

'Advies' is niet altijd goed

'Werkelijk?', vroeg Gildor lachend. 'Elfen geven zelden onvoorzichtige raad, want raad is een gevaarlijk geschenk, zelfs van de wijzen aan de wijzen, en alle zaken kunnen ten kwade keren.'¹

1. Inleiding

In 1986 wees de Hoge Raad het arrest RBC/Brinkers dat als maatgevend voor de beoordeling van de beroepsaansprakelijkheid van de ICT-adviseur wordt aangemerkt.² Inmiddels heeft de ICT sector zich echter verder ontwikkeld en is er een grote diversiteit aan beroepsbeoefenaars ontstaan. De taak van de 'klassiek' adviseur als enkel raadgever is ingenomen door één of meer teams van deskundigen, die vaak maanden op de werkvloer bij de cliënt verkeren. Deze 'adviseur' is niet alleen verbonden aan een adviesbureau, maar kan ook werkzaam zijn bij een leverancier van computerprogrammatuur of een andere dienstverlener.³ Kennis en ervaring van opdrachtgevers zijn inmiddels sterk toegenomen en de dienstverlener is niet steeds meer de enige (externe) partij die bij de uitvoering van een project is betrokken. Soms worden projecten onder de uitdrukkelijke verantwoordelijkheid van de opdrachtgever uitgevoerd. Ook kunnen meerdere 'adviseurs' bij de uitvoering van een project betrokken zijn.

Aan de kwaliteit van dienstverlening worden in wet en jurisprudentie eisen gesteld. Voor 'advisering', een bijzondere vorm van dienstverlening, gelden in het algemeen nog zwaardere eisen. In dit artikel wordt bekeken of de RBC/Brinkers benadering van de Hoge Raad bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van de ICT-adviseur heden ten dage nog onverkort toepasbaar is. Binnen de beroepsgroep van ICT-dienstverleners onderscheiden wij de adviseurs en de overige dienstverleners. Deze laatste groep wordt door ons eenvoudig ook wel aangeduid als 'uitvoerders'. De criteria, die gelden voor de juridische begrippen dienstverlening en advies, worden in dit artikel weergegeven. Daarna wordt gepoogd criteria te vinden waarmee de kwaliteit van dienstverlening in de huidige ICT-sector kan worden getoetst. Hiertoe hanteren de auteurs de begrippen 'professionaliteit' en 'presentatie'.

Dit artikel wordt geïllustreerd met een arbitraal vonnis dat in 1997 onder de hoede van de Stichting Geschillenoplossing Automatisering ('SGOA') werd gewezen. Dit vonnis, dat wij 'Breikant' noemen, geeft een hedendaags slecht lopend ICT-project weer en staat in het onderhavige nummer van Computerrecht afgedrukt. Arbiters passen in die zaak de normen die voor 'advisering' gelden toe, ook al was de dienstverlener niet alleen adviseur. Gesteld wordt dat de handvaten die de auteurs in dit artikel bieden voor de beoordeling van ICT-dienstverlening, het gemakkelijker mogelijk maken de kwaliteit van deze dienstverlening juridisch te beoordelen.

2. Dienstverlening en advisering

Nederlandse literatuur over dienstverlening in het algemeen en advies in het bijzonder is schaars. Advies wordt door Barendrecht en Van den Akker omschreven als 'een beredeneerde aanbeveling om een bepaalde keuze te maken'.⁴ Door middel van deze typering roepen zij het beeld op van een 'klassiek' adviseur. Deze 'raadgever langs de zijlijn' doet op basis van een concrete opdracht een aanbeveling met betrekking tot een afgebakend vraagstuk: 'de aanbeveling is het wezenskenmerk van het advies', schrijven de zoëven genoemde auteurs.⁵ Advisering is te beschouwen als een verzwaarde vorm van dienstverlening: een adviesrelatie is derhalve net als overige dienstverleningsrelaties een overeenkomst van opdracht.⁶ Op adviesrelaties zijn daardoor de algemene artikelen omtrent opdracht van toepassing, tenzij iets anders voortvloeit uit de wet, de inhoud of aard van de overeenkomst van opdracht, een andere rechtshandeling, of de gewoonte. De wettelijke regels omtrent opdracht zijn voornamelijk regelend recht.⁷

Een overeenkomst van opdracht is een consensuele overeenkomst die expliciet of impliciet tot stand kan komen. Een *impliciete* adviseursrelatie ontstaat volgens de geciteerde auteurs wanneer de leverancier van een bepaalde prestatie suggereert dat het specifieke probleem van de afnemer wordt opgelost door de specifieke prestatie die voor de afnemer wordt gecreëerd.⁸ Bij expliciete schriftelijke overeenstemming kan de verplichting tot advisering zowel de hoofdvbintenis als wel een (belangrijke) nevenvbintenis zijn. Ook door enkel mondelinge wilsovereenstemming kan een adviesovereenkomst tot stand komen. Of de adviesrelatie expliciet of impliciet tot stand is gekomen, wijzigt de uit deze relatie voortvloeiende verplichtingen niet. In alle gevallen rust op een adviseur de lastige taak zijn opdrachtgever te begeleiden en veilig door het automatiseringsmoeras te gidsen.⁹

* Respectievelijk advocaat te Amsterdam en student aan de Universiteit Utrecht. Copyright is aan de auteurs voorbehouden.

1 J.R.R. Tolkien, *In de Ban van de Ring*, 'de Reisgenoten'.

2 HR 11 april 1986, *Computerrecht* 1986/3, p. 174-175.

3 Zo nam Cap Gemini in 2000 Ernst & Young Consultancy over en Ordina Rijnconsult, zie ook J. Smit, 'Consultants in de overgang', *Safe* juni 2001.

4 J.M. Barendrecht en E.J.M. van den Akker, *Informatieplichten van dienstverleners*, Deventer: Tjeenk Willink 1999, p. 131. Barendrecht en Van den Akker stellen hiermee aan te sluiten bij het spraakgebruik.

5 J.M. Barendrecht, 'De schimmige status van het advies; naar een privaatrechtelijke regeling van de verplichtingen van adviseurs,' *NJB* 1999/29, p. 1362.

6 Art. 7:400 BW.

7 Art. 7:400 lid 2 BW, wel van dwingend recht is 7:413 BW consumentenbescherming.

8 Barendrecht en Van den Akker, p. 141.

9 Dat niet elke organisatie de overkant van dit moeras bereikt blijkt wel uit de cijfers: onderzoek van Ernst & Young in 2001 toont aan dat het 90% van de grote bedrijven niet lukt om binnen het budget en de tijdsplanning ICT-projecten te realiseren.

3. Advisering en overige dienstverlening in de automatiseringswereld

Een automatiseringsproject kan worden gedefinieerd als het geheel van activiteiten dat tot doel heeft een geautomatiseerd informatiesysteem, in te voeren, te vervangen of (ingrijpend) te wijzigen.¹⁰ Automatiseringsprojecten worden vrijwel altijd gefaseerd uitgevoerd. Er bestaan hiervoor vele methoden, soms worden die methodes weer zelf door software ondersteund. Een bekende methode van projectmatig werken op het gebied van softwareontwikkeling is de 'System Development Methodology' ('SDM'). Hierbij wordt het project onderverdeeld in een aantal fases: de informatieplanning, een definitiestudie, het opstellen van een functioneel ontwerp, de omzetting hiervan in het technisch ontwerp, het daadwerkelijk programmeren, het testen van het resultaat, omzetting van gegevens en de uiteindelijke ingebruikneming en onderhoud.¹¹ Bij elk van deze fases moet de organisatie die automatiseert een aantal keuzes maken en activiteiten ondernemen. Zo heeft een organisatie vaak geen (exact) idee van zijn eigen automatiseringswensen en de bestaande mogelijkheden: wensen moeten worden geïnventariseerd en hieruit dienen eisen te worden gedistilleerd. Informatiestromen zullen moeten worden blootgelegd. Er zal een selectie moeten worden gemaakt van de voorhanden zijnde softwarepakketten, technieken en mogelijkheden.¹² Dienstverleners moeten worden geselecteerd.¹³ Een implementatieplan zal moeten worden opgesteld, enzovoort. De complexiteit en diversiteit van de automatiseringswereld maakt een beroep op deskundigen en externe capaciteit bij de uitvoering van onder andere genoemde taken al snel noodzaak. Er bestaan vele smaken: deze dienstverlener kan een éénmanszaak hebben, maar ook onderdeel zijn van een (internationaal) software huis. Hij kan alleen werken, maar ook onderdeel zijn van een groot team. Soms zal dat team zelfs nog uit vertegenwoordigers van andere organisaties bestaan. Derden kunnen aan het project deelnemen omdat zij (ook) over specifieke (deel-) kennis beschikken, of omdat zij simpelweg als extra capaciteit door de opdrachtgever zijn ingehuurd, als 'handjes' dus. De dienstverlener kan een opdracht zelfstandig uitvoeren, maar ook onderdeel zijn van een team dat voor het overige uit vertegenwoordigers van de opdrachtgever bestaat.¹⁴ Ook besteedt een dienstverlener soms op zijn beurt weer werk uit. Wij mogen dus wel concluderen dat de praktijk zeer divers samengestelde relaties tussen dienstverleners en opdrachtgevers laat zien.

Inmiddels heeft vrijwel iedere wat grotere onderneming of instelling ook een automatiseringsafdeling. Dit draagt zeker bij aan die diverse relatievormen. Het hoofd automatisering is veelal niet meer de 'opgeklommen boekhouder', maar een professional, soms als CIO¹⁵ zelfs lid van het bestuur. Niettemin zijn dergelijke afdelingen vaak op 'beheer' van computersystemen gericht, en niet zozeer op selectie van software en invoering daarvan. Zowel de kennis als de capaciteit om deze activiteiten succesvol af te ronden, heeft een organisatie vaak niet in huis. Met het woord 'capaciteit' doelen wij niet alleen op vaardigheden, maar ook simpelweg op voldoende geschoold personeel. Het inwinnen van advies, het aantrekken van dienstverleners en het inhuren van 'handjes'¹⁶ is dan onontbeerlijk.

In hoeverre moet eigen kennis en ervaring de opdrachtgever worden toegerekend? Tjittes schreef recent een artikel over

deze materie.¹⁷ Op basis van, zijn inziens, niet eenduidige wetgeving en jurisprudentie trekt Tjittes de conclusie dat deze toerekening afhangt van de omstandigheden van het geval, zij het dat de deskundigheid van een derde over het algemeen aan een ondernemer zal worden toegerekend. Deze toerekening is bijvoorbeeld van belang voor de beoordeling van de verantwoordelijkheden van een dienstverlener in het geval de opdrachtgever voorafgaand aan het verlenen van de opdracht gebruik heeft gemaakt van andere dienstverleners of zich tijdens de uitvoering van een ICT-project laat bijstaan door andere dienstverleners. Ook dit is tegenwoordig een alledaagse situatie.

Hierboven is een aantal bij een automatiseringsproject noodzakelijke activiteiten opgesomd waarbij het inroepen van professionele hulp gewenst is. Daaruit valt af te leiden dat de taken die een dienstverlener zal moeten uitvoeren om de gevraagde ondersteuning tot een goed einde te brengen zeer divers zijn. Zo zal de enkele aanbeveling van een adviseur om een informatieplan te schrijven de organisatie weinig verder brengen. Er is sprake van een keur van diensten, die al dan niet (ook) een advieskarakter hebben: het begeleiden bij het opstellen en formuleren van plannen, het maken van inventarisaties, het geven van uitvoering aan haalbaarheidsstudies, projectmanagement, het geven van cursussen aan de toekomstige gebruikers, enzovoort. Al deze activiteiten lijken te vallen buiten de door Barendrecht en Van den Akker gegeven definitie van advies (de beredeneerde aanbeveling). Enkel wanneer de dienstverlener zich bijvoorbeeld tot het adviseren over de keuze van het geschikte softwarepakket zou beperken, doet die situatie zich voor. Deze klassieke adviesrelatie komt echter weinig meer voor: de praktijk laat een minder concrete rolverdeling tussen opdrachtgever en adviseur zien. De adviseur verschijnt dan weer in zijn klassieke hoedanigheid, dan weer als 'gelijkwaardige gesprekspartner' en tenslotte zelfs als (de facto) ondergeschikte van de opdrachtgever. Er is veelal sprake van een continu dienstverleningsproces, waarbij van de adviseur niet alleen adviezen worden verwacht. Deze situatie duiden wij hierna aan als een 'projectrelatie' tussen opdrachtgever en dienstverlener. Wij illustreren deze

10 C. Stuurman, *Aansprakelijkheid en automatisering; De positie van de adviseur*, Lelystad: Koninklijke Vermande B.V. 1986, p. 3 met verwijzing naar R.A. Tengbergen, Een juridische benadering van het inschakelen van softwarehouses en servicebureaus, *Informatie*, 1975, p. 111.

11 M.C.M. Weusten e.a., *Inleiding in de juridische informatica*, Deventer: Kluwer 1996, tweede druk, p. 60 e.v.

12 De hoge omloopsnelheid van de stand van de techniek maakt het uitermate lastig om overzicht te krijgen over de mogelijkheden.

13 Deze selectie is bijzonder lastig. De vele fases die bij een automatiseringsproject doorlopen worden, zorgen voor een divers aantal overeenkomsten met verschillende partijen. Het is door de vele op maat te maken mogelijkheden moeilijk aanbieders met elkaar te vergelijken. Van belang bij het selecteringsproces is de wetenschap dat niet elke automatiseringsdeskundige even betrouwbaar is. Een kwaliteitsschifting is bij gebrek aan algemeen aanvaarde gezamenlijke kennis, zelfregulering en competentiestandaarden moeilijk. Dit overigens in tegenstelling tot onder meer de advocatuur en medische wereld, aldus J. Dumortier, *Typologie van informaticageschillen*, in: H. Franken e.a. (red.), *12 over de SGOA: jubileumuitgave 10 jaar bestaan Stichting Geschillenoplossing Automatisering*, p. 22.

14 Bijvoorbeeld een database-Consultant, die juist vanwege deze specifieke kennis aan een project deelneemt.

15 Chief Information Officer.

16 Niet voor niets is de term 'bodyshopping' ontstaan.

17 R.J. Tjittes, 'Toerekening van kennis van een externe deskundige', *NJB* 2001/1, p. 7 t/m 15.

projectrelatie in de volgende paragraaf met een uiteenzetting van de zaak Breikant.

4. RBC/Brinkers en Breikant: klassieke en hedendaagse advisering

RBC/Brinkers: een klassiek adviseur

Er is weinig gepubliceerde rechtspraak op het gebied van dienstverlening in de ICT. Veelal is er ook nog sprake van een hoge mate van casuïstiek. Hierom is RBC/Brinkers nog steeds van belang. Het Hof heeft in deze zaak duidelijk gemaakt dat de regels betreffende de aansprakelijkheid voor het door de zogenoemde vrije beroepsgroepen gegeven advies ook toepasbaar zijn op de aanwijzingen van de automatiseringsdeskundige. Een automatiseringsdeskundige dient voldoende zorgvuldig te handelen. Bij de toetsing van dit handelen dient de mate van zorgvuldigheid die van een redelijk handelend en bekwaam vakgenoot geëist mag worden, als maatstaf gebruikt te worden.¹⁸ De Hoge Raad bevestigde dit oordeel in zijn arrest van 11 april 1986.¹⁹ In deze zaak wordt een beeld geschetst van een klassieke adviesrelatie: Brinkers Margarine Fabrieken BV ('Brinkers') wilde een deel van het fabricageproces gaan automatiseren en won over de hiervoor noodzakelijke automatisering van de gegevensverwerking advies in bij automatiseringsadviseur Reyn De Blaeij & Co. ('RBC'). Brinkers had haast en wenste spoedige advisering over de aanschaf van enkele computers. Hoewel niet alle feiten uit de arresten van Hof en Hoge Raad blijken, lijkt het erop dat RBC zich met name op het uitbrengen van een advies over de benodigde computerconfiguratie heeft gericht, 'real time' gegevensverwerking mogelijk achtte en is uitgegaan van de mogelijkheid tot een 1:1 conversie van gegevens. Het voor dit advies noodzakelijke onderzoek werd volgens de geraadpleegde rechters onvoldoende grondig uitgevoerd en het advies bleek later dan ook onjuist. Pogingen van RBC om haar cliënt of derden schuld aan te wijven, faalden. Het Hof overweegt bijvoorbeeld dat

'het er voor de cliënt in wezen op neerkomt dat hij goeddeels moet afgaan op het advies van RBC, zonder zich mede een oordeel te kunnen vormen omdat het advies uiteindelijk in sterke mate mede wordt bepaald door niet te kwalificeren ervaring die RBC opdoet "in het veld", waar dagelijks veranderingen kunnen plaatsvinden, die een beslissende invloed op het uit te brengen advies hebben.'

Breikant: de moderne adviseur

Breikant illustreert de complexe verhoudingen tussen opdrachtgever en dienstverlener die zo karakteristiek zijn voor een hedendaags automatiseringsproject. Het takenpakket van de adviseur omvat in dit project niet alleen advisering maar ook uitvoering. Er is sprake van een fabrikant X, die in het begin van de jaren '90 een logistiek automatiseringspakket wil aanschaffen.²⁰ Bedrijf Y heeft aangeboden een definitiestudie uit te voeren en treedt vervolgens als 'adviseur' en als 'begeleider' in het project op. Omdat de casus een aardig voorbeeld is van een projectrelatie, wordt iets langer bij de feiten stilgestaan.

Een team bestaande uit personen van X en Y stelt in dit project allereerst deze definitiestudie op en maakt een investeringsplan. De studie definieert diverse trajecten, die elk een eigen projectleider zullen krijgen. Het project wordt 'aange-

sturd' door een stuurgroep, die wordt voorgezeten door de directeur van X. In de studie wordt cruciaal geacht dat het automatiseringsproject voldoende 'commitment' van X krijgt. Medewerkers van X moeten voldoende tijd vrijmaken. Bij de goedkeuring van de definitiestudie schat Y het benodigde budget op 1,6 miljoen gulden. Vervolgens wordt een Plan van Aanpak opgesteld. Hieruit blijkt de keuze voor een standaard geïntegreerd logistiek pakket, hierna te noemen: 'M'. Het project zal onder verantwoordelijkheid van X worden uitgevoerd, waarbij gebruik wordt gemaakt van de expertise en assistentie van Y. Het projectmanagement zal door X en Y gezamenlijk worden uitgevoerd. Voor de keuze van de standaardsoftware was het uitgangspunt van de stuurgroep 'het minimaliseren van (kosten van) maatwerk en het waarborgen van de continuïteit in releaseopvolging.'²¹ Er wordt een turnkey-overeenkomst²² met Z afgesloten voor de levering van een pakket. De verwachte behoefte aan maatwerk is volgens het Plan van Aanpak bij dit pakket nihil.

Als het pakket is geïnstalleerd, blijkt dit niet te voldoen aan de door X gestelde eisen. Er is sprake van fouten, maar ook blijkt veel maatwerk noodzakelijk te zijn geweest. Door het vele maatwerk zijn nieuwe releases moeilijk te realiseren. Het door Y geschatte budget wordt bovendien ruim overschreden. X meent dat Y toerekenbaar tekort is geschoten in haar verplichtingen door een onjuist pakket te adviseren, welke keuze heeft geleid tot ondeugdelijke automatisering en tot hoge nota's van Z voor de aanpassing van het standaard pakket. Y verweert zich onder meer door te wijzen op onvoldoende commitment bij het personeel van X. Bovendien meent X dat het pakket gekozen is op grond van een duidelijke voorkeur van de X-leden van het projectteam. Daarnaast heeft X, vooral na het vertrek van haar directeur, veel aanvullende functionaliteit geëist, hetgeen leidde tot maatwerkopdrachten. De zaak wordt beslecht overeenkomstig het reglement van de Stichting Geschillen Oplossing Automatisering, een inmiddels bekend instituut in de IT-wereld. Kenmerkend van deze procedure is dat de deskundigen allen affiniteit hebben met ICT-projecten, een groot accent ligt op het buitengerechtelijk oplossen van geschillen en arbiters – mocht het toch nog nodig zijn – in beginsel rechtspreken als 'goede mannen naar billijkheid'.²³

De SGOA arbiters, die Y als 'adviseur' aanduiden, stellen

18 Hof 's-Gravenhage 8 maart 1984, *Computerrecht* 1984/2.

19 HR 11 april 1986, *Computerrecht* 1986/3.

20 Het SGOA arbitrage-reglement maakt het mogelijk om vonnissen geanonimiseerd te publiceren. Hiervan wordt helaas zeer weinig gebruik gemaakt. Dit is jammer en wel om twee redenen. In de eerste plaats is het voor de rechtsvorming van belang kennis te kunnen nemen van de gedachten van de SGOA arbiters. De rol die de SGOA inneemt in de automatiseringsbranche groeit, hierdoor legt de mening van deze Stichting meer gewicht in de schaal. De arbiters zijn goed bekend met de automatiseringsbranche. In de tweede plaats is de rechtszekerheid ermee gebaat dat partijen zich kunnen informeren over de gedachten van de Stichting. Hiermee wordt het voor een grotere kring mogelijk gemaakt een proceskansinschatting te maken. Dit is momenteel voorbehouden aan die selecte groep die al menigmaal in aanraking is gekomen met de SGOA.

21 Overweging 2.4.

22 'Turnkey' is geen vaststaand begrip. Veelal wordt bedoeld dat de leverancier verantwoordelijk is voor het bereiken van het overeengekomen resultaat. Of partijen beogen daardoor een 'resultaatsverbintenis' aan te gaan is afhankelijk van de omstandigheden van het geval.

23 Wie meer wil weten over de SGOA raadplege de in voetnoot 13 genoemde jubileum uitgave of bezoeke de website www.sgoa.org.

voorop dat X mag verwachten dat Y als deskundig adviseur met kennis van zaken te werk gaat. Dit komt, niet verrassend, overeen met de redelijk handelende en bekwame automatiseringsdeskundige van het Hof 's-Gravenhage in de zaak RBC/Brinkers. In eerste instantie maken arbiters daarbij geen onderscheid tussen de verschillende rollen die Y in het project heeft gespeeld (deels adviseur, deels uitvoerder).

Zo zijn de arbiters van mening dat van Y mag worden verwacht dat zij, wanneer het project niet voldoende gedragen werd in de X organisatie zij daar bedacht op had moeten zijn en maatregelen had moeten voorstellen om een 'cultuurverandering' binnen de organisatie van X te bewerkstelligen.²⁴ Ook de stelling van Y dat de hoge kosten zijn veroorzaakt door de vele aanvullende wensen van de X-medewerkers, baat Y niet nu deze wensen:

'in ieder geval voor een deel zijn te verklaren uit de ongelukkige aanpak met betrekking tot het besturingsconcept en het niet optimaal toegesneden zijn van de M-software. Wanneer er daarnaast nog maatwerkopdrachten zijn gegeven die onnodig waren, dan hadden de Y-medewerkers tot taak deze te voorkomen c.q. in te dammen.'²⁵ Y dient X dus af te remmen en *in bescherming tegen zichzelf te nemen*.

De arbiters vinden het opmerkelijk dat er geen onderzoek is gedaan naar andere bekende oplossingen binnen de branche en de Groep waarvan X deel uitmaakt. Dit terwijl Y meende 'dat er ten tijde van het maken van de keuze geen ander pakket voorhanden was dat "evident meer geschikt" was. Met andere woorden de M-software was de minst slechte keuze.'²⁶ Er was dus sprake van een *negatieve* selectie. Wij op onze beurt vinden het dan weer opmerkelijk dat de conclusie die de arbiters (toch) trekken, is dat Y een niet-onzorgvuldige *keuzeprocedure* heeft gevolgd.²⁷ Los van deze casuïstische verbazing volgt hieruit wel impliciet dat *een zorgvuldige keuzeprocedure, waaronder een onderzoeksverplichting*, door de arbiters wordt onderkend.

Een aantal kenmerken van het gekozen pakket diende nadrukkelijker onder de aandacht van X te worden gebracht: Y heeft een pakket geadviseerd

'dat voor wat betreft de succesvolle implementatie risico's en bezwaren inhiel zonder dat Y X daar duidelijk op heeft gewezen.'²⁸ Op deze adviseur rust ook *de plicht om wanneer de cliënt [...] een verkeerde richting zou aanhouden, hem daarvan te weerhouden door waarschuwend op te treden*.²⁹

Y had afwijkingen van het Z pakket van de eisenlijst *krachtiger moeten signaleren*. Indien de waarschuwingen terzijde worden geschoven, zal Y niet kunnen volstaan met een schouderophalen en verder mogen werken. Immers, hoewel de verantwoordelijkheid voor de eindkeuze bij het management van X ligt, is het toch Y die om tot deze keuze te komen een zeer belangrijke rol heeft gespeeld.³⁰ Het management is verantwoordelijk, maar voor de softwarekeuze draagt de adviseur ook een *eigen verantwoordelijkheid*. De adviseur moet bij handelingen van zijn opdrachtgever waar hij niet achter kan staan in het uiterste geval de opdracht teruggeven. X heeft, gelet op de grote hoeveelheid maatwerk, een zeer ongunstig contract gesloten met Z. Dit is mede de adviseur aan te rekenen:

'Naar het oordeel van arbiters hoort begeleiding bij de onderhandelingen met de leverancier van het softwarepakket bij de taak van de professionele adviseur die als begeleider voor het hele traject is ingehuurd.'³¹

Kennelijk zijn (ook) de arbiters van mening dat van een deskundig adviseur meer mag worden verwacht dan alleen het geven van beredeneerd advies. Uit deze uitspraak blijkt dat de arbiters, die als 'goede mannen naar billijkheid' oordelen, van een automatiseringsadviseur die zijn opdrachtgever gedurende het gehele project begeleidt de kwaliteiten van een 'guardian angel' eisen: de adviseur dient zijn opdrachtgever aan de hand te nemen en ongeacht welke hindernissen dan ook, heelhuids naar de overkant van het automatiseringsmoeras te helpen. Maar wordt de soep nu zo heet gegeten als die door de arbiters lijkt te worden opgediend?

Arbiters stellen voorop dat een cliënt zich afhankelijk mag opstellen van de adviseur.³² Dit betekent echter niet dat X kan volstaan met ontspannen achterover leunen. Een automatiseringsproject dient door de inzet en medewerking van alle partijen tot een goed einde gebracht te worden. Bezien moet worden

'of aan de zijde van X al datgene is gedaan wat van haar ter zake van de uitvoering van de overeenkomst tussen partijen mocht worden verwacht. Immers het uitvoeren van een automatiseringsproject is een activiteit, die door leverancier/adviseur en gebruiker/klant gezamenlijk moet worden verricht.'³³ In casu heeft het X aan inzet en medewerking ontbroken, waardoor 'X mede aansprakelijk moet worden gehouden voor de gevolgen van het niet adequaat uitvoeren van het ten processe bedoelde automatiseringsproject.'³⁴ Wij concluderen hieruit dat op een opdrachtgever een *actieve participatieverplichting* in het project rust. Maar de actieve participatieverplichting is niet de enige op de opdrachtgever rustende verplichting. Op X rust de verplichting de adviseur kritisch in de gaten te houden. X had niet mogen volstaan met het enkel volgen van de ontwikkelingen. De arbiters nemen het X kwalijk dat hij Y niet voldoende op 'de huid' heeft gezeten.³⁵ Blijkbaar rust op de opdrachtgever een verplichting de dienstverlener te controleren. Deze *controleverplichting* is echter niet afdoende; de opdrachtgever moet handelen naar de resultaten. Ook op de cliënt rust een soort van *waarschuwingsplicht*. Cliënt dient bij gebleken tekortkomingen van de opdrachtnemer *bijtijds* aan de bel te trekken.

Er zijn twee verschillen tussen RBC/Brinkers en Breikant, die direct opvallen:

24 Overweging 5.3.4.

25 Overweging 5.3.2.

26 Overweging 5.2.6.

27 Overweging 5.2.7.

28 Overweging 5.2.7.

29 Overweging 5.1.9.

30 Overweging 5.1.9.

31 Overweging 5.3.1.

32 Overweging 7.2.

33 Overweging 6.1.

34 Overweging 6.3.

35 Overweging 7.3. Met name het sluiten van het contract met de leverancier door X, zonder een hard en duidelijk advies van Y te hebben gekregen en zonder hierom te hebben gevraagd, wordt door de arbiters als onbegrijpelijk aangeduid.

1. In de Breikant zaak heeft Y, in tegenstelling tot de klasieke RBC/Brinkers adviseur, niet alleen opgetreden als adviseur, maar ook als uitvoerder.
2. De tekortschietende adviseur krijgt, anders dan in RBC/Brinkers, niet de volle nota gepresenteerd. Dit lijkt ons redelijk. In een project als aangevangen in Breikant is de rol en eigen verantwoordelijkheid van X te zwaar en de opdracht van Y te beperkt om alle schade op de adviseur af te wentelen. Anders dan in RBC/Brinkers wordt de opdrachtgever afgerekend op zijn gebrek aan inzet en medewerking aan de uitvoering van het project. Als men kijkt naar de schadevergoeding die wordt toegewezen³⁶ (50% van het honorarium van Y) mag men concluderen dat beide partijen in gelijke mate aan het falen van het project hebben bijgedragen. Hier komen we later nog op terug.

5. De beoordeling van de verantwoordelijkheden van een dienstverlener

Dienstverleners gaan bij de aanvaarding van een opdracht een aantal verplichtingen ten opzichte van hun opdrachtgever aan. Hieronder bespreken wij de algemene verantwoordelijkheden van een (ICT)-dienstverlener. Indien de dienstverlener aan te duiden is als een adviserende dienstverlener zullen de op zijn schouder rustende verplichtingen zwaarder zijn. Door met de opdrachtgever mee te denken, suggereert de adviseur aan de zijde van de opdrachtgever te staan. Uit het vertrouwen dat een opdrachtgever hierdoor in zijn adviseur zal en mag hebben, kan worden afgeleid dat een adviseur grotere verantwoordelijkheden heeft dan een overige dienstverlener. Indien er een duidelijk contract tot stand is gekomen vormt dit uiteraard de eerste indicatie voor de beoordeling van de dienstverlening. Contractsvrijheid stelt partijen in staat overeen te komen wat zij wensen binnen – uiteraard – de grenzen van dwingend recht, de openbare orde en de goede zeden. De praktijk laat echter zien dat adviesovereenkomsten vaker niet dan wel expliciet overeengekomen worden. De wet bevat daarnaast een aantal, niet dwingendrechtelijke verplichtingen voor de opdrachtnemer. Ook beroepsregels en gedragscodes kunnen een opdrachtnemer binden indien aangenomen mag worden dat deze regels behoren tot de 'aard van de overeenkomst' en/of 'de gewoonte'.³⁷

De zorgplicht

De zorgplicht kan worden beschouwd als de hoofdverplichting van een dienstverlener. Een dienstverlener dient bij zijn werkzaamheden 'de zorg van een goed opdrachtnemer in acht te nemen'.³⁸ Hiermee sluit de wetgever aan bij het in de jurisprudentie voor de vrije beroepsbeoefenaren ontwikkelde criterium van 'een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot'.³⁹ Dit in de jurisprudentie ontwikkelde criterium dient te worden beschouwd als een uitwerking van de algemene betekenis van art. 7:401 BW en blijft zijn waarde behouden voor die gevallen waarvoor het ontwikkeld is.⁴⁰ Uit het RBC/Brinkers arrest blijkt dat beoordeling van het ICT-adviseursschap een van die gevallen is. Om te beoordelen of er sprake is van wanprestatie overwoog het Hof in het RBC/Brinkers arrest dat beslissend is

'of het advies om de BF 700 te kiezen – mede gelet op de gegevens omtrent de gang van zaken in het bedrijf van Brinkers die Bronner (=RBC) ten tijde van het geven van dat

advies ter beschikking stonden – al of niet voldeed aan de mate van zorgvuldigheid en deskundigheid die van een redelijk handelend en bekwaam automatiseringsdeskundige geëist mag worden.⁴¹ Het gaat om de vraag of een redelijk handelende en redelijk bekwaame vakgenoot vergelijkbaar gehandeld zou kunnen hebben: er is hier sprake van een marginale toetsing. Deze zorgplicht van een ICT-adviseur is te splitsen in subjectieve en meer objectieve elementen. Er dient bij een beoordeling derhalve gekeken te worden naar de zorgvuldigheid en aandacht die een adviseur in het concrete geval aan de dag heeft gelegd. Daarnaast dient te worden bestudeerd of de adviseur, los van de concrete gebeurtenissen, daadwerkelijk deskundig is.⁴² Veel softwarehuizen hebben permanente scholingsprogramma's. De opdrachtgever mag er daardoor vanuit gaan dat de dienstverlener aan dergelijke programma's heeft deelgenomen en eventuele certificaten heeft behaald, die bij de uitoefening van de functie behoren. Overigens leveren dienstverleners van een softwarehuis soms hun CV's bij de (aspirant-) opdrachtgevers in, die dan vervolgens een keuze maken. Dit komt met name voor in situaties waarin de projectverantwoordelijkheid bij de opdrachtgever blijft berusten.

Onderzoeksplicht

Hoe meer een dienstverlener te weten kan komen over de wensen van zijn opdrachtgever, hoe beter zijn dienstverlening kan zijn. Maar is een dienstverlener *verplicht* onderzoek te doen naar de relevante feiten en daadwerkelijke behoeften van zijn opdrachtgever? Barendrecht en Van den Akker vinden het aannemelijk dat deze verplichting afhankelijk is van het soort relatie tussen de opdrachtgever en dienstverlener. Bij een standaarddienst is zo een onderzoek niet noodzakelijk. Er wordt immers niet de verwachting gewekt dat deze dienst een sluitende oplossing biedt.⁴³ Een onderzoeksverplichting mogen we daarentegen wel aannemen in het geval van advisering. Bij advisering is immers wel sprake van een 'probleem' waarvoor een specifieke oplossing aangeboden wordt. Om een individuele oplossing aan te kunnen bieden is nader onderzoek noodzakelijk. Tussen de maatwerkoplossing en de standaarddienst bevindt zich nog een grijs gebied waarin het bestaan van een onderzoeksverplichting afhankelijk zal zijn van de omstandigheden van het geval. Barendrecht en Van den Akker zijn niet enthousiast over een onderzoeksplicht in deze gevallen: 'het gaat erg ver om iedere dienstverlener die zijn diensten niet heeft gestandaardiseerd, te verplichten om onderzoek te doen naar de precieze omstandigheden en behoeften van iedere potentiële afnemer'. Daarbij zal de tot stand gekomen informatie-uitwisseling, op gang gebracht

36 Bij de juridische redenering die arbiters volgen zijn wel wat kanttekeningen te plaatsen, maar dat zou het bestek van dit artikel te buiten gaan.

37 B. Wessels, *Algemene bepalingen inzake de overeenkomst van opdracht*, in: C.C. Van Dam e.a., *Opdracht en dienstverlening*, Zwolle: Tjeenk Willink 1994 p. 11.

38 Art. 7:401 BW.

39 Zie onder meer HR 12 april 1985, NJ 1986/809 (Advocaat), HR 9 november 1990, NJ 1991/26 (Orthopedische arts), HR 9 juni 2000, NJ 2000/460.

40 *Kamerstukken I*, 1992/93, 17 779, nr. 95b (MvA).

41 R.o. 15.

42 Voor verdere informatie hierover verwijzen wij naar I.P. Michiels van Kessenich-Hoogendam, *Beroepsfouten*, Zwolle: Tjeenk Willink 1995, derde druk, p. 26-28.

43 Barendrecht en Van den Akker, p. 50-52.

door de probleemomschrijving van de opdrachtgever en de informatieverplichting van de dienstverlener, voldoende informatie opleveren.⁴⁴

Op de adviserende dienstverlener rust dus steeds een onderzoeksplicht. Dit onderzoek zal hij in de eerste plaats moeten richten op het wensenpakket van zijn opdrachtgever. Hij zal er niet lichtvaardig op mogen vertrouwen dat de opdracht die hij heeft meegekregen op alle fronten correct is. Ook als een opdrachtgever een voorkeur uitspreekt voor een bepaald systeem zal de adviseur *in meer of mindere mate* moeten onderzoeken of dit inderdaad de meest gewenste oplossing is. Een adviseur dient zijn best te doen om de werkelijke behoeften van zijn opdrachtgever boven tafel te krijgen. Zo zal hij moeten nagaan of zijn opdrachtgever wel tevreden is met de mogelijkheden die het gewenste standaardpakket biedt. Ook mag van

*'een zorgvuldig handelend adviseur verwacht worden dat hij, alvorens zijn advies uit te brengen, een deugdelijk onderzoek instelde naar de structuur van het bedrijf, aldus het Hof in RBC/Brinkers.'*⁴⁵

Nadat is vastgesteld tot welk doel een automatiseringsproject moet leiden, zal de adviseur soms opdracht krijgen onderzoek te doen naar de mogelijkheden die de markt biedt. Hieruit volgt dat een adviseur moet weten waar Abraham de mosterd kan halen: hij moet op de hoogte zijn van de 'state-of-the-art' en zal (dus) zijn vakliteratuur bij moeten houden. Bij het onderzoek naar mogelijke oplossingen zullen de gevolgen van, bijvoorbeeld, de invoering van een nieuw systeem, ook nauwkeurig moeten worden bestudeerd. Vragen die hierbij onder meer beantwoord moeten worden zijn: welke effecten heeft dit nieuwe systeem op de bedrijfsorganisatie van de opdrachtgever? Is het mogelijk om alle bedrijfsgegevens te converteren en welk kostenplaatje past hierbij?⁴⁶

Voor al het onderzoek geldt dat de adviseur actief op zoek zal moeten gaan naar de relevante informatie, hij voldoende informatie moet verwerven en hij daarbij grondig te werk moet gaan. Onderzoek en analyse zal diepgravend genoeg moeten zijn om alle relevante informatie op tafel te krijgen. Van een opdrachtgever kan niet worden verwacht dat hij de vereiste informatie op eigen initiatief zal selecteren en aandragen.⁴⁷ Het uiteindelijke rapport is gebaseerd op de onderzoeksresultaten: een fout of onvolledigheid in dit onderzoek is de adviseur aan te rekenen. Een adviseur die bij zijn onderzoek niet voldoende medewerking krijgt, zal zich hierachter niet mogen verschuilen. Hij dient dan zijn eigen verantwoordelijkheid te nemen en zal moeten pogen hierin verandering te brengen. Lukt dit niet dan zal hij in het uiterste geval de opdracht terug moeten geven. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer de adviseur ontdekt dat een project (binnen de gegeven kaders) onuitvoerbaar is. Anders is dit indien zijn opdrachtgever een onjuist beeld heeft geschetst dan wel relevante gegevens heeft achtergehouden: hieruit kan geen aansprakelijkheid van de adviseur ontstaan.⁴⁸ Wel dient een adviseur zijn opdrachtgever voldoende duidelijk te hebben gemaakt welke gegevens relevant zijn en moet hij zijn opdrachtgever een redelijke termijn gegund hebben deze informatie aan te dragen.⁴⁹

Informatieplicht⁵⁰

Een dienstverlener moet de opdrachtgever op de hoogte

houden van zijn werkzaamheden.⁵¹ Deze informatieverplichting rust op de dienstverlener voorafgaand aan en tijdens de uitvoering van de dienstverlening. Alle informatiever-schaffing moet zo volledig mogelijk zijn en uiteraard ook begrijpelijk: een in onbegrijpelijk vakjargon opgesteld advies heeft geen waarde voor de opdrachtgever. De informatieverplichting voorafgaand aan de daadwerkelijke dienstverlening heeft als doel de opdrachtgever in staat te stellen te bepalen of de aangeboden dienst aan zijn behoeften tegemoet komt. Er zal derhalve onder meer een omschrijving van de dienst gegeven worden en er mag ook een vermelding van de hieraan verbonden risico's worden verwacht. Tijdens het project kan de verschafte informatie gebruikt worden om de dienstverlener bij te sturen. Ook kan de verschafte informatie gebruikt worden om verantwoording af te leggen. Een dienstverlener is aan de opdrachtgever verantwoording verschuldigd over de wijze waarop hij zich van zijn taak heeft gekwetend.⁵² De verstrekte informatie draagt bij aan het verschaffen van het noodzakelijke inzicht in het doen en laten van de dienstverlener. De gedragscode van de Nederlandse Vereniging van Beëdigde Informaticadeskundigen ('NVBI') verplicht zijn makelaars dan ook hun handelen zorgvuldig te documenteren zodat *'oordeel en bevindingen toetsbaar en [...] werkzaamheden overdraagbaar zijn.'*⁵³ Deze informatieverplichting geldt voor alle dienstverleners: ook aanbieders van gestandaardiseerde dienstverlening hebben een informatieplicht. De aanbieder van een oplossing op maat heeft daarnaast nog meer informatieverplichtingen. Hij dient de uit de onderzoeksplicht voortvloeiende informatie zo over te brengen dat de opdrachtgever in staat wordt gesteld een gefundeerde keuze te maken: dit is het primaire doel van de informatieplicht. Het is en blijft uiteindelijk toch de opdrachtgever die knopen behoort door te hakken.

Waarschuwingsplicht

Een dienstverlener dient zijn opdrachtgever te waarschuwen voor de risico's die verbonden zijn aan de dienst die hij aanbiedt. Risico's die niet verbonden zijn aan deze diensten hoeft een dienstverlener waarschijnlijk niet te melden. Barendrecht en Van den Akker trekken een parallel tussen productverkopers en dienstverleners: verkopers van goederen hoeven hun afnemers normaliter ook niet in te lichten over risico's die niet verbonden zijn aan het product zelf.⁵⁴ Zij zien geen principiële reden om de dienstverlener op dit punt anders te benaderen dan de productverkoper. Dit zou wellicht anders kunnen zijn indien de ernst van het gevaar is gedrongen tot het bewustzijn van de dienstverlener.⁵⁵ De

44 Barendrecht en Van den Akker, p. 51-52.

45 R.o. 24.

46 Barendrecht en Van den Akker, p. 143 met verwijzing naar C. Zahrt, 'Die Rechtsprechung zu Aufklärungs- und Beratungspflichten vor Computerbeschaffungen', *N/W* 1995, p. 1785.

47 C. Steurman, *Aansprakelijkheid en automatisering; De positie van de adviseur*, Lelystad: Koninklijke Vermande BV 1986, p. 40.

48 I.P. Michiels van Kessenich-Hoogendam, p. 30.

49 I.P. Michiels van Kessenich-Hoogendam, p. 30.

50 Art. 7:402 BW.

51 Art. 7:403 lid 1 BW.

52 Art. 7:403 lid 2 BW.

53 Gedragscode NVBI, gedragsregel 9.

54 Barendrecht en Van den Akker, p. 114.

55 Barendrecht en Van den Akker, p. 111-123.

adviseur moet zijn opdrachtgever expliciet wijzen op de risico's en bijzonderheden die zijn verbonden aan het opvolgen van de voorgestelde oplossing.⁵⁶ Ook de arbiters in Breikant namen het Y kwalijk dat hij niet waarschuwend opgetreden had. Zijn waarschuwingsplicht reikt in beginsel niet zo ver dat zeldzame risico's vermeld moeten worden: enkel reële risico's behoeven te worden vermeld.⁵⁷ Stuurman wijst in dit verband op de overweging van de Haagse rechtbank in de RBC/Brinkers procedure: '[...] indien de minicomputer goedkoper doch minder geschikt was, het op de weg van (de adviseur) had gelegen zijn client hiervoor te waarschuwen'.⁵⁸

Vermelden van alternatieven

Het feit dat een dienstverlener meerdere petten kan dragen vormt soms een belemmering bij het beantwoorden van de vraag of er sprake is van een advies of uitvoering. Automatiseringsbedrijven bieden vaak een grote diversiteit van diensten aan. Men ontwikkelt software, verkoopt hardware, host websites, detachert IT-specialisten en daarnaast adviseren de bedrijven hun opdrachtgevers. Het is dan niet onwaarschijnlijk dat in sommige gevallen een van die petten over de ogen van de adviseur glijdt en daarmee een onpartijdige, vrije blik onmogelijk maakt. De adviseur heeft immers belangen bij een keuze. Een softwaredeveloper met een adviseurszorgverplichting op zijn schouders, wil de opdracht graag binnenhalen. Uiteraard moet de opdrachtgever hierop ook zelf bedacht zijn.

Dat een algemeen deskundige in bepaalde gevallen een doorverwijzingsplicht naar een specialist heeft staat niet ter discussie. Een opdrachtgever mag immers vertrouwen op de deskundigheid van de opdrachtnemer. Bij gebrek hieraan in het specifieke geval zal de opdrachtnemer dienen te verwijzen. De gedragscode van de NVBI vermeldt geen verwijzingsplicht maar eist van zijn makelaar dat hij zich bij de uitoefening van de opdracht laat bijstaan door een ter zake kundige.⁵⁹ Voor aanpassingen aan geleverde software zal een leverancier dienen door te verwijzen naar een hiertoe geoutilleerde organisatie. Maar is een automatiseringsadviseur verplicht een beter, veelzijdiger, goedkoper alternatief van de concurrent te vermelden? Een adviseur zal zijn opdrachtgever in staat moeten stellen een afgewogen keuze te maken.

Daarbij hebben we vastgesteld dat een opdrachtgever mag vertrouwen op zijn adviseur. In zijn algemeenheid kan men dus stellen dat een adviseur in zijn advies alternatieven, met de daaraan klevende voor- en nadelen, moet vermelden. Een uitzondering op deze algemene doorverwijzingsplicht kan naar onze mening echter voortvloeien uit de taak en functie van de adviseur. Uit de taak en functie van bijvoorbeeld een softwareontwikkelaar of leverancier vloeit voort dat hij slechts in uitzonderlijke omstandigheden een verwijzingsplicht heeft. Deze softwareontwikkelaar mag verwachten benaderd te zijn om de diensten die zijn organisatie levert: voor een uitgebreide verwijzingsplicht is men bij een ontwikkelaar of leverancier niet aan het juiste adres. Wellicht dat dit anders is indien evident nadeel voor de opdrachtgever dreigt. Het is een ontwikkelaar niet toegestaan bewust schade toe te brengen aan zijn opdrachtgever. Indien deze ontwikkelaar een volledig pakket zal moeten ontwikkelen, terwijl de concurrentie een pakket op de schappen heeft liggen dat volledig aansluit bij de wensen van de opdrachtgever én de ontwikkelaar hier kennis van zou moeten hebben, moet de dienst-

verlener doorverwijzen. Zo'n klaarblijkelijke situatie zal zich in de praktijk echter niet snel voordoen.

Natuurlijk moet niet uit het oog verloren worden dat er voor de opdrachtgever ook voordelen zitten aan meerdere petten op een hoofd. Kostenbesparing is het meest evidente voordeel. Vaak is met een ontwikkelaar een prijs af te spreken voor het hele project. Dit brengt meestal een aanzienlijke prijskorting met zich mee.

Het nemen van eigen verantwoordelijkheid

Elke dienstverlener dient gevolg te geven aan tijdig verleende en verantwoorde aanwijzingen omtrent de uitvoering van de opdracht.⁶⁰ Deze aanwijzingen hoeft de dienstverlener niet klakkeloos op te volgen: de aanwijzingen ontheffen hem niet van zijn eigen verantwoordelijkheden. Indien de aanwijzingen buiten de opdracht vallen mag een dienstverlener deze weigeren. Ook als de aanwijzingen onderwerpen betreffen die de opdrachtnemer normaal dient op te volgen, is hij niet *gehouden* gevolg te geven aan de aanwijzingen. Zo zal het programmeur X, als hij op redelijke grond niet met de opdracht uit de voeten kan, vrijstaan de overeenkomst op te zeggen.⁶¹ Een ICT-adviseur bepaalt voor een groot deel zelf hoe hij zijn opdracht dient te vervullen. Dit kwam ook in de RBC/Brinkers procedure naar voren: indien een adviseur de gevolgen voor de gekozen snelle methode niet voor zijn rekening wenst te nemen zal hij dit uitdrukkelijk moeten stipuleren,

'temeer [...] waar Bronner (=RBC) begrijpen moest en ook begrepen heeft dat in een aangelegenheid als de onderhavige de cliënt vaart op het kompas van de door hem ingeschakelde deskundige adviseur'.⁶² In hoeverre mag een adviseur zich laten leiden door de wensen van zijn afnemer? Blijkbaar tot zover als een deskundig adviseur dit raadzaam vindt. Indien een opdrachtgever zich niet conformeert aan het advies, zal een adviseur hem hier nadrukkelijk op moeten attenderen. Indien de keuzes van de opdrachtgever niet te verenigen vallen met de mening van de adviseur, zal deze op basis van zijn *eigen verantwoordelijkheid* zijn conclusies moeten trekken en hier naar moeten handelen. In het uiterste geval zal hij naar onze mening de opdracht terug moeten geven. In de gedragscode van de NVBI is eveneens opgenomen dat de bemiddelaars in computer hard- en software die zijn aangesloten bij de NVBI een opdracht niet zullen aanvaarden of continueren indien een opdracht *'in strijd is met zijn opvattingen ten aanzien van de wijze waarop de desbetreffende opdracht uitgevoerd dient te worden'*.⁶³

In de praktijk is hier sprake van een spanningsveld: de opdrachtgever zal de financiële gevolgen moeten dragen van de ruimte, die de dienstverlener claimt. Indien de dienstverlener

56 C. Stuurman, 'De aansprakelijkheid van de automatiseringsadviseur', *Computerrecht* 1986/3, p. 148.

57 I.P. Michiels van Kessenich-Hoogendam, p. 33.

58 C. Stuurman, 'De aansprakelijkheid van de automatiseringsadviseur', *Computerrecht* 1986/3, p. 148.

59 Gedragscode NVBI, gedragsregel 2.

60 Art. 7:402 lid 1 BW.

61 Art. 7:402 lid 2 BW.

62 R.o. 29 Hof 's-Gravenhage.

63 Gedragscode NVBI, gedragsregel 1.

het nodig acht iedere vergadering bij te wonen, zal dit op de rekening die hij zijn opdrachtgever presenteert terug te vinden zijn. Als hij echter te weinig uren aan het project mag besteden, dan zal de dienstverlener zijn eigen verantwoordelijkheid niet kunnen waarmaken. De dienstverlener die zich als waakhond heeft gepresenteerd zal op zijn strepen moeten gaan staan: de opdrachtgever zal hem in staat moeten stellen voldoende in het project te participeren en zal de kosten daarvan moeten dragen. Uiteraard is het dan weer de verantwoordelijkheid van de dienstverlener 'niet meer uren dan nodig te maken'. De dienstverlener, die niet als 'waakhond' is ingehuurd, maar slechts een duidelijk afgebakende taak heeft, kan zich afstandelijker opstellen. Voor hem geldt met name de informatieplicht.

Uiteraard kennen wij niet alle details van Breikant, maar wij menen dat de dienstverlener de ruimte en verantwoordelijkheden had moeten claimen om zijn verantwoordelijkheid als 'waakhond' te kunnen invullen. Wellicht had Y er niet mee akkoord moeten gaan dat X eindverantwoordelijk zou zijn voor de uitvoering van het project, omdat dit per beginsel zou betekenen dat Y meer uitvoerend zou opereren en dus minder waakhond zou kunnen zijn.

6. Advisering en overige dienstverlening onderscheiden

Uit de vorige paragraaf komt duidelijk naar voren dat een adviseur verdergaande verplichtingen heeft dan een uitvoerder. Deze hieruit voortvloeiende grotere verantwoordelijkheid brengt mee dat een adviseur eerder kan worden aangesproken op het niet vervullen van zijn taak dan een uitvoerder. Om tot een redelijke verdeling te komen van de verantwoordelijkheden lijkt het derhalve van belang onderscheid te maken tussen advisering en overige dienstverlening. De Breikantzaak illustreert echter dat dit onderscheid in de praktijk bijzonder lastig te maken is. 'Advies' was aan de orde bij de start van het automatiseringsproject, onder meer met betrekking tot de keuze van het softwarepakket en de omvang van de investering. De term 'uitvoering' valt echter zodra X de eindverantwoordelijkheid voor het project neemt, zelf de software 'inkoopt' en Y 'slechts' medewerkers ten behoeve van het projectteam levert. Kijken we naar het hele project dan kunnen we spreken over een projectrelatie tussen X en Y.

De vaak actieve rol van de adviseur is een eerste aanwijsbare oorzaak van het onderscheidingsprobleem binnen zo'n projectrelatie. De grenzen van het traditionele adviseren worden regelmatig overschreden: hij adviseert en voert uit. Regelmatig wordt de adviseur een actieve en leidende rol toebedeeld bij de uitvoering van het project. Zogenaemde stuurgroepen of projectgroepen worden in het leven geroepen van waaruit het project wordt aangestuurd. Deze stuurgroepmethodiek werd ook in de Breikant zaak gehanteerd. In deze groepen nemen dan zowel vertegenwoordigers van de opdrachtgever als medewerkers van de automatiseringsdeskundige plaats. In nauwe samenwerking sturen zij het project: de taak van de adviseur hierin is onder meer het inbrengen van zijn kennis, de taak van de opdrachtgever onder meer knopen door te hakken. Door de hoge mate van interactie binnen zo een groep wordt de scheiding tussen advisering en uitvoering aan het zicht onttrokken.

Advisering gaat vaak arm in arm met overige dienstverlening.

Dit is als een tweede oorzaak aan te wijzen waarom het onderscheid tussen advisering en uitvoering binnen een projectrelatie zo moeilijk te maken is. De opkomst van de grote automatiseringsbedrijven met hun ruime dienstenaanbod heeft hieraan bijgedragen. Het is tegenwoordig zeer lastig om een adviseur te ontwarren in een kluwen diensten die door een bedrijf wordt aangeboden, terwijl de afgesloten overeenkomst het (juridische) element 'advies' vaak niet als zodanig noemt. Organisaties met automatiseringsbehoeften stappen veelal naar een leverancier voor de verwerving van een totaalpakket. Vervolgens voert dit automatiseringsbedrijf een 'feasibility study' en andere onderzoeken uit. Het is bijzonder lastig en nogal casuïstisch om te beoordelen of de aanwijzingen van dit automatiseringsbedrijf nu als een aanbod van producten en diensten moeten worden beschouwd of als advisering.

7. Professionaliteit en presentatie

Binnen een (ICT)-dienstverleningsrelatie is er vaak sprake van een overgang van uitvoering naar advisering. Een regelmatig voorkomende praktijk is dat een bedrijf in de hoedanigheid van leverancier wordt aangezocht en gaandeweg een adviseursrol aanneemt. Het lijkt Barendrecht en Van den Akker redelijk om als omslagpunt van uitvoering naar advisering de indruk te gebruiken die de dienstverlener bij de opdrachtgever wekt. Indien een dienstverlener suggereert de oplossing voor een specifiek probleem aan te dragen ontstaat een adviesrelatie. Het kleurverschieten van de uitvoerder naar adviseur vindt dan plaats '[...] op het moment dat de dienstverlener suggereert dat het specifieke probleem van de afnemer wordt opgelost door de specifieke dienst die voor de afnemer wordt gecreëerd.'⁶⁴

Hoewel wij deze opvatting onderschrijven, benadert zij advisering op klassieke wijze: advisering als gericht op het geven van eenmalige aanbeveling(en) naar aanleiding van één of meer specifieke vragen. De vragen, die in de praktijk aan de ICT-adviseur worden gesteld, zijn echter vaak minder eenduidig. Het specifieke probleem is minder scherp af te bakken. Bovendien is de rolverdeling tussen opdrachtgever en adviseur in een projectrelatie als Breikant minder concreet. De arbiters menen dat de volledige rekening voor het mislukken van het Breikantproject toch ook weer niet bij adviseur Y terecht behoort te komen. Hun redenering lijkt nu wat gekunsteld: Y is als 'adviseur' toerekenbaar tekort gekomen, maar opdrachtgever X in wezen ook. De schadelijke gevolgen van het mislukken van het project worden daarom door arbiters 'verschmertz'. Ons inziens laat dit vonnis daarom zien dat door de onontwarbaarheid van taken die een automatiseringsdienstverlener op zich neemt, de juridische maatstaven

64 Barendrecht en Van den Akken, p. 141. Barendrecht en Van den Akker menen overigens dat het feit dat '[...] de dienstverlener [...] expliciet kenbaar maakt dat de afnemer zelf verantwoordelijkheid heeft om te bezien of de aangeboden maatwerkoplossing voor hem de juiste is, een weerlegging kan zijn van het vermoeden dat het aanbieden van een maatwerkoplossing een adviesplicht meebrengt.' In Breikant lijkt het erop alsof Y die verantwoordelijkheid ('de projectverantwoordelijkheid') bij X had neergelegd. Bovendien had X zelf voor de, achteraf ondeugdelijke software gekozen en onvoldoende meegewerkt aan een succesvolle uitvoering van het project. De SGOA-arbiters meenden niettemin dat Y toerekenbaar was tekort geschoten. Met name de ongelijkwaardigheid (qua automatiseringskennis) tussen de partijen was in de ogen van arbiters doorslaggevend. 'Bij X ontbrak de kennis in eigen huis en daarom huurde zij Y als professionele adviseur en begeleider in', oordeelden zij.

die gelden voor advies, niet zonder meer toepasbaar zijn. Om nu toch in staat te zijn een dienstverlener aan te spreken op de verantwoordelijkheden die op hem rusten, willen wij voor de aansprakelijkheidsbeoordeling van een automatiseringsdeskundige niet krampachtig blijven vasthouden aan een tegenstelling tussen advisering en overige dienstverlening. Als gezegd: de adviesnormen blijven ons inziens van toepassing wanneer de dienstverlener een concrete oplossing voor een concreet probleem aandraagt. Wanneer die situatie zich niet specifiek voordoet, maar er sprake is van een projectrelatie, pleiten wij voor een invalshoek, die uitgaat van de begrippen 'professionaliteit' en 'presentatie'.

Professionaliteit

Van elke ICT-dienstverlener mag in ieder geval worden verwacht dat hij handelt zoals van een *professional* mag worden verwacht. Om alle verwarring rondom advisering en overige dienstverlening te voorkomen, vermijden wij hier zowel de terminologie uit art. 7:401 lid 1 BW ('goed opdrachtnemer') als de, in de jurisprudentie voor specifieke dienstverleners (onder andere de ICT-adviseur) ontwikkelde zorgplicht ('redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot'). Wij menen dat het voor de beoordeling van de vraag of de dienstverlener professioneel heeft gehandeld dan wel wanprestatie heeft gepleegd, het allereerst noodzakelijk is om de verantwoordelijkheden die verbonden zijn aan de (i) taak en de (ii) functie van de dienstverlener te objectiveren. Onder de 'taak' verstaan wij de tussen opdrachtgever en dienstverlener overeengekomen arbeid. Met 'functie' doelen wij op het beroep, de titel die de dienstverlener draagt. De dienstverlener die niet voldoet aan geobjectiveerde eisen die gesteld kunnen worden aan zijn taak en functie kan hierop door de opdrachtgever worden aangesproken.

Zo heeft een programmeur bijvoorbeeld een bepaalde opleiding en ervaring. Een ingehuurde 'junior' programmeur heeft weinig ervaring, een duurder 'senior' programmeur daarentegen veel. Van de functie 'senior' programmeur mag meer verwacht worden dan van zijn minder ervaren collega. Beiden behoren hun taken professioneel uit te voeren. Hierbij hoort voor beiden echter ook de verplichting te weten welke taken wel of niet aan hen behoren te worden toevertrouwd: een programmeur is doorgaans geen projectleider. De opdrachtgever mag verwachten dat de programmeur zijn vak beheerst en geen taken uitvoert die niet bij zijn functie behoren.

Hieruit kan ook een waarschuwend taak voortvloeien: de programmeur in dit voorbeeld, informeert zijn opdrachtgever over negatieve ontwikkelingen, die hij op basis van zijn deskundigheid behoort te kunnen waarnemen (bijvoorbeeld het feit dat hij geen duidelijke instructies heeft). Een heldere functioneringsbeoordeling wordt hiermee mogelijk zonder te struikelen over een vraagstuk of er sprake is of was van 'een advies'.

Presentatie

Naast de professionaliteit van een dienstverlener zijn de ver-

wachtingen die een opdrachtgever van een dienstverlener mag hebben, naar onze mening afhankelijk van de hoedanigheid waarin deze dienstverlener zich heeft geprofileerd ('de presentatie'). In het voortraject van de contractering, in de overeenkomst, bij tussentijdse uitbreiding van de dienstverlening of door middel van de wijze waarop de dienstverlener zich in de projectrelatie opstelt, worden door de dienstverlener verwachtingen gewekt. Heeft hij zich voorgedaan als de 'probleemoplosser', of is hij voor dat doel gecontracteerd, dan mag hij daarop ook afgerekend worden. Was hij 'slechts' uitvoerder dan is het niet redelijk hem volgens de normen die gelden voor 'advies' af te rekenen. Is er sprake van gedeelde verantwoordelijkheid voor de uitvoering van een project dan moet vastgesteld worden welke rol de dienstverlener daarin had.

De term 'advies' en de daarbij horende verantwoordelijkheden zouden wij daarbij willen reserveren voor individuele aanbevelingen dan wel voor dienstverleners die zich hebben voorgedaan als partijen die het welslagen van een ICT-project begeleiden, dan wel voor dat doel zijn gecontracteerd. De laatste situatie is de moeilijkste: hoe stelt men vast of de dienstverlener verantwoordelijkheid heeft genomen voor het slagen van een project? Volgens deze benadering is er zeer waarschijnlijk sprake van advisering indien de opdrachtgever zelf niet of nauwelijks deelneemt aan de uitvoering van het project. Ook als de dienstverlener de belangrijkste rol binnen het project op zich neemt en/of de dienstverlener heeft aangegeven of is gevraagd om (hoofdzakelijk) een adviesrol te vervullen ('waakhond'), draagt de dienstverlener de verzwaarde verantwoordelijkheid. In gevallen waarin advisering minder helder waar is te nemen, zal weer nadrukkelijk naar de professionaliteit, de geobjectiveerde taak en functie van dienstverlener, en de presentatie van de dienstverlener gekeken moeten worden. Zo zal in het geval de opdrachtgever zelf wél deelneemt aan de uitvoering van het project en/of de dienstverlener één van de (belangrijke) partijen bij de uitvoering van het project is, gekeken moeten worden wat van die dienstverlener gezien zijn presentatie en zijn geobjectiveerde taak en functie, mag worden verwacht. De adviesverplichtingen zijn dan niet onverkort van toepassing. Wanneer arbiters in de Breikant zaak deze twee begrippen hadden toegepast, zouden zij naar ons gevoel meer hebben steun gehad bij het onderbouwen van hun oordeel. Arbiters hadden kunnen nagaan welke taken en functies de werknemers van de dienstverlener hadden en of zij daar professioneel invulling aan hebben gegeven. Vervolgens hadden zij kunnen beoordelen of de opdrachtgever redelijkerwijs had mogen verwachten dat de dienstverlener het project succesvol tot een eind zou brengen. Als zij tot dat oordeel waren gekomen zou de tekortkoming van de dienstverlener, ondanks de diffuse rolverdeling, hebben vastgestaan. Matiging van de schadevergoeding wegens 'eigen schuld' blijft dan natuurlijk wel altijd mogelijk, zodat toch nog het kennelijk door arbiters billijk geachte resultaat kan worden bereikt.