie (begrijpelijk zijn (BOYER, Y., *o.c.*, 196: in abstracto nagaan)), taal (HERBOTS, J. en STUBBE-PAUWELS, A.M., *l.c.*, 935: het bewijs zou op de eiser rusten).
- (47) DIRIX, E. en VAN OEVELEN, A., Verbintenissenrecht (gerechtelijke jaren 1978-1979), *R.W.*, 1980-1981, 2383.
- (48) K.B. van 10 juli 1972 betr. de prijsaanduiding, *B.S.*, 13 okt. 1972, art. 5.
- (49) VAN GERVEN, W., *Leerboek handels- en economisch recht*, II, Antwerpen, 1978, 308.



- (50) HERBOTS, J. en STUBBE-PAUWELS, A.M., *l.c.*, 936.
- (51) KRUIHOF, R., MOONS, H. en PAUWELS, C., *l.c.*, 463.
- (52) vb. Brussel, 2 febr. 1977, *J.T.*, 1977, 472.
- (53) DESCHOOLMEESTER, D. en VANDENBERGHE, G., *o.c.*, 107-108.
- (54) W. 30 maart 1976, *B.S.*, 1 april 1976, 3936: art. 57 e.v..
- (55) DESCHOOLMEESTER, D. en VANDENBERGHE, G., *o.c.*, 94-95.
- (56) Jaarboek 1967-1968 van de vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Preadvies door SCHRANS, G., *Praecontractuele verhoudingen naar Belgisch recht*, 129.
- (57) *ibidem*, 235-236 en 241 e.v..
- (58) *ibidem*, 237 e.v..
- (59) Het hof van Cassatie heeft deze theorie nog niet uitdrukkelijk goedgekeurd. Niettemin kan men haar impliciet in een aantal arresten terugvinden: Cass. 24 jan. 1924, *Pas.*, 1924, I, 159; Cass. 21 mei 1953, *Pas.*, 1953, I, 731; Cass. 1 okt. 1976, *R.W.*, 1976-1977, 1335: DE BERSAQUES, A., La lésion qualifiée et sa sanction, noot onder Kh. Brussel, 20 febr. 1970, *R.C.J.B.*, 1977, 5-37.
- (60) In België wordt algemeen art. 1382-1383 BW als grondslag aanvaard: DE BERSAQUES, A., La culpa in contrahendo, noot onder Luik 3 april 1962, *R.C.J.B.*, 1964, 278-279; SCHRANS, G., *l.c.*, 257-259; In Frankrijk heerst hierover nog onenigheid. De theorie van Van Ihering (avant-contrat) kent er nog zijn verdedigers! Ook inzake de informatica-rechtspraak komt dit naar voor: BOYER, Y., *o.c.*, 328-329.
- (61) VANWIJCK-ALEXANDRE, M., La réparation du dommage dans la négociation et la formation des contrats, *Ann. Fac. Dr. Econ. Sc. Soc. Liège*, 1980, 18 en 52 e.v.
- (62) SCHRANS, G., *l.c.*, 263; Frankrijk: betwisting: Cass. fr. 12 april 1976 aangehaald en besproken door DURRY, G., *Rev. tr. dr. civ.*, 1977, 127-129: een vereiste van kwade trouw?
- (63) BOYER, Y., *o.c.*, 251-252.
- (64) DE BERSAQUE, A., *l.c.*, 287.
- (65) BOYER, Y., *o.c.*, 251-252.
- (66) WILMS, W., Het recht op informatie in het verbintenissenrecht, Een grondslagenonderzoek, *R.W.*, 1980-1981, 503-504.
- (67) SAVATIER, R., Les contrats de conseil professionnel et droit privé, *D., Chron.*, 1972, 138.
- (68) BOYER, Y., *o.c.*, 323.
- (69) SCHRANS, G., *l.c.*, 237-238.
- (70) *Ibidem*, 241; WILMS, W., *l.c.*, 280.
- (71) DE BERSAQUES, A., *l.c.*, 280.
- (72) *Ibidem*, 285-287: verdeling van de aansprakelijkheid.
- (73) DE GARDIA, C., La responsabilité du vendeur et du bailleur d'ordinateurs, *Gaz. Pall.*, 1974, 2, 751.
- (74) Kh. Brussel, 18 febr. 1980, *B.R.H.*, 1980, 381-382; GEVAERT, H., De informatieplicht van de leverancier van computers, Enkele bemerkingsen i.v.m. een belangrijk arrest van het hof van Parijs van 3 april 1979, *Informatie*, 1980, nr. 2, 91.
- (75) DE LAMBERTERIE, J., Le devoir de conseil du fournisseur et le devoir de s'informer de l'utilisateur, *Expertises*, jan. 1979, 1-5.
- (76) Parijs, 8 juni 1976, *J.C.P.*, 1977, II, 18579; Parijs, 3 april 1979, *Expertises*, juli-augustus 1979, 1.
- (77) BOITARD, M. en DUBARRY, J.-C., noot onder Parijs, 16 mei 1975, *J.C.P.*, 1976, II, 18265; MEGRET, J., noot onder Rb. Parijs, 24 april 1970 en Parijs, 21 juni 1971, *J.C.P.*, 1972, II, 17138.
- (78) JAGUENAUD, P., La genèse des contentieux en informatique, 3e partie, La nécessité d'un cahier des charges réalisé selon les règles de l'art, *Expertises*, okt. 1979, 10-13.
- (79) Parijs, 3 dec. 1976, *J.C.P.*, 1977, II, 18579; Parijs, 3 april 1979, *Expertises*, juli-augustus 1979, 1.
- (80) Parijs, 3 april 1979, *l.c.*, 1; BOYER, Y., *o.c.*, 301-302: algemeen: de cliënt is hiertoe niet verplicht, tenzij het om zeer belangrijke aankopen gaat waarvoor de kennis van een normaal onervaren persoon te kort schiet zodat een «goede huisvader» zich tot een expert zou wenden.

- (81) Cass. 3 juni 1979, *Bull. Civ.*, 152 nr. 186; Parijs, 16 mei 1975, *J.C.P.*, 1976, II, 18265: «Considérant, certes, qu'un devoir de conseil incombe à tout fournisseur de matériel électronique qui est d'autant plus rigoureux que ses clients sont mal informés en la matière; Qu'en effet, le vendeur, comme le loueur, d'un tel matériel est amenée à évaluer les besoins réels auquels celui-ci doit satisfaire, puisqu'il procède quasi nécessairement à une étude spéciale, et il peut commettre une faute professionnelle en proposant un équipement insuffisant;...»
- (82) Parijs, 3 april 1979, *Expertises*, juli-augustus 1979, 1: De rechtspraak schijnt nu definitief in deze richting te gaan. Vroeger is er nochtans beslist dat het aan de koper is om uitleg te vragen indien hij meent onvoldoende ingelicht te zijn: zie o.m. Parijs, 3 dec. 1976, *J.C.P.*, 1977, II, 18579.
- (83) VANDENBERGHE, G., *l.c.*, 83.
- (84) Parijs, 16 mei 1975, *J.C.P.*, 1976, II, 18265
- (85) VANDENBERGHE, G., *l.c.*, 85.
- (86) Parijs, 26 juni 1980, *Expertises*, 1980, nr. 20, 2-4.
- (87) Parijs, 16 mei 1975, *J.C.P.*, 1976, II, 18265.
- (88) GEVAERT, H., De informatieplicht..., *l.c.*, 91-92; WILMS, W., *l.c.*, 508-509.
- (89) zie o.m. noot 72 en noot 80.
- (90) vbn. «Het doel van deze brochure is u een beter inzicht te geven in het Systeem/32 en in de X programma's en dienstverlening. Het is geenszins bedoeld als offerte, noch als enige verbintenis. U dient het Systeem/32 in de eerste plaats aan uw behoeften te toetsen. Uw marketingvertegenwoordiger kan u daartoe met alle nadere informatie behulpzaam zijn. Hij kan u tevens meer vertellen over de contractuele bepalingen en voorwaarden, of u een uitgebreide offerte voorleggen.»; «X staat er voor in dat de informatie in dit document correct en te goeder trouw is weergegeven, maar acht zich niet gebonden door enige drukfout of omissie. De ontwikkeling van X-producten en diensten gaat continu door en gepubliceerde informatie kan derhalve verouderen. Het verdient aanbeveling de juistheid ervan bij X te verifiëren. Specificaties in dit document zijn bedoeld om een algemene indruk te geven van het betreffende produkt. Zij maken geen deel uit van enige offerte, tenzij dit met zoveel woorden is overeengekomen.»
- (91) Een offerte is een aanbod!
- (92) Parijs, 16 juni 1980, *Expertises*, 1980, nr. 20,2.
- (93) Kh. Parijs, 19 april 1971, *D.*, 1971, 482 met noot FOURGOUX: een onvoorzichtige bewering: «l'équipement mécanographique... apporte aux problèmes examinés... une solution efficace, rapide et sûre».
- (94) Opm.: In Frankrijk is art. 1382 een bepaling van openbare orde! (zie o.m. COUSY, H., *Problemen van produktenaansprakelijkheid*, Brussel, 1978, 314 e.v.).
- (95) Cass. 22 maart 1979, *R.W.*, 1979-1980, 2238-2243 met noot; zie ook: VAN OEVELEN, A. en DIRIX, E., Verbintenissenrecht, (gerechtelijke jaren 1978-79 en 1979-80), *R.W.*, 1980-1981, 2462-2464: alhoewel het uiteindelijk resultaat goed te keuren is, kan men de grond waarop men zich steunt, in vraag stellen.
- (96) VANDENBERGHE, G., *l.c.*, 86.
- (97) KRUIHOF, R., MOONS, H. en PAULUS, C., *l.c.*, nrs. 77-78.
- (98) DESCHOOLMEESTER, D. en VANDENBERGHE, G., *o.c.*, 116-117: vbn.
- (99) VAN OMMESLAGHE, P., Examen de jurisprudence, 1968 à 1973, Les obligations, *R.C.J.B.*, 1975, 452; opm.: de stelling van misbruik van recht wint langzamerhand veld: DE BERSAQUES, A., La lésion... *l.c.*, 16 en 35.
- (100) VAN OEVELEN, A. en DIRIX, E., Kroniek van het verbintenissenrecht (1976-1977), *R.W.*, 1977-1978, 2294.
- (101) VAN OMMESLAGHE, P., *l.c.*, 452.
- (102) HERBOTS, J., BUTZLER, R. en VASTERAVENTS, A., Overzicht van rechtspraak, Bijzondere overeenkomsten (1961-1969), *T.P.R.*, 1973, 202; KRUIHOF, R., MOONS, H. en PAULUS, C., *l.c.*, 465.
- (103) VANDENBERGHE, G., *l.c.*, 78-79.
- (104) Opmerking: het onderscheid met de vordering wegens verborgen gebreken kan soms zeer moeilijk te bepalen zijn. De koper heeft dan de keuze. In principe echter staat bij dwaling de wil van de partijen centraal en bij verborgen gebreken het voorwerp van het contract. In

het eerste geval heeft de koper dus een verkeerde machine gekocht, in het tweede is het de juiste machine maar voldoet zij niet aan haar normale prestaties. (zie o.m.: KRUITHOF, R., MOONS, H. en PAULUS, C., *l.c.*, 1970-1971.

(105) HERBOTS, J., BUTZLER, R. en VASTERAVENTS, A., *l.c.*, 203; Wat de plicht betreft om zelf informatie in te winnen en de verkregen gegevens te controleren: zie supra 24 en 25.

(106) Opmerking: deze theorie is nog niet algemeen aanvaard!; zie VAN OMMESLAGHE, P., *Observations sur la théorie de cause dans la jurisprudence et dans la doctrine moderne*, noot onder Cass. 13 nov. 1969, *R.C.J.B.*, 1970, 353-357; Brussel 2 febr. 1977, *J.T.*, 1977, 472; de opleiding van het personeel werd niet als determinerende beweegreden in de contractuele sfeer gebracht.

(107) KRUITHOF, R., MOONS, H. en PAULUS, C., *l.c.*, 471,

(108) *ibidem*.

(109) Parijs, 26 juni 1980, *Expertises*, 1980, nr. 20, 2: nietigheid en schadevergoeding wegens verkeerde voorstelling van gegevens over een computer; vgl. V.S.: Clements Auto et al. v. Service Bureau Corporation (1969) vermeld in FREED, The role of computer specialists in contracting for computers, *Law and computer technology*, 1971, 3: «incorrect representations made so careless as to amount to legal fraud».

(110) STORME, M., *De bewijslast in het Belgisch Privaatrecht*, Gent, 1962, 376-378; opmerking: indien de feiten niet betwist worden is elk bewijs overbodig: Cass. 9 febr. 1968, *Arr. Cass.*, 1968, 763.

(111) KRUITHOF, R., MOONS, H. en PAULUS, C., *l.c.*, 496.

(112) *ibidem*, 500: op straffe van cassatie.

(113) zie: KRUITHOF, R., MOONS, H. en PAULUS, C., *l.c.*, 501; HONDIUS, E.H., *o.c.*, 448 e.v.: uitleg «contra proferentem»; Contra: VAN RIJN, J., *Principes du droit commercial*, II, 231.

(114) KRUITHOF, R., MOONS, H. en PAULUS, C., *l.c.*, 501.

(115) Opmerking: bestelbon zie supra nr. 19 b.

(116) KRUITHOF, R., MOONS, H. en PAULUS, C., *l.c.*, 497; HONDIUS, E.H., *o.c.*, 440 e.v.

(117) Voor de terminologie: GEVAERT, H., *Aankoop...*, *l.c.*, 443: Als overeenkomst tussen de partijen geldt alleen wat staat tussen de vier hoeken van het contract; vb. «Deze overeenkomst en de bijvoegsels bevatten de gehele overeenkomst van de partijen en vernietigen en vervangen alle brieven, voorstellen en voorgaande overeenkomsten»; Opmerking: sommige overeenkomsten gaan nog verder door uitdrukkelijk de algemene voorwaarden van de opdrachtgever uit te sluiten! Inzake «battle of forms» zie o.m.: KRUITHOF, R., MOONS, H. en PAULUS, C., *l.c.*, 457.

(118) vgl. V.S.: Fargo Machines & Tool Co. v. Kearney & Trecher Co. vermeld in SPANNER en MACK, *Sharpening your clause*, *Datamation*, 1980, augustus, 116: brochure om aan te tonen welke capaciteit een computer diende te hebben (verborgen gebrek).

(119) KRUITHOF, R., MOONS, H. en PAULUS, C., *l.c.*, 506.

(120) VANDENBERGHE, G., *l.c.*, kol. 82-83.

(121) GEVAERT, H., *De informatieplicht...*, *l.c.*, 91-92.

(122) SAVATIER, R., *l.c.*, 146 nr. 23;

BOYER, Y., *o.c.*, 327.

(123) SAVATIER, R., *l.c.*, 149.

(124) Parijs, 21 juni 1971, *J.C.P.*, 1972, II, 17138 (huur); Parijs, 3 april 1979, *Expertises*, nr. 10, juli-aug., 1979, 1 (koop); algemeen: FALLON, M., *observations sous Cass.*, 28 febr. 1980, *J.T.*, 1981, 242 (vrijwaringsverplichting/goede trouw/onderhoudscontract).

(125) MEGRET, J., noot onder Parijs, 21 juni 1971, *J.C.P.*, 1972, II, 17138: zie o.m. ook COUSY, H., *o.c.*, 296: criteria in verband met informatieplicht: nieuwigheid van het product, ernst van het gevaar en kennis van de koper.

(126) Parijs, 3 april 1979, *l.c.*; Parijs, 4 jan. 1980, *Expertises*, nr. 5, jan.-febr., 1980, 9.

(127) Parijs, 9 april 1979, *l.c.*, 1.

(128) REBOUL, Y., *Les contrats de recherche*, 1978, 289-290: subsidiair roept deze auteur eveneens het gebruikelijk beding in. In de computerbranche is dit echter niet mogelijk.

(129) Opm.: «gebruik»: gedragslijn die men na het sluiten van het contract pleegt te volgen; «gebruikelijk beding»: een beding dat men bij het sluiten van soortgelijke overeenkomsten

- pleegt te maken.; zie o.m. KRUIHOF, R., MOONS, H. en PAULUS, C., *l.c.*, 461.
- (130) Het is langs deze weg dat de E.G. een aantal standaardnormen wil opleggen aan computerconstructeurs. (zie supra noot 13).
- (131) vb. Duitsland: ZAHRNT, C. en NIELSEN, U. (heruitgegeven door Fiedler, H.), *Verdingungsordnung für Computerleistungen: VOC, Teil 1: Die besonderen Vertragsbedingungen für die Miete, den Kauf und die Wartung von E.D.V. — Anlagen und — Geräten*, J. Schweitzer Verlag Berlin, 1978, 7-10.
- (132) W. 23 dec. 1974, *Omnil.*, 1974, 1483; KB 24 mei 1976 betr. de organisatie en de coördinatie van de informatica in de openbare diensten, *Omnil.*, 1976, 530; KB 27 april 1977 betr. de verrichtingen aangaande hulpmiddelen van de informatica, *Omnil.*, 1977, 589; KB 16 mei 1977 ter bepaling van de normen voor erkenning van de gewestelijke en subgewestelijke centra voor informatica, *Omnil.*, 1977, 665.
- (133) CLAES, J., Het verleden en de toekomst van de computer in de gemeente, *De gemeente*, 1980, 322-323; HOORENS, J., Electronische juridische informatiesystemen, *Jura Falc.*, 1979-1980, 376; opm.: KB 27 april 1977 bevat twee belangrijke voorwaarden voor de goedkeuring van een contract: de overeenkomsten inzake huur of financieringshuur van materieel of prestaties, die betrekking hebben op de uitbreiding van een centrale eenheid, mogen geen latere vervalddag bepalen dan voor deze centrale eenheid is vastgelegd en geen enkele overeenkomst mag voor een termijn langer dan 5 jaar worden afgesloten.
- (134) CLAES, J., *l.c.*, 324 e.v.
- (135) DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil Belge*, II, 1972, Brussel, 7 e.v.: het principe van wilsautonomie.
- (136) zie noot 33.
- (137) zie FUCHS, A., *l.c.*, 38-39 (Zwitserland).
- (138) N.S. Observations sous Parijs, 12 juli 1972, *J.C.P.*, 1974, II, 17603.
- (139) Cass. 21 sept. 1962, *Pas.*, 1963, I, 96.
- (140) Kb nr. 55 van 10 nov. 1967, *B.S.*, 14 nov. 1967, 116743; MB van 23 febr. 1968, *B.S.*, 6 maart 1968, 2212.
- (141) DE KEYSER, L., *l.c.*, 454: deze auteur pleit voor het aanvaarden van de leasing als «sui-generis» contract en het erkennen van het eigendomsvoorbehoud zelfs bij een twee partijen-relatie!; zie ook NEELS, L., noot onder Antwerpen 30 juni 1980, *R.W.*, 1980-1981, 2075 e.v.
- (142) DESMET, B., Huur en leasing van computers, *Intermed.*, 1977, nr. 17, 13.
- (143) Opm.: De discussie rond softwarebescherming is nog steeds volop gaande. In België blijkt octrooiering van software als procédé mogelijk te zijn. In andere landen evenals op Europees niveau is dit echter niet het geval. Wel aanvaardt men algemeen het auteursrecht als bescherming. Deze is echter zeer miniem: alleen de vormgeving wordt beschermd, niet het idee zelf. België: GOTZEN, F., L'ordinateur et la propriété intellectuelle, *J.T.*, 1976, 89 e.v. (pro); VANDERPERRE, R., Droits intellectuels et banque de données, *Rev. dr. intell. (Ing. Cons.)*, 1979, 267 (Contra); Groot Brittannië: BANKS (chairman), The British Patent System, Report of the Commission to Examine the Patent System and Patent Law, Londen, 1970, 141-142: contra (ook Frankrijk). Nederland: DE JONG, A.A., Aspecten van de wettelijke bescherming van applicatieprogrammatuur, *Informatie*, 1981, 443 e.v.: contra Europees octrooiverdrag art. 52: niet!
- (144) DEMIN, P., *Le contrat de know how*, Brussel, 1968, 14-15 en 17; GIOVANNA MODIANO, *Le contrat de licence de brevet*, Librairie DROZ, Genève-Paris, 1979, 30-33.
- (145) MAGNIN, F., *Know how et propriété industrielle*, Strasbourg, 1974, 274-275.
- (146) ØVERGAARD, S.A., *o.c.*, '6; TENGBERGEN, R.A., Juridische bescherming..., *l.c.*, 221
- (147) MAGNIN, F., *o.c.*, 294: deze auteur past de absorptietheorie toe!; vgl. SAVATIER, R., *l.c.*, 142: hij kwalificeert het know how contract als een consultancy-overeenkomst!
- (148) Het gaat hier om beschermingswaardige software! Operating systeemprogrammatuur is zo apparatuurgebonden dat het weinig zin heeft er een afzonderlijke bescherming voor uit te bouwen.
- (149) TENGBERGEN, R.A., *l.c.*, 223.
- (150) vgl. NYCUM, S., Liability for malfunction of a computer program, *Rutgers Journal of computers technology and the law*, vol. 7, 3: de opdrachtgever zorgt voor al het materiaal (gegevens, computertijd, enz...). De aannemer verhuurt dus alleen zijn tijd! vgl. DEKKERS,

R., *Handboek van burgerlijk recht*, Brussel, 1971, II, 623: het auteurscontract: bij overdracht van het auteursrecht: een verkoop. In geval van know how is er echter geen recht! Bij contracten ter opstelling van software voorziet men meestal toch de overdracht van het auteursrecht. Dit geeft echter zo goed als geen bescherming wat de inhoud betreft zodat het uiteindelijk een bijkomend element vormt!

(151) REBOUL, Y., *o.c.*, 103-104 en 289-290.

(152) SAVATIER, R., *l.c.*, 149.

(153) DE PAGE, H., *o.c.*, 974; opm.: DEKKERS, R., *o.c.*, 625: de aanneming van intellectueel werk is slechts summier geregeld (art. 1794-1797 BW)!

(154) KRUTHOF, R., MOONS, H. en PAULUS, C., *l.c.*, 513 e.v.

(155) STORME, M., *o.c.*, 416 e.v.

(156) KRUTHOF, R., MOONS, H. en PAULUS, C., *l.c.*, 513.

(157) MAZEAUD, H. en L., en J., *Leçons de droit civil*, vol. 1, Parijs 1973, 14-15.

(158) FROSSARD, *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, Parijs, 1965, 167.

(159) FROSSARD, *o.c.*, 167; KLAUS — JURGEN OHLER, «*Obligations de Moyens*» en «*Obligations de Résultat*», (*Beispiel der Fortentwicklung des französischen Zivilrechts durch Lehre und Rechtsprechung*), Bielefeld, 1971, 26.

(160) zie o.m. FROSSARD, *o.c.*, 127 e.v.: kritiek: geen algemeen criterium; KLAUS — JURGEN OHLER, *o.c.*, 24 e.v.; opm.: ook aanvullende wetsbepalingen kunnen hierin een rol spelen. Men moet echter voor automatismen oppassen. Uit de kwalificatie van een overeenkomst volgt niet steeds de aard van de verbintenis! De bedoeling van de partijen gaat voor! (PITLO, *Het Nederlands Burgelijk Recht*, deel 3, 1979, Arnhem, 79).

(161) VANDENBERGHE, G., *De aansprakelijkheid van...*, *l.c.*, 83-84.

(162) KRUTHOF, R., MOONS, H. en PAULUS, C., *l.c.*, 512.

(163) MEGRET, J. noot onder Parijs, 12 juli 1972, *Gaz.Pal.*, 1972, 2, 806; N.S., *Observations* sous Parijs, 12 juli 1972, *l.c.*, 17603.

(164) consultancy-overeenkomst: SAVATIER, R., *l.c.*, 147 en 149-150; bijstandsverplichting: Rb. Kh. Parijs, 19 april 1971, *Gaz. Pal.*, 1971, 2, 400 met noot van Megret, J. en Daudier de Cassini; bevestigd door Parijs, 12 juli 1972, *l.c.*, 804 met noot van Megret, J.; Parijs, 21 juni 1971, *J.C.P.*, 1972, II, 17138 met obs. Megret, J.; CORNU, G., *Contrats spéciaux*, *l.c.*, 870; DE GARDIA, *La responsabilité du vendeur et du bailleur d'ordinateur*, *l.c.*, 750-751.

(165) FUCHS, A., *l.c.*, 42; zie ook supra noot 138.

(166) MEGRET, J., obs. sous Parijs, 21 juni 1971, *l.c.* en noot onder Parijs, 12 juli 1972, *l.c.*

(167) FUCHS, A., *l.c.*, 42; vgl. Rb. Kh. Brussel, 18 febr. 1980, *B.R.H.*, 1980, 377 e.v.; kritiek: VANDENBERGHE, G. en NELISSEN, J.M., noot onder Rb. Kh. Brussel 18 febr. 1980 te verschijnen in *Ing. Cons.*: de machine voldeed niet aan de voorwaarden van het lastenkohier (leveringsplicht!).

(168) VANDENBERGHE, G. en NELISSEN, J.M., *l.c.*; vgl. MEGRET, J. noot onder Parijs, 12 juli 1972, *l.c.*, 806: een voorafgaande studie van de leverancier verplicht deze ook om de machine te leveren die aan de eisen vermeld in deze studie voldoet!

(169) vb. Parijs, 15 mei 1975, *J.C.P.*, 1976, II, 18265 obs. BOITARD M. en DUBARRY, J.C.; opm.: Daar gebruiker meestal de apparatuur zal aanvaard hebben (de contracten staan slechts een korte termijn toe), rust het bewijs op hem (zie STORME, M., *o.c.*, 399).

(170) vb. Rb. Kh. Brussel, 18 febr. 1980, *l.c.*

(171) zie supra noot 162.

(172) Parijs, 15 mei 1975, *l.c.*

(173) Rb. Kh. Brussel 2 febr. 1976, *B.R.H.*, 1976, 222.

(174) Parijs, 25 mei 1977, *Expertises*, nov. 1978, 6: weigering om een analysedossier goed te keuren; DE GARDIA, *l.c.*, 751.

(175) Rb. Kh. Brussel 2 febr. 1976, *l.c.*

(176) Vgl. VANDENBERGHE, G., *l.c.*, 84: de huidige stand van de wetenschap laat dit toe!

(177) zie supra nr. 6 (de keuze van de hardware is reeds gedaan)

(178) VAN DER SCHOOT, M.J. en TENBERGEN, R.A., *Enige aspecten van de aanschaffing van softwarepakketten*, *Informatie*, 1977, 38 e.v.; opm.: de moeilijkheid zal ook hier het bewijs zijn!

(179) TENBERGEN, R.A., *Betrouwbaarheid van computersystemen: Een juridische benadering van systeembeschikbaarheid*, *Informatie*, 1977, 292; GEVAERT, H., *Aankoop van ...*,

*l.c.*, 448-449: opm.: De betalingswijze dient aan deze vereisten aangepast te zijn. Bij koop wordt derhalve de laatste schijf tot na het testen van de betrouwbaarheid uitgesteld. Bij huur kan men o.m. creditering van de huurprijs toepassen!

(180) DEKKERS, R., *o.c.*, nr. 167, 181, 341 en 344-345.

(181) Voornamelijk bij het laten opstellen van software kan dit belangrijk zijn! Bepaalde overeenkomsten beperken trouwens hun aansprakelijkheid tot deze kosten; *opm.* LINAMT DE BELLEFONDS, X, *Que sans-je? L'informatique et le droit*, Parijs 1981, 20: zonder contractuele bepalingen zou minimaal 20% onbeschikbaarheid vereist zijn voor ontbinding. De auteur bekritiseert deze houding van de rechtbanken (Frankrijk).

(182) voor leveringsverplichting: zie nr. 49; voor de bijstandsverplichting: zie nr. 38.

(183) Rb. Kh. Brussel 2 febr. 1976, *l.c.*: laattijdige levering samen met een onbevredigend resultaat (software).

(184) Parijs, 8 juni 1976, *J.C.P.*, 1977, II, 18579: de storingen zijn een normaal gevolg van de aanpassing van de machine aan het nieuwe programma. Wel duurden ze te lang: alleen schadevergoeding.

(185) VANDEPUTTE, *De overeenkomst*, Brussel, 1977, 267-268.

(186) zie nr. 46-50; opm. ook op de gebruiker rust er een samenwerkingsverplichting (Rb. Kh. Brussel 18 febr. 1980, *l.c.*, 386; Parijs, 15 mei 1977, *l.c.*).

(187) COUSY, H., *o.c.*, 269.

(188) *Ibidem*, 265-271.

(189) Opm.: Er bestaat onenigheid omtrent de kwalificatie van het vermoeden tegenover de professionele verkoper: kwade trouw of kennis! (zie o.m. FREDERICQ, S. en KRUIHOF, R., *La responsabilité du fait des produits. Rapports Belges aux Xe Congrès international du droit comparé*, Brussel, 1978, 116-117: voor kennis; FALLON, M., *observations sous Cass.* 28 febr. 1980, *J.T.*, 1981, 241-242: kennis).

(190) COUSY, H., *o.c.*, 244.

(191) vgl. Cass. 3 april 1959, *Pas.*, 1959, I, 774: «Attendu que l'arret relève qu'il n'est pas admissible que la demanderesse ait pu, compte tenu de ses connaissances techniques, ignorer l'existence du vice caché...; Qu'il constate ainsi en fait non pas seulement une faute lourde, mais la mauvaise foi...».

(192) FALLON, M., *La cour de cassation et la responsabilité liée aux biens de consommation*, noot onder Cass. 6 mei 1977, *R.C.J.B.*, 1979, 174 e.v.: het onderscheid tussen aanneming en koop is louter artificieel!; FREDERICQ, S. en KRUIHOF, R., *l.c.*, 122: voor een analogie tussen koop en aanneming.

(193) COUSY, H., *o.c.*, 35-36.

(194) DE GRAAF, F., *Gevolgen van computergebruik voor het positieve privaatrecht*, in X, *Computer in recht, 12 voordrachten over juridische informatie*, Deventer, 1972, 81-82.

(195) LIMPENS, J., *La vente en droit Belge*, Brussel, 1960, 139-141

(196) *Ibidem*, 144 e.v.: de koper kan anders geen nieuwe machine teruggeven!

(197) COUSY, H., *o.c.*, 265-269: van zichtbare gebreken kan de verhuurder worden vrijgesteld wegens stilzwijgende aanvaarding.

(198) *Ibidem*, 231-232.

(199) Cass. 19 juni 1980, *J.T.*, 1980, 626; COUSY, H., *o.c.*, 232; HERBOTS, J. en STUBBE-PAUWELS, A., *l.c.*, 962.

(200) DESCHOOLEMEESTER, D. en VANDENBERGHE, G., *o.c.*, 116: vbn.

(201) COUSY, H., *o.c.*, 233-234; opm.: de clausule «de klant bevestigt de technische mogelijkheden en beperkingen van de apparatuur te kennen» kan het verborgen karakter van het gebrek aantasten (zie o.m. bij occasiewagens: Cass. 15 sept. 1978, *R.W.*, 1978-1979, 1909).

(202) COUSY, H., *o.c.*, 235; DE PAGE, H., *o.c.*, nr. 177: in ons geval start de termijn bij de aanvaarding van de apparatuur!

(203) HERBOTS, J., BUTZIER, R. en VASTERAVENTS, A., *l.c.*, 222.

(204) Brussel, 8 febr. 1979, *R.W.*, 1979-1980, 2933; HERBOTS, J., BUTZLER, R. en VASTERAVENTS, A., *l.c.*, 222.

(205) Cass. fr. 25 jan. 1977, *Bill. Civ.*, IV, 21, nr. 24; Parijs, 3 dec. 1976, *J.C.P.*, 1977, II, 18579; Parijs, 8 juni 1976, *J.C.P.*, 1977, II, 18579.

(206) Cass. 6 mei 1977, *R.C.J.B.*, 1979, 162 met noot FALLON, M.

- (207) COUSY, H., *o.c.*, 242 e.v.
- (208) Zie o.m. COUSY, H., *o.c.*, 350 e.v.; FREDERICQ, S. en KRUIHOF, R., *La responsabilité professionnelle du fait du produits, Rapports belges au Xe Congrès international de droit comparé*. Brussel, 1978, 114-115.
- (209) Gent, 13 nov. 1978, *R.W.*, 1978-1979, 132: niet bindend; COUSY, H., *o.c.*, 342-343.
- (210) *Ibidem*, 341.
- (211) Men wil meestal alleen de directe schade betalen! (Zie ook nr. 60).
- (212) Productenaansprakelijkheid: een derde kan behoudens contractuele aansprakelijkheid een beroep doen op 1384 lid 1 BW tegen de gebruiker die dan de verkoper in vrijwaring kan oproepen, of op 1382 BW rechtstreeks tegen de verkoper!
- (213) Hieronder wordt o.m. verstaan winstderving, verhoging van algemene kosten, aanspraken van derden, enz... In sommige contracten wordt rechtstreekse lichamelijke schade of schade aan goederen wel vergoed (productenaansprakelijkheid) ook van derden!
- (214) SAVATIER, R., *l.c.*, 151: een beperking van schadevergoeding is wel geldig!
- (215) DE JONG, A.A., *l.c.*, 443-444.
- (216) vbn.: het bedrag nodig om het programma te herstellen of te verbeteren met als maximum de prijs van het programma; een forfaitair bedrag voor alle rechtstreekse schade met uitzondering van het verlies van gegevens.
- (217) Sommige firma's sluiten echter gewoon elke verantwoordelijkheid uit!
- (218) de kwalificatie van softwarecontracten: nr. 44.
- (219) Vgl. NYCUM, S., *l.c.*, 3 (toepassing van U.C.C.) en 16-19 (productenaansprakelijkheid): is software een «product» of een «service»? In de V.S. is er nog geen eensgezindheid.
- (220) vgl. COUSY, H., *o.c.*, 246-249.
- (221) in die zin is het een resultaatsverbintenis die binnen een bepaalde termijn kan uitgevoerd worden!
- (222) NYCUM, S., *l.c.*, 4.
- (223) Dit dient tevens voor een controle!
- (224) vgl. het regime van de koopovereenkomsten.
- (226) vgl. V.S.: Crane v. Sears, Roebuck & Co, 218 *Cal.App.* 2d. 855, 32 *Cal. Rptr.* 754 (1963) in NYCUM, S., *l.c.*, 19: waarschuwing tegen ontvlambaarheid, maar verwaarlozing om het kritieke punt aan te duiden!
- (227) VAN OMMESLAGHE, P., *l.c.*, 613.
- (228) vgl. art. 1794 BW.