

9 Aansprakelijk voor fouten in (open source) software, of toch niet?

Wouter Dammers
en Menno Weij

1. Inleiding

In mei 2009 lanceerden de Eurocommissarissen Viviane Reding (Informatiemaatschappij en Media) en Meglena Kuneva (Consumentenbescherming) een voorstel om consumenten dezelfde basisrechten te garanderen bij de aanschaf van digitale producten als bij de koop van een fysiek product, zoals een broodrooster. Consumenten hebben in de huidige wetgeving namelijk, anders dan bedrijfsmatige gebruikers, extra wettelijke bescherming bij de koop van producten. Volgens het voorstel zal dat ook gelden voor softwareproducten.¹

Een paar weken later stelde de Europese Commissie voor om digitale producten op te nemen in het toepassingsgebied van een al bestaande Europese Richtlijn uit 1999.² Deze richtlijn beoogt consumentengaranties in nationaal recht bij de aanschaf van consumptiegoederen te harmoniseren. Doel van het voorstel is om bij consumenten hetzelfde vertrouwen op te bouwen in de digitale wereld, als zij in de loop der tijd hebben gekregen in de vertrouwde, fysieke wereld.

Het voorstel van de Commissie geldt dus ook voor software. Wat heeft dit voorstel praktisch gezien tot gevolg? Ben je als leverancier volgens het voorstel aansprakelijk voor slecht werkende software? Die schrik sloeg veel software-ontwikkelaars om het hart. Daarom kreeg het voorstel direct veel kritiek.

Zo stelde de Business Software Alliance (BSA) dat software niet gelijkgesteld kan worden met fysieke goederen zoals broodroosters.³ Één van de grootste bezwaren zou zijn dat je niet altijd kunt weten in welke situaties de software wordt gebruikt. Bovendien zouden de prestaties van software mede afhangen van de omgeving waarin het wordt gebruikt.⁴ De BSA stelt met zoveel woorden dat het bij software nooit een kwestie is van de stekker erin, en het werkt of het werkt niet, zoals wel het geval is bij broodroosters.

Heeft de BSA het bij het juiste eind? Zijn alle gevallen van softwaregebruik *per definitie* verschillend van de situatie met een broodrooster? Natuurlijk, software is een dynamisch product waar veel afhankelijkheden gelden. Maar om meteen te stellen dat de vergelijking tussen software en broodroosters nooit op kan gaan (zo lezen wij althans de stelling van BSA), gaat wat ver. Net als bij het gebruik van een broodrooster, kan er ook door het gebruik van software schade ontstaan. Denk maar aan de situatie waarin gebrekkige software een server platlegt, waardoor een bedrijf volledig lam wordt gelegd. Reken maar dat een bedrijf als Bol.com schade lijdt als haar e-commerce activiteiten platliggen door gebrekkige software.

1 'Consumentenrechten: Commissie wil dat consument grenzeloos kan surfen op het web', 10/09/2009, 5 mei 2009, zie <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/09/702&format=HTML&aged=0&language=NL&guiLanguage=en>

2 Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 mei 1999 betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen

3 Tom Espiner 'EC wants software makers held liable for code', ZDNet.co.uk, 8 mei 2009, zie <http://news.zdnet.co.uk/soft>

4 Zie hiervoor ook al eerder: Wouter Dammers 'Garanties op software in aantocht?' op de solv Weblog: <http://www.solv.nl/weblog/garantie-op-software-in-aantocht/16055-ware/0,1000000121,39649689,00.htm>

Een andere aanwijzing dat door software schade kan ontstaan, komt uit de softwarebranche zelf. Bijna alle (open én closed) softwarelicenties beperken de aansprakelijkheid, of sterker nog, bevatten bepalingen waarbij de aansprakelijkheid voor schade helemaal wordt uitgesloten. Kennelijk houden softwareleveranciers zelf dus ook wel degelijk rekening met eventuele schadeclaims, als gevolg van het gebruik van hun producten. Waarom zou je anders je aansprakelijkheid uitsluiten?

Laten we als voorbeeld enkele standaard open source-licenties⁵ nemen. De meeste daarvan bevatten een zogenaamde 'as is' clause, waardoor geen enkele garantie voor de werking van de software wordt gegeven. Een voorbeeld van zo'n 'as is' clause is artikel...GPLV3:

*'There is no warranty for the program, to the extent permitted by applicable law. Except when otherwise stated in writing the copyright holders and/or other parties provide the program "as is" without warranty of any kind, either expressed or implied, including, but not limited to, the implied warranties of merchantability and fitness for a particular purpose. The entire risk as to the quality and performance of the program is with you. Should the program prove defective, you assume the cost of all necessary servicing, repair or correction.'*⁶

Naast zo'n 'as is' clause, bevatten open source-licenties meestal ook clauses waarmee de aansprakelijkheid voor schade wordt uitgesloten. Een voorbeeld van zo'n clause is te vinden in de GPLv3:

'In no event unless required by applicable law or agreed to in writing will any copyright holder, or any other party who modifies and/or conveys the program as permitted above, be liable to you for damages, including any general, special, incidental or consequential damages arising out of the use or inability to use the program (including but not limited to loss of data or data being rendered inaccurate or losses sustained by you or third parties or a failure of the program to operate with any other programs), even if such holder or other party has been advised of the possibility of such damages.'

Kortom, open source-licenties bevatten in ieder geval bepalingen die, voor zowel de werking van de software als voor de aansprakelijkheid door het gebruik ervan, de deur voor claims volledig dichtgooien. Of eigenlijk moeten we zeggen: *proberen* dicht te gooien, omdat doorgaans nog wordt toegevoegd *'to the extent permitted by applicable law'*.

Voor alle duidelijkheid: open source-licenties zijn hierin bepaald niet uniek. Ook closed source-licenties (denk aan Microsoft) bevatten clauses van gelijke strekking.

Het voorstel van de Europese Commissie wekt de suggestie dat er met betrekking tot garanties en aansprakelijkheden, minder wettelijke bescherming zou bestaan bij (open source) software dan bij andere consumentenproducten, zoals broodroosters. Is dat wel zo? En claimt de BSA dan terecht dat software niet over een kam geschoren kan worden

5

In dit artikel zal de term 'open source' worden gebruikt, waarmee zowel de open source (OSI) als de free software (FSF) definitie wordt bedoeld.

6

'as is' is een term die is overgenomen uit het Angelsaksische recht. De software die 'as is' wordt geleverd, wordt geleverd 'zoals het is', dus inclusief eventuele gebreken. Overigens is het nog maar de vraag welk recht van toepassing is op open source-licenties. Veel van die licenties bepalen dat het recht van een Amerikaanse staat van toepassing is, en dat een Amerikaanse rechter bevoegd is indien er geschillen ontstaan met betrekking tot de licentie. Veel licenties bepalen bovendien dat indien volgens nationaal recht een andere rechter kan worden aangewezen, dat die rechter (eveneens) bevoegd is. Ten aanzien van consumenten kan het zo zijn dat slechts het recht van het land waar de consument woont van toepassing is.

met die andere consumentenproducten? En brengt het voorstel van de Commissie daar verandering in?

Wij willen proberen deze vragen te beantwoorden aan de hand van een fictieve casus. De gedachte daarvan is gebaseerd op het uitgangspunt dat de Nederlandse rechter – voor zover ons bekend – zich nog niet heeft uitgelaten over aansprakelijkheid voor open source software. Uiteraard zijn er wel uitspraken op het gebied van closed source software, met name in het kader van (mislukte) automatiseringsprojecten. Deze geschillen hebben vooral betrekking op kwesties als 'het systeem werkt niet', 'het systeem is te duur' of 'het systeem is (veel) te laat opgeleverd'. Een opvallende zaak is die tussen Liebeswerk Kirche en Cap Gemini, waarbij de rechter uiteindelijk oordeelde dat Cap Gemini geen systeem had geïmplementeerd conform de overeengekomen specificaties én oordeelde dat Cap Gemini de basisregels voor behoorlijk projectmanagement had geschonden. Ook is er rechtspraak over aansprakelijkheidsclaims wegens fouten in software, zoals enkele jaren geleden het geval was met Exact. Het accountants- en administratiekantoor Wolfsbergen Osnabrug Baars had Exact voor de rechter gesleept wegens fouten in de software, en de rechtbank oordeelde destijds dat Exact inderdaad aansprakelijk was voor die fouten (maar Exact mocht zich wel beroepen op een contractuele beperking van de aansprakelijkheid).

2. De casus

De fictieve casus luidt als volgt: Het Nederlandse bedrijf B. Rooster B.V. (hierna: 'Rooster') is een leverancier van software. Zo biedt Rooster onder meer de CMS-applicatie 'Webber' aan, waarmee zowel bedrijven als consumenten websites kunnen opzetten. Webber is gebaseerd op deels eigen software, deels software uit de open source-community. Rooster gebruikt wel vaker open source software, met name de software die onder leiding van een bevriende programmeur, Michel (hierna: 'Michel'), door de open source-community is geschreven. Rooster licentieert de 'enterprise edition' van Webber aan bedrijven voor EUR 5.000,- per jaar. Consumenten kunnen gratis een gebruikslicentie verkrijgen.⁷

Bij het downloaden van Webber, verwijst Rooster naar zijn algemene voorwaarden. In de voorwaarden verwijst Rooster expliciet naar de relevante open source-licentie. De betreffende open source-licentie bevat de zogenaamde 'as is' bepaling en een volledige uitsluiting van aansprakelijkheid, zoals hierboven in de grijze blokken geciteerd. (Voor alle duidelijkheid: we gaan in dit artikel verder niet in op het virale effect of andere voorwaarden van open source-licenties.)

Het Nederlandse Jansen B.V. (hierna: 'Jansen') downloadt de 'enterprise edition' van Webber. Ook consument Raymond uit Eindhoven lijkt de CMS-applicatie wel wat, en hij downloadt de gratis consumentenversie van Webber.

7

We nemen gemakshalve aan dat Rooster de gangbare open source-vereisten respecteert.

Jansen heeft een florierende handel via zijn website. Webber, waar zijn website op draait bevalt hem in eerste instantie prima. Via zijn website verkoopt Jansen een flink aantal producten aan zijn klanten. Totdat op een gegeven moment de hele website uit de lucht is. Jansen is zelf niet thuis in ICT-zaken en dus zit hij enige dagen zonder website. Zijn handel via internet ligt in die periode geheel plat. De klanten van Jansen zijn bovendien niet te spreken over de slechte bereikbaarheid van Jansen, want ze kunnen niet bij zijn contactgegevens op de website komen. Jansen spreekt Rooster hier uiteraard op aan. Rooster geeft aan één en ander te zullen onderzoeken, maar wijst wel op de aansprakelijkheidsuitsluiting in zijn voorwaarden (inclusief de bepalingen in de relevante open source-licentie). Daarop besluit Jansen om een andere CMS-applicatie aan te schaffen via een ander ICT-bedrijf, Pietersen ICT Consulting B.V. ('Pietersen').

Uiteindelijk blijkt de oorzaak van één en ander gelegen in fouten in het open source-gedeelte van Webber. Jansen dient vervolgens een schadeclaim in bij Rooster. Hij vordert schadevergoeding vanwege het platliggen van zijn internethandel alsmede de kosten voor de nieuwe applicatie van Pietersen, samen in totaal EUR 150.000,-.

Raymond kampt met dezelfde problemen in de consumentenversie van Webber. Hij houdt met de applicatie een blog bij over zijn favoriete sport: Tae Kwon Do. Door de fout in Webber weigert Raymond's server verdere dienst. De kosten voor herstel bedragen EUR 600,-. Ook Raymond dient een claim in bij Rooster.

Schematisch levert dit de volgende situatie op zoals weergegeven in figuur 1 (zie pagina 153). De vraag luidt: is Rooster aansprakelijk voor de fout in Webber? Anders gezegd, dient hij de schade die Jansen en Raymond hebben geleden, te vergoeden? En kunnen Jansen, Raymond en/of Rooster een claim neerleggen bij open source-community zelf (althans bij Michel, die de leiding heeft)?

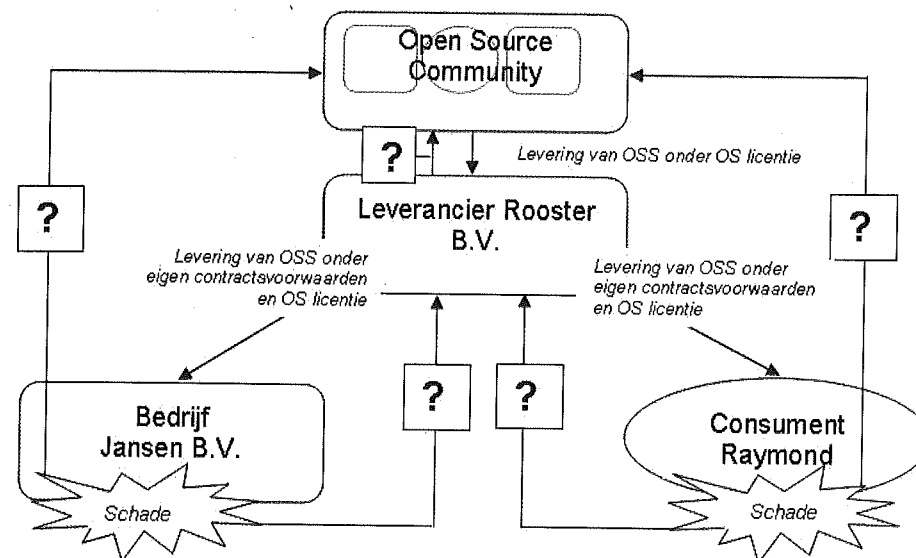
3. Het Nederlandse aansprakelijkheidsregime

3.1. Inleiding

Juristen onder elkaar maken vaak de grap dat iemand aansprakelijk stellen (zoals hier: Rooster) een koud kunstje is, maar daarmee is niet gezegd dat iemand ook daadwerkelijk aansprakelijk is. Wil je aansprakelijk zijn, dan speelt een drietal aspecten een belangrijke rol: (a) welke schade is er geleden?; (b) wat is de basis (ook wel: grondslag) voor de aansprakelijkheid (lees: is er wel een grondslag?); en (c) wie is dan aansprakelijk voor die schade?

3.1.a. Welke schade is er geleden?

Zonder schade geen aansprakelijkheid. Je moet dus wel kunnen aan-



Figuur 1: De contractuele relaties tussen partijen. Het vraagteken staat voor de vraag of de schade op de ander verhaald kan worden.

tonen dat je schade hebt geleden. De Nederlandse wet onderscheidt twee soorten schade: 'vermogensschade' en 'ander nadeel'. 'Vermogensschade' omvat zowel geleden verlies als gederfde winst, echt de centen dus. Door de software kan Jansen geen producten meer verkopen via zijn website, waardoor hij geen inkomsten meer genereert. Hij lijdt dus vermogensschade. Met 'ander nadeel' wordt met name immateriële schade bedoeld. Jansen krijgt wellicht een slechte reputatie bij zijn klanten, omdat zijn website niet goed bereikbaar is.

In de literatuur wordt 'vermogensschade' nog nader onderverdeeld in de categorie 'zaakschade', namelijk schade aan een zaak (denk aan een auto of aan hardware), de categorie 'gevolgschade', namelijk schade ontstaan door zaakschade, en de categorie 'puur financieel nadeel' (denk aan gemiste besparingen en gederfde winst).

Wat belangrijk is om te weten, is dat je in contracten van deze schade-soorten mag afwijken. Het voornoemde onderscheid tussen de verschillende soorten schade betreft dus met een mooi woord 'regelend recht' (in tegenstelling tot 'dwingend recht', waarvan je niet mag afwijken). In contracten zie je doorgaans een onderscheid tussen enerzijds 'directe' en anderzijds 'indirecte' schade of gevolgschade.

Overigens verdient het wel aanbeveling om die termen nader in het contract te omschrijven of te definiëren. In Nederland kennen we de begrippen directe en indirecte schade namelijk niet. Ze hebben daarom geen vastomlijnde juridische betekenis. In de Nederlandse literatuur is wel verdedigd dat met directe schade zou worden bedoeld op letsel- en/of zaakschade, en met indirecte of gevolgschade op (zuivere)

vermogensschade, maar voor zover wij weten hebben rechters zich daar nog niet over uitgelaten. Indien je de termen direct en indirect niet goed in het contract afbakent, loop je dus risico op interpretatieproblemen bij een conflict.

3.1.b. Wat is de basis?

Zodra je hebt vastgesteld dat je schade hebt geleden, is het vervolgens de vraag of er een argument bestaat om deze schade op een ander te verhalen. Juridisch gezegd: bestaat er een 'grondslag' om de schade door een ander vergoed te krijgen?

De belangrijkste grondslagen die wij hier willen bespreken zijn (i) de wet, namelijk is er in de wet een regeling opgenomen, waarop Jansen en/of Raymond een beroep kunnen doen? Wij gaan hierna in op de wettelijke regeling voor productenaansprakelijkheid,⁸ en (ii) het contract, namelijk de zogenaamde contractuele aansprakelijkheid.⁹ Indien twee partijen een contractuele afspraak maken, en de één komt de afspraak niet na, dan kan de ander daardoor schade lijden. In onze casus bestaat in ieder geval een contract tussen (a) de open source-community en Rooster; (b) Rooster en Jansen; en (c) Rooster en Raymond. Maar wellicht zijn er nog wel meer contracten te benoemen. We zullen daar verder bij stil staan in paragraaf 3.3.

3.1.c. Wie is aansprakelijk?

Wie aansprakelijk is voor de schade, hangt af van de grondslag waarop een beroep wordt gedaan. Is er sprake van een wettelijke aansprakelijkheid op grond van de zojuist genoemde wettelijke regeling over productenaansprakelijkheid, dan is de producent mogelijk aansprakelijk. Is er sprake van een contractuele aansprakelijkheid, dan is de partij met wie je het contract hebt gesloten mogelijk aansprakelijk. Dit klinkt heel zwart/wit en voor de hand liggend, maar dat is het in de praktijk zeker niet altijd. We werken dat hieronder verder uit.

3.2. Wettelijke regeling voor productenaansprakelijkheid

3.2.a. Productenaansprakelijkheid

Op grond van deze regeling, kan je als consument de producent van een product aansprakelijk stellen voor bepaalde soorten schade, die worden veroorzaakt door een gebrek in het product. Door een fout in een broodrooster kan er bijvoorbeeld brand ontstaan waardoor het koffieapparaat dat naast het broodrooster stond, kapot gaat. In onze casus lijden Jansen en Raymond schade omdat het softwareprogramma Webber een fout bevat.

In geval van productenaansprakelijkheid kun je de producent vervolgens aansprakelijk stellen voor de schade. Of een producent wel of geen schuld treft, speelt geen rol. Je mag van deze regels ook niet afwijken.¹⁰ Doel van de regeling is om de 'kleine' consument te beschermen tegen de 'grote' producent.

11

Naast de opsomming die nu volgt, bevat de regeling ook een definitie van een 'gebrek'. Die luidt kort gezegd dat een product gebrekkig is indien het niet de veiligheid biedt die men daarvan mag verwachten, alle relevante omstandigheden meegewogen. Wij kiezen ervoor hier nu niet verder op in te gaan, maar besef wel dat ook dit criterium bij software op zich een rol van betekenis speelt.

De regeling kent echter een aantal belangrijke beperkingen/voorwaarden, waaraan je moet voldoen:¹¹

Allereerst de omvang van het begrip 'product'. De regeling is beperkt tot zogenaamde stoffelijke objecten, die voor menselijke beheersing vatbaar zijn. Met andere woorden: je moet het product kunnen vastpakken. Een computer en een broodrooster zijn bijvoorbeeld dergelijke producten. Je kunt je echter afvragen of software hier ook onder valt. Software (NB: dus niet de drager waarop de software zich bevindt) kan je niet 'vast pakken'.

Ten tweede het begrip 'producent'. Een producent is de fabrikant van een eindproduct, de producent van een grondstof of de fabrikant van een onderdeel van een eindproduct ('halffabriek'). Ook iedereen die zijn naam of merk op het product aanbrengt, wordt aangemerkt als producent, net als de importeur of invoerder van het product. Interessante vraag is wat ons betreft hoe je dit toepast op de open source-community.

Ten derde: het product dient met 'een economisch doel in het verkeer te zijn gebracht' of in het kader van 'de uitoefening van een beroep of bedrijf'. Anders gezegd: de niet-commerciële exploitatie is uitgezonderd van de productenaansprakelijkheidsregeling. Ook hier speelt weer de vraag hoe je dit toepast bij open source software. Bij open source komt niet-commerciële exploitatie regelmatig voor.

Tenslotte het begrip 'schade': de aansprakelijkheid onder deze regeling is beperkt tot schade die is ontstaan door dood of lichamelijk letsel, of doordat het product schade heeft toegebracht aan andere zaken die normaal gesproken in de privésfeer worden gebruikt. Daarbij geldt een minimale drempel van EUR 500,-. Puur financieel nadeel, zoals gemiste inkomsten, wordt door deze regeling dus niet gedekt. Ook bedrijven kunnen geen beroep op deze regeling doen, omdat zij geen schade lijden 'in de privésfeer'.

3.2.b. De casus

Hoe verhoudt deze regeling over productenaansprakelijkheid zich tot de casus? Anders gezegd, kunnen de verschillende betrokkenen hun schade claimen bij een andere betrokkene?

Jansen tegenover Rooster:

Biedt de wettelijke regeling voor productenaansprakelijkheid soelaas voor Jansen? Wij menen van niet. De schade van Jansen wordt niet gedekt onder deze regeling. Immers, zijn schade betreft geen schade geleden in de privésfeer. Bovendien is Jansen geen consument, maar een bedrijf. En productenaansprakelijkheid beschermt alleen consumenten.

8

Wij wijzen volledigheidshalve ook nog kort op de grondslag onrechtmatige daad. Productenaansprakelijkheid is daar eigenlijk een bijzondere vorm van (juridisch gezegd, een *lex specialis*). De onrechtmatige daad in het algemeen (juridisch gezegd, een *lex generalis*) zullen we hier verder niet behandelen. De onrechtmatige daad is namelijk sterk afhankelijk van de omstandigheden van het geval. In de praktijk kan de onrechtmatige daad mogelijk wel een rol spelen.

9

We zoomen daarbij in op een paar gezichtspunten, zoals hierna zal blijken. Realiseer je dus dat de grondslag contractuele aansprakelijkheid niet volledig wordt besproken, althans dat niet alle relevante aspecten worden besproken van belang voor de vraag of een partij onder een contract aansprakelijkheid is.

10

Het betreft zogenaamd 'dwingend recht'.

Raymond tegenover Rooster:

Raymond is wel een consument. Hij lijdt zijn schade ook in de privé-sfeer. Wij vinden het verdedigbaar dat een server 'een zaak is die normaal gesproken in de privésfeer kan worden gebruikt'. Helemaal zwart/wit zal dit overigens niet zijn. Enige drempel die Raymond dan nog moet nemen is dat de schade minimaal EUR 500,- moet bedragen. Dat is het geval, zijn schade is namelijk EUR 600,-.

Maar wie is de producent? In dit geval is Rooster volgens ons aan te merken als producent: Rooster is immers de leverancier van Webber en brengt die applicatie zelf rechtstreeks op de markt. Rooster handelt bovendien in de uitoefening van beroep of bedrijf. Daar zal dus geen probleem ontstaan.

Dan resteert nog een hobbel: is de applicatie Webber als een product te beschouwen? Bestaat hier dan misschien een verschil ten opzichte van de gebrekkige broodrooster die in brand vliegt? Wij vrezzen van wel. Zoals gezegd moet het gaan om een product dat je kunt vastpakken.¹² Je kunt echter vraagtekens zetten bij de vraag of software daar onder valt. Software kan je immers niet aanraken. Je kunt wel de drager waarop de software is opgeslagen aanraken. De drager, zoals een usb-stick of een cd-rom met software, is dus wel een 'product'. Sinds de opkomst van het internet wordt software echter steeds vaker zonder directe fysieke drager op de markt verhandeld. Ook Rooster biedt Webber online ter download aan.

Daarom is in Nederland veel discussie (in ieder geval geweest) over de vraag of software een product is. In de literatuur wordt door een aantal schrijvers beargumenteerd dat standaard, 'off the shelf' software, die door Jan en alleman dagelijks wordt gebruikt en 'kant en klaar' wordt aangeleverd, als product kan worden aangemerkt. Je kunt immers beargumenteren dat deze alledaagse software nauwelijks verschilt van een broodrooster, omdat het bij dergelijke software bijna letterlijk ook enkel een kwestie is van 'de stekker erin'. Dat geldt bijvoorbeeld voor een pakket als Windows, maar ook open source software zoals Ubuntu (al kunnen we ons voorstellen dat noch Microsoft noch de open source-community het met ons eens zal zijn, maar dat terzijde).

Daarentegen wordt van niet-alledaagse software of van specifieke maatwerksoftware wel gezegd dat deze niet als product kunnen gelden in de zin van de productenaansprakelijkheidsregeling. Eén argument daarvoor is dat het hier uiteindelijk meer om een vorm van dienstverlening gaat, in plaats van het leveren van een product.

In de literatuur is een vergelijking gemaakt met elektriciteit (die expliciet als product wordt genoemd in art. 6:187 lid 1 BW). Ook heeft de Europese Commissie ooit op vragen van het Europees Parlement geantwoord dat de Europese richtlijn inzake productenaansprakelijkheid, ook van toepassing is op software. De Nederlandse wetgever houdt echter een slag om de arm, en heeft te kennen gegeven het definitieve

antwoord graag over te laten aan het Europese Hof van Justitie. In Nederland bestaan enkele rechterlijke uitspraken waarin de rechter software, praktisch gezien, gelijk stelt met een product, maar eigenlijk zonder verder op bovengenoemde discussie in te gaan. Volledige duidelijkheid is er vooralsnog dus niet.

Kortom, of Raymond een beroep kan doen op de productenaansprakelijkheid hangt dus voornamelijk af van de vraag of je software als een product kan aanmerken. Hoewel het voorstel van de Europese Commissie deze productenaansprakelijkheidsregeling niet expliciet noemt, volgt dus uit de casus dat de wettelijke regeling in Nederland verschillend omgaat met aansprakelijkheid als gevolg van gebrekkige software en aansprakelijkheid als gevolg van een gebrekkige broodrooster. De Eurocommissarissen lijken hier dus wel een punt te hebben vanuit de gedachte van consumentenbescherming (immers, voor bedrijven is deze regeling niet bedoeld). Echter, we kunnen ons hier ook vinden in de kritiek van de BSA dat je per situatie goed moet kijken naar de soort software, de functionaliteit en het gebruik daarvan. Er valt daarom wat ons betreft inderdaad iets te zeggen voor het onderscheid tussen standaard, 'simpele', alledaagse software applicaties en complexe maatwerkoplossingen. Alhoewel ook hier lastig zal zijn waar precies de grens tussen standaardapplicaties en maatwerk moet worden getrokken, en waar dus de grens ligt of schade veroorzaakt door software onder de productenaansprakelijkheidsregeling kan worden geclaimd.

Jansen, Raymond en Rooster tegenover de open source-community:

Tenslotte nog de vraag of de betrokkenen mogelijk actie kunnen ondernemen jegens de open source-community? Immers, in onze casus heeft de open source-community de software – althans het deel met daarin de geconstateerde fout – ontworpen en gebouwd.

Rooster in ieder geval niet. Hij is immers geen consument. Idem voor Jansen. Voor Raymond ligt dit anders. Wie kan hij aanspreken in de community? Zoals besproken kan Raymond de 'producent' van de software aanspreken. We hebben gezien dat zelfs iemand die alleen zijn naam of merk op een product aanbrengt, als producent kan worden aangemerkt.

Sommige open source-licenties verplichten de open source-programmeur om zijn/haar naam in de verplichte copyright-notice aan te brengen.

Een voorbeeld van zo'n verplichting is opgenomen in artikel 4 van de GPLv3:

'You may convey verbatim copies of the Program's source code as you receive it, in any medium, provided that you conspicuously and appropriately publish on each copy an appropriate copyright notice; keep intact all notices (...)

En in artikel 5 van de GPLv3:

'You may convey a work based on the Program, or the modifications to produce it from the Program, in the form of source code under the terms of section 4, provided that you also meet all of these conditions: a) The work must carry prominent notices stating that you modified it, and giving a relevant date. (...).'

Mogelijk dat de programmeur zelfs zijn naam in de 'changelog' zal vermelden. Wij denken daarom dat iedere programmeur die heeft bijgedragen aan de ontwikkeling van open source software, en als zodanig zijn 'naam' bij de software heeft gezet, juridisch gezien onder het begrip producent zou kunnen vallen. Maakt dat iedere open source-programmeur dan meteen aansprakelijk onder deze regeling voor gebrekkige software? Zo'n vaart zal dat nu ook weer niet lopen.¹³ Niet elke programmeur handelt altijd 'in de uitoefening van een beroep of bedrijf'. Voorts, bij open source software die gratis wordt aangeboden, is verdedigbaar dat er geen sprake is van een 'economisch doel'. Daarnaast kan je je afvragen of Raymond misschien de open source-community als zodanig moet aanspreken. Moet hij dan bijvoorbeeld de Free Software Foundation aanspreken? Tenslotte speelt nog de vraag hoever een eventuele aansprakelijkheid reikt: is een programmeur dan aansprakelijk voor het gehele open source-product, of slechts voor het onderdeel dat hij heeft ontwikkeld?

Kortom, de bovengenoemde copyright-notice en 'changelog' lijken wellicht een 'erelijstje', maar mogelijk hebben ze ook – nadelige – juridische gevolgen. In het licht van de open source-gedachte is dit hoogstwaarschijnlijk een ongewenst effect. De 'hacker immunity'¹⁴ wordt namelijk aangetast. De vraag is of de community zich hiervan (voldoende) bewust is.

Schematisch zien de (on)mogelijkheden voor productenaansprakelijkheid er uit als weergegeven in figuur 2 (zie pagina 159):

3.3. Contractuele aansprakelijkheid

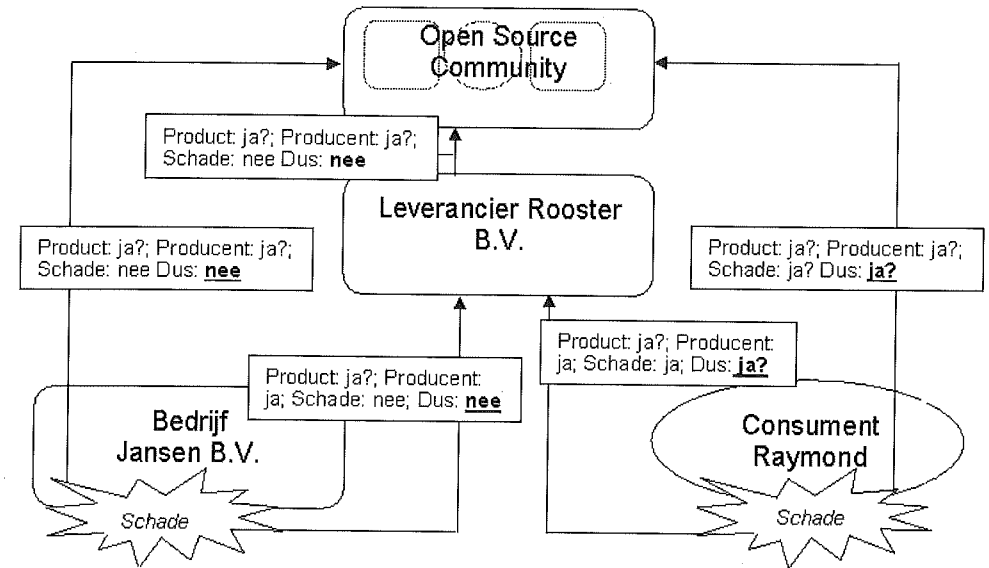
Even terug naar de inleiding van dit vraagstuk op pag. 152. We zagen dat drie aspecten een belangrijke rol spelen bij de vraag of iemand aansprakelijk is voor geleden schade: welke schade?; wat is de basis? en wie is aansprakelijk?. De schade en de eerste basis, de wettelijke aansprakelijkheid, en wie daarbij aansprakelijk is, hebben we zojuist behandeld. Nu zullen we de tweede basis behandelen: de contractuele aansprakelijkheid. We zullen deze aansprakelijkheid overigens niet uitputtend behandelen. We zoomen in op de volgende aspecten: (i) met wie heb je het contract gesloten; (ii) zijn de disclaimers rechtsgeldig van toepassing verklaard; (iii) is er sprake van een geschonden afspraak; en (iv) wat is er afgesproken over de aansprakelijkheid (indien er inderdaad een afspraak is geschonden).

13

Denk ook aan praktische punten als vindbaarheid van zo'n programmeur en dat een programmeur mogelijk in het buitenland woonachtig is. Dit zijn natuurlijk allemaal relevante afwegingen, los van juridisch-inhoudelijke argumenten, die ook een rol spelen. Zeker als consument, zal je kiezen voor de makkelijkste optie als het gaat om de producent. Onze bedoeling is meer om de lezer ervan bewust te maken dat de aansprakelijkheid van de programmeur op voorhand niet per definitie in alle gevallen is uitgesloten.

14

Dit begrip ontlent we aan Krzysztof Sieiwicz, "Towards an improved regulatory framework of Free Software; Protecting user freedoms in a world of software communities and eGovernments", diss. Leiden 2010.



Figuur 2: Kunnen de betrokken partijen de schade op een ander verhalen, op grond van productenaansprakelijkheid? Is er sprake van een product en/of producent? Is er sprake van een van de onder de regeling vallende schadeposten?

15

Één en ander wordt hieronder in 3.3.b. nog wel genuanceerd, aangezien er (ook) sprake is van algemene voorwaarden.

3.3.a. Met wie heb je het contract gesloten:

Allereerst de vraag met wie je het contract hebt gesloten. Normaal gesproken wordt een contract gesloten door 'aanbod en aanvaarding'. Stel, je staat in de winkel van Blokker en ziet daar een broodrooster te koop staan voor twintig euro. Dan is er sprake van aanbod. Reken je vervolgens het broodrooster af bij de kassa, dan aanvaard je dat aanbod. Er is op dat moment sprake van een overeenkomst tussen jou en Blokker.

Hetzelfde is het geval bij software. Rooster biedt de Webber software aan op zijn website. Doordat Raymond en Jansen de software downloaden ontstaat er een overeenkomst tussen partijen.¹⁵ (Het maakt voor de vraag of er een overeenkomst ontstaat dus niet uit of je er voor betaalt.)

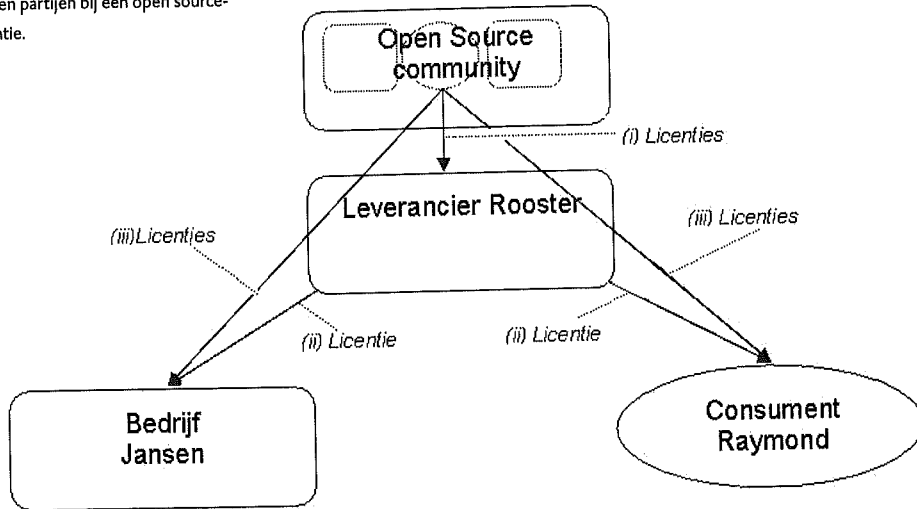
Bij open source software bestaat er echter een eigenaardigheidje, dat juridisch grote gevolgen kan hebben voor de vraag met wie je een contract hebt. Sommige open source-licenties bepalen namelijk dat de ontvanger bij elke distributie van het werk automatisch een licentie ontvangt van de oorspronkelijke licentiegevers:

Bijvoorbeeld Artikel 10 GPLv3:

'Each time you convey a covered work, the recipient automatically receives a license from the original licensors, to run, modify and propagate that work, subject to this License.'

Er ontstaat dus niet alleen een contractuele relatie tussen (i) de open source-community en Rooster; en tussen (ii) Rooster en Jansen en Rooster en Raymond, maar ook tussen (iii) de open source-community en Jansen respectievelijk Raymond. Zie figuur 3:

Figuur 3: De contractuele relaties tussen partijen bij een open source-licentie.



16

In de ICT-branche worden vaak de FENIT-voorwaarden of ICT-Office voorwaarden gehanteerd. Momenteel is de NUULG ook bezig met het opstellen van standaardvoorwaarden voor Open source leveranciers. Zie hiervoor: Wanda van Kerckvoorden: 'NUULG maakt standaard voorwaarden open source dienstverleners', solv Weblog, <http://www.solv.nl/weblog/nluug-maakt-standaard-voorwaarden-open-sourcedienstverleners/16935>

17

Zie bijvoorbeeld Menno Weij, 'De twee-stappen-toets bij algemene voorwaarden', solv Weblog <http://www.solv.nl/weblog/de-twee-stappen-toets-bij-algemene-voorwaarden/16290>

Met andere woorden: er ontstaat als het ware een *orgie* van contractspartijen! Als er sprake is van een gebrek in de software, dan ontstaat er een soort van *soa*: een 'softwarematig overdraagbare aandoening' (om maar in dezelfde beeldspraak te blijven). Een viraal effect, maar dan anders. En hier speelt het gegeven dat de programmeurs bij open source zichtbaar zijn door het eerder genoemde 'erelijstje', mogelijk dus weer een interessante rol.

3.3.b. Zijn de disclaimers rechtsgeldig van toepassing verklaard?

Dit aspect speelt alleen indien gebruik wordt gemaakt van algemene voorwaarden. Maar omdat geschillen over het al dan niet toepasselijk zijn van algemene voorwaarden nagenoeg dagelijkse kost zijn, willen we hier toch kort de aandacht op vestigen.

Rooster heeft bij het downloaden van de software verwezen naar zijn algemene voorwaarden.¹⁶ Daarbij is tevens verwezen naar de toepasselijkheid van de open source-licentie.

Voor de toepasselijkheid van algemene voorwaarden geldt een zogenaamde twee-stappen-toets: 1) zijn de voorwaarden aanvaard, en 2) zijn de voorwaarden tijdig ter hand gesteld.¹⁷

Bij het vereiste van 'ter hand stellen' bestaat er verschil tussen een

online situatie en een offline situatie. Online geldt dat de voorwaarden vóór of bij het sluiten van de overeenkomst via internet aan Jansen en Raymond ter beschikking moeten zijn gesteld. Dat mag met behulp van een (duidelijk zichtbare!) hyperlink. Daarbij moet wel de mogelijkheid worden geboden om de voorwaarden op te kunnen slaan en/of uit te kunnen printen. Een goede, praktische, invulling hiervan is overigens het gebruik van de zogenaamde tickbox met daarachter bijvoorbeeld 'Ja, ik ga ik akkoord met de Algemene Voorwaarden. Klik hier om de voorwaarden in te zien, op te slaan of te printen'. Alleen verwijzen naar de voorwaarden, of alleen op verzoek toezenden is, in principe dus niet voldoende.

Minder relevant voor (online) open source software, maar wel actueel is de vraag of je offline naar online algemene voorwaarden mag verwijzen.¹⁸

Overigens is het van belang om de gevolgen van het niet toepasselijk zijn van algemene voorwaarden goed voor ogen te houden. Indien algemene voorwaarden niet goed van toepassing worden verklaard, heeft dit namelijk geen gevolg voor het contract zelf. We grijpen nog even terug op de koop van het broodrooster bij de winkel van Blokker. Stel dat Blokker zijn algemene voorwaarden niet op de juiste wijze ter hand stelt, dan zijn die voorwaarden dus niet van toepassing, maar de koop van het broodrooster blijft wel in stand. Het probleem voor Blokker is hier dan dat hij zich niet kan beroepen op allerlei disclaimers in die voorwaarden.

3.3.b.ii. Is de open source-licentie rechtsgeldig van toepassing verklaard?

Open source-licenties kunnen wat ons betreft gezien worden als algemene voorwaarden. (Overigens is ook dit geen uitgemaakte zaak, maar wij zullen je de discussie hierover besparen.) In principe geldt dus dezelfde twee-stappen-toets voor open source-licenties als voor 'echte' algemene voorwaarden.¹⁹ Bij open source software krijg je echter vaak enkel een tekstbestandje met de software meegeleverd, waarin de open source-licentie is opgenomen. Menig gebruiker zal de licentie niet eens hebben gelezen voordat hij gebruik maakt van de software. In het licht van de twee-stappen-toets zal de open source-licentie dus niet altijd van toepassing zijn. Immers, als je geen weet hebt van die voorwaarden, kan je stellen dat er geen sprake is van een aanvaarding. Ook is niet voldaan aan de terhandstellingsverplichting, omdat de voorwaarden te laat ter hand worden gesteld.

Bij sommige open source-licenties kan de toepasselijkheid van de voorwaarden via een omweg alsnog worden bereikt. De GPL bevat bijvoorbeeld een bepaling die stelt dat de licentie wordt geacht te zijn aanvaardt, zodra wijzigingen in de software worden aangebracht of zodra de software wordt verspreid.

18

Zie hiervoor onder meer Menno Weij 'Toepasselijkheid algemene voorwaarden online/offline' en de vervolgerberichten op de solv Weblog, <http://www.solv.nl/weblog/toepasselijkheid-algemene-voorwaarden-online-offline/16452> en <http://www.solv.nl/weblog/vervolg-toepasselijkheid-algemene-voorwaarden-online-offline/16453> en <http://www.solv.nl/weblog/opherhaling-algemene-voorwaarden-online-online/16807>

19

Let daarbij wel op de vestigingen van de partijen die betrokken zijn bij de licentie. Indien de (professionele) partijen niet beiden in Nederland zijn gevestigd, dan is die twee-stappen-toets (en de overige wettelijke bepalingen over algemene voorwaarden) namelijk niet van toepassing! Voor deze casus gaan we er overigens van uit dat alle partijen (dus ook de open source-community) in Nederland zijn gevestigd.

Zie artikel 9 GPLv3:

'You are not required to accept this License in order to receive or run a copy of the Program. Ancillary propagation of a covered work occurring solely as a consequence of using peer-to-peer transmission to receive a copy likewise does not require acceptance. However, nothing other than this License grants you permission to propagate or modify any covered work. These actions infringe copyright if you do not accept this License. Therefore, by modifying or propagating a covered work, you indicate your acceptance of this License to do so.'

Volgens de open source-licentie is het dus niet verplicht om de licentie te accepteren. Als je de software aanpast of distribueert dan is de licentie in ieder geval wel geaccepteerd. Deze acceptatie is dus pas na het sluiten van de overeenkomst. Er bestaat nog onduidelijkheid over de vraag of deze constructie in Nederland geldig is. In Duitsland heeft een rechter deze bepaling in een open source-licentie gegrond verklaard (overigens mede omdat op de website naar de voorwaarden werd verwezen).²⁰ De partij die de open source software zonder de licentie verspreidde, handelde volgens die rechter in strijd met de – aldus toepasselijk verklaarde – open source-licentie. Of de Nederlandse rechter eenzelfde conclusie zal trekken blijft dus de vraag, maar wij denken dat het mogelijk moet zijn om deze constructie toe te passen, zodat door de verdere aanpassing van open source software en/of de verdere distributie alsnog de open source-licentie als geaccepteerd kan worden beschouwd – en de voorwaarden dus wel van toepassing zijn.²¹

3.3.c Wat is de afspraak en is die geschonden?

Laten we aannemen dat zowel de algemene voorwaarden als de open source-licentie van toepassing zijn. Wat is er tussen partijen afgesproken? Anders gezegd: is er door een fout in Webber een contractuele afspraak geschonden. Gevoelsmatig zal iedereen 'ja' antwoorden op deze vraag. Immers, er zit toch duidelijk een fout in de software. Helaas werkt dat bij contracten niet altijd zo. Om vast te kunnen stellen of er een afspraak is geschonden, moet je dus eerst kijken wat die afspraken precies zijn. Daarom is het altijd belangrijk om goed naar de inhoud van contracten te kijken (en al helemaal de kleine lettertjes).

De letterlijke tekst in contracten is in Nederland echter niet bepalend voor het oordeel of een afspraak is geschonden. De Hoge Raad heeft namelijk uitgemaakt dat je bij de uitleg van (een specifieke bepaling in) een overeenkomst niet alleen mag afgaan op de taalkundige betekenis. Bepalend is 'wat partijen over en weer redelijkerwijs aan elkaars verklaringen en gedragingen mochten toekennen en wat zij in dat licht redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten'. Dat volgt uit het Haviltex-arrest.²² Het Haviltex-criterium is een uitwerking van een belangrijk beginsel in het Nederlandse contractenrecht: de redelijkheid en billijkheid.

Even weer terug naar de casus. In de open source-licentie is een 'as is' clausule opgenomen ('There is no warranty... provide the program "as is" without warranty of any kind...'). Kortom, het contract zegt in feite dat de software wordt geleverd zoals het is, en dat kan dus ook met fouten zijn. Garantie tot aan de deur dus.

Je voelt de vraag misschien al opkomen, want is er dan wel sprake van een schending van de afspraak? Hier luidt de afspraak immers 'het is zoals het is'. Zo'n afspraak is niet te schenden als het gaat om fouten in de Webber-applicatie. Contractueel gezien is er door Rooster geen enkele toezegging gedaan (lees: afspraak gemaakt) over de werking van de software. Zie daar het verschil tussen gevoel en de juridische realiteit. Hebben Jansen en Raymond dan geen poot om op te staan?

Allereerst de situatie van Jansen. In een business-to-business situatie geldt het beginsel van contractvrijheid, dat wil zeggen dat partijen in beginsel vrij zijn om af te spreken wat ze willen, tenzij een afspraak in strijd is met de openbare orde of goede zeden (denk aan een afspraak over moord). De 'as is' bepaling is niet in strijd met de openbare orde en/of goede zeden, dus uitgangspunt is dat deze 'as is' afspraak gewoon staat. Bij de vraag of er nu toch sprake is van een schending van deze afspraak, komen het Haviltex-criterium en de redelijkheid en billijkheid om de hoek kijken. Inmiddels is er op ICT gebied veel rechtspraak die hieraan invulling heeft gegeven. Aspecten die hierbij een rol spelen zijn bijvoorbeeld de ernst van de fout, de aard en functionaliteit van de software, de aard van het contract, de deskundigheid van partijen, verklaringen die partijen aan elkaar hebben gedaan en dergelijke.²³ Onder bijzondere omstandigheden kunnen de redelijkheid en billijkheid zelfs met zich meebrengen dat een rechter een contractuele bepaling buiten werking stelt.

Voor Raymond ligt dat anders. Raymond is immers een consument, en die wordt beschermd door het consumentenrecht. Die bescherming bestaat op verschillende niveaus. Bij algemene voorwaarden bestaat er een lijst met verboden bepalingen (de zogenaamde zwarte lijst van 'onredelijk bezwarende' bepalingen) en een lijst met verdachte bepalingen (de zogenaamde grijze lijst met bepalingen die 'vermoed worden onredelijk bezwarend te zijn'). Wij denken dat de 'as is' bepaling via de route van de algemene voorwaarden als onredelijk bezwarend zal worden aangemerkt.

Ook is er in Nederland een bescherming voor consumenten opgenomen in de zogenaamde koopregeling. Ook op basis van die regeling, zijn voornoemde 'as is' bepalingen aan te vechten. Echter, net als bij de productenaansprakelijkheid, speelt hier de discussie of de licentiëring van software wel als een koop kan worden gezien. De software wordt juridisch gezien niet verkocht; er wordt slechts een *gebruiksrecht* verleend. Hier schuilt daarom mogelijk wel een adder onder het gras voor Raymond.

Tot slot nog een opmerking. Bij de contractuele aansprakelijkheid, met name de vraag of een afspraak is geschonden, speelt de schuld-

20

Landgericht München 19 mei 2004, (Sitecom GmbH / Netfilter)

21

In de praktijk worden ook producten verhandeld onder verwijzing naar meerdere open source-licenties. Je zult dan per licentie moeten beoordelen of is voldaan aan de vereisten voor de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden en/of of de licentie soortgelijke acceptatie bepalingen bevat als de door ons aangehaalde GPL bepaling.

22

HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (Haviltex). Een gevolg van Haviltex is dat het dus altijd sterk afhangt van de concrete omstandigheden van het geval wat een redelijke uitleg is van een contractuele afspraak.

23

Er zal daarbij ook moeten worden gekeken naar de andere bepalingen van de overeenkomst. Het gaat buiten het bestek van dit artikel om daar bij stil te staan.

vraag wel een belangrijke rol – in tegenstelling tot bij de productenaansprakelijkheid. Indien het schenden van een afspraak niet te wijten is aan schuld, dan is er geen aansprakelijkheid, ook al is er wel aantoonbaar schade geleden. Het meest voorkomende geval is overmacht. Daarvan is bijvoorbeeld sprake bij een natuurramp, zoals wateroverlast of bliksem.

3.3.d. Wat is er afgesproken over aansprakelijkheid?

Als we nu aannemen dat Rooster zijn contractuele afspraak heeft geschonden en dat die te wijten is aan zijn schuld. We weten ook dat Jansen en Raymond schade hebben geleden door de fout in de Webber-applicatie. Kunnen Jansen en Raymond hun schade dan claimen onder het contract?

We hebben gezien dat de open source-licentie in principe alle aansprakelijkheid voor schade uitsluit ('*In no event... be liable to you for damages...*').

We weten inmiddels dat professionele partijen, in principe, een dergelijke volledige uitsluiting met elkaar mogen afspreken. Enige beperking is dat aansprakelijkheid voor schade, die is veroorzaakt door eigen opzet of bewuste roekeloosheid niet mag worden uitgesloten of beperkt. Dat zou namelijk in strijd zijn met het beginsel van 'redelijkheid en billijkheid'. Voor de rest is aansprakelijkheid voor schade dus in principe (volledig) uitgesloten. Dus voor Jansen zien de zaken er niet heel rooskleurig uit. Kortom, mocht Jansen Rooster al aansprakelijk stellen, dan betekent dat nog niet dat Rooster ook daadwerkelijk aansprakelijk is.²⁴

Raymond heeft als consument wederom de consumentenbescherming aan zijn zijde staan. Tegenover Raymond kan Rooster zich dus hoogstwaarschijnlijk niet verschuilen achter de volledige uitsluiting van zijn aansprakelijkheid.²⁵

3.4. Subconclusie

Professionele partijen kunnen, in principe, afspreken wat ze willen. In beginsel zal Rooster dus een beroep kunnen doen op de 'as is' bepaling en uitsluiting van de aansprakelijkheid. Of het beroep slaagt, zal afhangen van het Haviltex criterium en de redelijkheid en billijkheid. Tegenover consumenten houden deze bepalingen hoogstwaarschijnlijk geen stand. Overigens houden sommige open source-licenties hier ook wel rekening mee:

Zo stelt artikel 17 GPLv3 dat:

'If the disclaimer of warranty and limitation of liability provided above cannot be given local legal effect according to their terms, reviewing courts shall apply local law that most closely approximates an absolute waiver of all civil liability in connection with the Program, unless a warranty or assumption of liability accompanies a copy of the Program in return for a fee.'

Artikel 7 GPLv3 geeft bovendien de mogelijkheid om van de aansprakelijkheids-uitsluiting af te wijken:

'Notwithstanding any other provision of this License, for material you add to a covered work, you may (if authorized by the copyright holders of that material) supplement the terms of this License with terms:

a) Disclaiming warranty or limiting liability differently from the terms of sections 15 and 16 of this License.'

4. Conclusie

Is er sprake van een ongelijkheid tussen een broodrooster en (open source) software? Is dus begrijpelijk dat de Eurocommissarissen dit recht willen trekken? Heeft de BSA gelijk met haar argument dat software niet te vergelijken valt met broodroosters?

Ja, er is ongelijkheid tussen broodroosters en (open source) software. Op grond van de productenaansprakelijkheidsregeling hebben we gezien dat (open source) software mogelijk niet onder het begrip product valt. Bovendien hebben we gewezen op enkele specifieke complicaties in een open source-omgeving. Bij de contractuele grondslag speelt het onderscheid ook, maar in mindere mate. Consumenten worden bij contracten sowieso behoorlijk goed beschermd. Er speelt bij de koopbescherming nog wel een soortgelijke discussie over de vraag of software onder het begrip 'koop' valt.

Is die ongelijkheid wel of niet eerlijk? Heeft de BSA terecht kritiek op het voorstel van de Eurocommissarissen. Natuurlijk, software is een hybride product met veel afhankelijkheden. Toch gaan er wel stemmen op om bij alledaagse, standaard softwareproducten, die ongelijkheid weg te nemen. Argument is dat die software nauwelijks verschilt van consumentenproducten waar je enkel de stekker van in het stopcontact hoeft te steken. Vraag is dan weer wel waar je de grens trekt, dus wanneer er geen sprake meer is van een alledaags softwareproduct. Ook spelen ontwikkelingen als SaaS en Cloud hierin een rol, omdat ook in deze situaties niks meer wordt 'gekocht' maar alles in de vorm van diensten geschiedt. Allemaal voer voor juristen.

Overigens denken wij dat het voorstel van de Eurocommissarissen geen soelaas zal brengen. Zij stellen namelijk voor om een bestaande Europese Richtlijn uit 1999 aan te passen. Deze richtlijn beoogt consumentengaranties bij de aanschaf van consumptiegoederen te harmoniseren. Maar deze richtlijn is alleen van toepassing, indien de leverancier bepaalde eigenschappen heeft toegezegd via een garantie. De Richtlijn beoogt namelijk om de positie van consumenten te beschermen indien het product die toegezegde eigenschappen niet blijkt te hebben. We hebben echter gezien dat bij (open source) software, contractueel juist helemaal geen eigenschappen aan de software worden toegezegd. Zolang leveranciers van (closed of open) software niets veranderen aan

24

Onder omstandigheden kan Jansen nog wel proberen (een deel van) zijn geld bij de aanschaf terug te krijgen. Dan zal Jansen het contract wel moeten beëindigen ('ontbinden' in juridisch jargon). De wet koppelt aan de ontbinding, kort gezegd, het gevolg dat dat partijen het contract moeten terugdraaien naar de situatie van net vóór het sluiten van het contract. Overigens mogen partijen hiervan contractueel ook weer afwijken, wat in de praktijk veel gebeurt.

25

Overigens is hier wel van belang dat Rooster de Webber applicatie gratis aan consumenten verstrekt.

hetgeen zij aan 'eigenschappen' toezeggen, verandert het voorstel van de Commissie dus ook niks aan de huidige situatie. In ieder geval niet in Nederland. Maar goed, dit is wellicht meer een juridische 'technicality'.

Al met al heb je in vogelvucht voorzichtig kennis kunnen maken met een paar uitgangspunten in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht, meer in het bijzonder gericht op (open source) software. We willen je daarbij nog meegeven om goed voor ogen te hebben in welke situatie aansprakelijkheid een rol kan spelen. Immers, er zijn veel situaties denkbaar waarbij je iemand liever niet aansprakelijk wilt stellen uit commerciële overwegingen. Ga je als leverancier bijvoorbeeld achter je eigen klanten aan ('never bite the hand that feeds you')?

Wat ons betreft is het daarom erg belangrijk dat je je realiseert welke oplossing je eigenlijk wilt bereiken. Wil je wel schadevergoeding (betalen)? Of heb je liever dat er onderhoud en herstelwerkzaamheden worden uitgevoerd, zodat je alsnog werkende software hebt? Op die manier investeer je juist in de relatie, in plaats van dat je ruziënd over straat rolt met claims over en weer. In veel gevallen zal dat in de praktijk ook zo werken. Partijen sluiten – onzes inziens – liever een contract waarin ze de mate van dienstverlening regelen. Het leveren van software is immers vaak veel meer dan een product, het is een dienstverlening. We raden je dan ook aan om afspraken te maken over garanties en aansprakelijkheden betreffende de mate van dienstverlening. Zo ben je zoveel mogelijk verzekerd dat eventuele gebreken zullen worden hersteld en dat onderhoud aan de software zal worden uitgevoerd. Voldeet de leverancier niet aan die afspraken, dan kan je als afnemer hem alsnog aansprakelijk stellen. Als leverancier dek je je zo beter in tegen allerlei claims, waarvoor je gemakkelijker een oplossing kan bieden.

We kunnen ons echter ook situaties voorstellen waarin aansprakelijkheid voor de software 'an sich' wel degelijk een belangrijke rol kan spelen. In ieder geval is het van belang om altijd voor ogen te hebben welke oplossing je wilt bereiken, zowel voor de software als voor de dienstverlening. Aan de hand van die gewenste oplossing zal je de juridische grondslag moeten vinden en de juridische strategie moeten bepalen. Ons artikel geeft daar enkele handvatten voor. Kortom, baseer je voor (open source) software geschillen altijd op de juiste juridische bron.