

Het Praktijkboek Cloud Contracten: Recht rendeert voor uw onderneming

- Wat u moet weten over cloud contracten gebundeld in een praktische en deskundige gids.

Crealaw

Het Praktijkboek Cloud Contracten

Wat u moet weten over cloud contracten gebundeld in een praktische en deskundige gids.

Ywein Van den Brande

www.crealaw.eu

Crealaw

Copyright © Crealaw - Ict Law Partners bvba 2013

Uitgever: Crealaw - Ict Law Partners bvba

Witte Patersstraat 4

1040 Brussel

O.N. 0832.298.008

ywein@crealaw.eu

Waarschuwing: Het Praktijkboek Cloud Contracten bevat deskundig en praktisch advies voor iedereen die wordt geconfronteerd met recht en software. Het vervangt evenwel geen persoonlijk advies en bijstand van een juridisch raadsman. Zeker met het overnemen van typeclausules dient te worden opgelet aangezien deze aan de specifieke situatie dienen te worden aangepast. Hoewel het met zorg is samengesteld, is de uitgever niet verantwoordelijk voor eventuele vergissingen.

978-1-62590-232-0

Inhoud

1. Inleiding	7
2. Cloud contracten onderhandelen?.....	11
3. Waaruit bestaat een cloud contract?	13
A. Standaard cloud contracten	13
B. Het modelcontract	14
4. Dienstverlening in de cloud (SLA).....	17
A. Welke diensten dienen te worden geleverd onder welke voorwaarden?	17
B. Inspanning of resultaat?.....	17
C. Service in de cloud.....	18
5. Opschorting en beëindiging van de cloud diensten	21
A. Opschorting van de dienstverlening wegens fout.....	21
B. Vroegtijdige beëindiging wegens fout	23
C. Eenzijdige beëindiging zonder fout	24
D. Blokkering dienst	24
6. Vergoeding voor cloud diensten	27
7. De data van de klant	29
A. Vertrouwelijkheid.....	29
B. Integriteit.....	30
C. Back-up	31
D. Meta-data.....	32
E. Gebruik van de klantdata door de leverancier.....	32
F. Exit / migratie naar een ander platform.....	33

8. Privacy in de cloud.....	35
A. Korte inleiding tot het recht op eerbiediging van het privéleven	35
B. De privacywet	37
C. Relatie cloud leverancier - bedrijfsafnemer	38
D. Relatie cloud leverancier – consumenten	39
E. Internationale toepassing van de (Belgische) WVP	40
F. Het grensoverschrijdend uitwisselen van persoonsgegevens.....	41
9. Audit	43
10. Intellectuele rechten in de cloud	45
A. De intellectuele eigendomsrechten van de cloud leverancier	45
B. De intellectuele eigendomsrechten van de klant	46
C. De intellectuele eigendomsrechten op nieuwe ontwikkelingen.....	47
D. Inbreuken door de klant.....	48
11. Eenzijdige wijziging van de voorwaarden	49
12. Toepasselijk recht.....	51
A. Het internationaal privaatrecht	51
B. Toepasselijk recht in geval van rechtskeuze	52
C. Toepasselijk recht bij afwezigheid van rechtskeuze.....	54
13. De aansprakelijkheid van de cloud leverancier als ISP..	57
A. De cloud leverancier als louter internet service provider?	57
B. De beperkte aansprakelijkheid van de ISP	59

C. Dient de cloud leverancier toe te zien op de handelingen van de gebruikers?.....	64
D. Beveiligingsplicht	65
14. Besluit	67
Checklist.....	69
Meer weten?.....	71
Modelcontract	73
Ywein Van den Brande.....	101

1. Inleiding

“Software as a service”, “platform as a service”, “infrastructure as a service”: SaaS, PaaS en IaaS zijn allemaal vormen van cloud computing. Waar bij SaaS de nadruk eerder zal liggen op het licentieaspect op de software, zal bij PaaS de hosting en dienstverlening belangrijker worden en komt er bij IaaS nog het aspect infrastructuur bij. Strikte grenzen zijn er echter niet en het heeft juridisch dan ook geen zin om ze te onderscheiden. We bekijken ze best als “cloud contracten”.

Waar gewone software licentiecontracten en software ontwikkelings-contracten vaak hard worden onderhandeld, worden cloud contracten meestal gepresenteerd als toetredingscontracten. Vanuit het standpunt van de leverancier is het begrijpelijk dat deze liever zijn voorwaarden oplegt dan het contract met de klant te onderhandelen, maar voor de klant ligt dit toch gevoeliger. Dit is zeker het geval wanneer de cloud applicatie voor de klant kritisch is.

De standaard voorwaarden van de cloud leverancier zijn daarenboven vaak schrikbarend eenzijdig. Zo zijn er voorwaarden die voorzien dat de cloud leverancier niet verantwoordelijk is om de gegevens van de gebruiker veilig of intact te houden en dat hij niet aansprakelijk is in geval van verlies van de data (de gebruiker dient zijn eigen back-ups te voorzien). Andere leveranciers behouden zich het recht voor om het account van de gebruiker te beëindigen wegens inbreuk op de Acceptable Use Policy of zelfs zonder opgave van reden. Verder zijn er leveranciers die stellen de data van de gebruiker enkel op gerechtelijk bevel te zullen vrijgeven, maar even goed zijn er die de gegevens op veel bredere gronden vrijgeven, inclusief omdat het in hun eigen zakelijk voordeel is.

En misschien het meest onrustwekkende is dat de meeste cloud leveranciers zich het recht voorbehouden om de contractvoorwaarden eenzijdig te wijzigen. De gebruiker dient de vaak uitgebreide gebruiksvoorwaarden op regelmatige basis na te kijken en te vergelijken met zijn eigen originele kopie.

Het absoluut belangrijkste aspect bij het afsluiten van een cloud contract is weten waar de risico's liggen, zodat men deze in rekening kan brengen en afwegen. Wanneer de leverancier bv. weigert in te staan voor verlies van data, kan dit worden ondervangen door een eigen back-up te voorzien. Wanneer men het cloud contract niet heeft gelezen en men op voorhand niet weet dat de leverancier geen waarborgen geeft betreffende de opgeslagen data (zoals bv. voor de Amazon Web Services het geval is), dan riskeert men om voor onaangename verrassingen komen te staan. Het is net dat wat vermeden dient te worden.

Wanneer consumenten voor private doeleinden gebruik maken van gratis diensten als Yahoo, Facebook of Google (allemaal cloud-diensten), komt het er niet zo op aan. Het gaat niet om kritische applicaties en er is een wettelijk kader dat de consument toch een minimale bescherming biedt, bv. op vlak van privacy. Zij kunnen voor hun particuliere doeleinden meestal akkoord gaan met de opgelegde voorwaarden. Maar voor bedrijven ligt dit anders. Door gebruik te maken van de cloud verliest het bedrijf de directe controle over de software en zijn gegevens. De software draait immers niet langer lokaal, maar op de servers van de leverancier (of diens toeleverancier). De toegang tot de software en de data kan op eenvoudige beslissing van de cloud leverancier worden gewijzigd of zelfs verhinderd. Wanneer de desbetreffende applicatie voor het bedrijf niet kritisch is of wanneer het bedrijf snel kan overschakelen op een andere leverancier, dan kan men hiermee instemmen. Voor kritische applicaties kan dit enkel indien men voor dergelijke situaties een operationeel plan B

heeft. Deze afweging moet zeker worden gemaakt alvorens een cloud contract wordt afgesloten. Een zorgvuldige onderneming gaat niet met bedrijfskritische toepassingen naar de cloud zonder degelijke garanties of op zijn minst een stevig plan B.

Het is dan ook verwonderlijk (en onrustbarend) dat bedrijven in de praktijk zo snel instemmen met de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden van de leverancier. De voor de hand liggende reden is wellicht het gemak waarmee cloud contracten kunnen worden afgesloten. Maar toch dient men waakzaam te zijn. De spreekwoordelijke kleine lettertjes in toetredingscontracten kunnen immers meer dan vervelende gevolgen hebben voor de klant. Voor bedrijfskritische applicaties dienen de juridische waarborgen evenzeer in rekening te worden gebracht als het technische gebruiksgemak en gemaakte besparingen. Zo niet kan dit later zuur opbreken.

Het Praktijkboek Cloud Contracten wil dit helpen voorkomen met een bondige en praktische bespreking van de pijnpunten die zich typisch bij cloud contracten voordoen. Het gaat evenwel niet verder in op het algemene informaticarecht. Voor een beter begrip van het algemene informaticarecht wordt verwezen naar Het Praktijkboek Informaticarecht waarvan de gegevens achteraan in dit boek zijn opgenomen. Ten einde zo concreet mogelijk richtlijnen te geven voor een meer evenwichtig contract tussen cloud, leverancier en klant, werd door Crealaw in samenwerking met Agoria een modelcontract opgesteld. Dit is achteraan toegevoegd.

Verder dank ik Jeroen November, Paul Cobbaut en Kaat Vandorpe voor de vriendelijke nalezing van de tekst. Hun advies en tips waren uitermate nuttig.

Voor vragen, opmerkingen of suggesties kan u mij steeds contacteren: ywein@crealaw.eu.

Ik wens u alvast veel leesplezier.

Ywein, maart 2013

2. Cloud contracten onderhandelen?

Cloud diensten kunnen met slechts enkele “clicks” en een kredietkaart in gebruik worden genomen. Het eerste gebruik is vaak gratis en daarna wordt vaak slechts het daadwerkelijke gebruik aangerekend. Geen nood dus om te investeren in dure servers en software. De cloud groeit mee met de behoeften van de klant.

Maar net in dit gebruiksgemak zit de angel (of schuilt de adder onder het gras). De internetgebruiker is dermate gewoon om de ‘I Agree’-button aan te klikken dat hij vergeet dat hij zich hiermee daadwerkelijk tot een contract bindt. Het akkoord gaan met internetvoorwaarden is zo gebruikelijk geworden dat vaak wordt vergeten dat deze net zoals alle andere contracten kunnen worden onderhandeld. Dit laatste in evenredigheid met de onderhandelingskracht van de klant natuurlijk.

In de praktijk blijkt evenwel dat heel wat cloud leveranciers open staan voor onderhandeling van de voorwaarden wanneer het hen wordt gevraagd en het contract voldoende belangrijk is. Niemand ziet immers graag een klant afhaken op basis van een contractclausule.

Anderzijds kunnen cloud leveranciers hun diensten aantrekkelijker maken door hun klanten betere voorwaarden en garanties te bieden. Wanneer men als leverancier zeker is kwaliteit aan te kunnen bieden, hoeft men immers niet terug te schrikken om dit ook effectief in een overeenkomst met de klant op te nemen. Het zal de klanten en hun juridische adviseurs helpen hun onzekerheid te overwinnen en de stap naar de cloud dienstverlener te zetten.

Maar niet alle cloud leveranciers zijn bereid hun voorwaarden aan te passen. Wanneer het cloud contract niet kan worden onderhandeld, is er één troost: de wet bepaalt dat de clausules in toetredingscontracten tegen de bedinger (de cloud leverancier) dienen te worden geïnterpreteerd (art. 1162 B.W.). Toch is dit in de praktijk

slechts een schrale troost. Soms is het beter om een duurder cloud leverancier te kiezen, waarbij men de juridische zekerheid heeft om de dienstverlening te kunnen afdwingen, dan een goedkope oplossing waarbij men volledig afhankelijk is van de goede wil van de leverancier. Wanneer het gaat om niet kritische bedrijfsapplicaties of wanneer het falen van de cloud toepassing kan worden ondervangen, kan met mindere contractclausules ingestemd worden. Belangrijk is om de risico's op voorhand te kennen en deze af te wegen tegen de mogelijke nadelen die hieraan zijn verbonden.

Meer weten over toetredingscontracten?

Lees Hoofdst. V van Het Praktijkboek Informaticarecht op www.crealaw.eu.

3. Waaruit bestaat een cloud contract?

a. Standaard cloud contracten

Vaak lijkt een cloud contract op het eerste zicht eenvoudig. Men krijgt veelal een attractief bestelformulier voorgeschoteld met daarin enkele plannen die men kan onderschrijven. Het enige noodzakelijke is het aanvinken dat men akkoord gaat met de voorwaarden.

Deze voorwaarden bevatten evenwel meestal links naar andere online documenten die door verwijzing in het contract worden geïncorporeerd en die geacht worden er integraal deel van uit te maken. Aldus gaat men met één muisklik akkoord met een hele set aan voorwaarden. De instemming van de gebruiker is in principe geldig, ook al heeft hij deze documenten niet allemaal gelezen. Goed nakijken is dus de boodschap.

Cloud contracten zijn er in alle vormen en maten. Toch is volgende structuur vaak aanwezig:

1. Algemene voorwaarden

Hierin wordt uiteengezet onder welke voorwaarden de cloud leverancier zijn diensten aanbiedt aan zijn klanten. Deze voorwaarden zijn veelal standaard voor alle klanten. Toch hoeft een klant er niet vanuit te gaan dat deze niet kunnen worden onderhandeld.

2. Specifieke voorwaarden

In de specifieke voorwaarden worden klant-specifieke afwijkingen op de algemene voorwaarden opgenomen. Een dergelijk document kan steeds worden opgesteld.

3. Service level agreement (SLA)

In een Service Level Agreement of kortweg SLA, garandeert de leverancier een bepaald niveau van dienstverlening voor de cloud dienst. Veelal is dit het beschikbaar stellen van de dienst gedurende een gegarandeerde minimum periode, bv. een gegarandeerde uptime van 99 procent berekend over iedere zesmaandelijks periode. De SLA maakt een belangrijk onderdeel uit van het cloud contract.

4. Acceptable Use Policy

In de Acceptable Use Policy wordt het gebruik uiteengezet dat de klant van de cloud dienst mag maken. Doordat deze beschrijving vaak voor de hand liggend lijkt, wordt dit document wel eens over het hoofd gezien. Toch is het aangeraden dit grondig te lezen. De meeste cloud contracten voorzien immers dat iedere garantie vervalt wanneer de klant de dienst gebruikt in strijd met deze Acceptable Use Policy.

5. Privacy Policy

De Privacy Policy is een document dat we op de meeste websites vinden. Voor bedrijven die gebruik maken van cloud diensten is het aangeraden om dit document goed na te lezen. De gegevens die worden verwerkt betreffen immers vaak deze van hun personeel en klanten.

b. Het modelcontract

In samenwerking met Agoria stelde Crealaw een modelcontract op voor cloud diensten (toegevoegd achteraan dit boek).

Cloud contracten worden veelal elektronisch gesloten. Dit leidt tot een quasi geruisloze contractsluiting waarbij de klant vaak vergeet of nalaat kennis te nemen van de contractvoorwaarden. Om dit

te verhinderen en om onderhandeling tussen klant en leverancier te bevorderen, werd voor het modelcontract gekozen voor een handmatig te ondertekenen contract.

Verder werd ervoor geopteerd om alle documenten zoveel mogelijk te integreren. Het modelcontract bestaat uit het contract zelf en één document voor specifieke voorwaarden. De overige documenten werden geïntegreerd.

Meer weten over geldigheidsvoorwaarden van contracten, Algemene Voorwaarden, SLA of Privacy?

Lees Hoofdst. V en VII van Het Praktijkboek Informatierecht op www.crealaw.eu.

4. Dienstverlening in de cloud (SLA)

a. Welke diensten dienen te worden geleverd onder welke voorwaarden?

Cloud contracten zijn meestal, net zoals de cloud dienstverlening, volledig geautomatiseerd. Met enkele “clicks” worden ze afgesloten. In tegenstelling tot gedrukte contracten, blijft de gebruiker met niet veel in de handen achter. Wanneer er zich een probleem voordoet, is het voor de gebruiker soms moeilijk om te bewijzen welke afspraken er werden gemaakt en op welke dienstverlening hij recht heeft.

Daarom is het als gebruiker aangewezen om er bij het afsluiten van de dienstverlening voor te zorgen dat de te verlenen dienstverlening goed is omschreven in het contract, in een bijlage of anderszins en om deze samen met het contract lokaal te bewaren. Beschrijvingen en voorwaarden op websites kunnen immers worden gewijzigd en het is achteraf uiterst moeilijk om dergelijke wijzigingen aan te tonen.

b. Inspanning of resultaat?

Wanneer een leverancier een verbintenis op zich neemt, is het belangrijk om een onderscheid te maken tussen een inspanningsverbintenis (ook wel middelenverbintenis of best efforts genaamd) en een resultaatsverbintenis (ook wel uitslagverbintenis genaamd).

Bij een resultaatverbintenis verbindt de schuldenaar zich ertoe om een bepaald resultaat te bereiken. Wanneer de schuldenaar dit resultaat niet bereikt, wordt hij geacht aansprakelijk te zijn wegens niet nakoming van zijn verbintenis. Het is aan de schuldenaar om

het bewijs te leveren dat de reden van de tekortkoming hem niet kan worden toegerekend. Hij moet dus zelf het tegenbewijs leveren.

Bij een inspanningsverbintenis verbindt de schuldenaar er zich louter toe om zich te zullen inspannen om een bepaald resultaat te halen. Dit resultaat is evenwel niet gegarandeerd. Wel dient de schuldenaar de inspanningen te leveren die van een normaal bedachtzaam en voorzichtig persoon kunnen worden verwacht. Wanneer het resultaat niet wordt gehaald, volstaat dit op zich niet opdat de schuldenaar aansprakelijk zou zijn. Het is aan de schuldeiser om het bewijs te leveren dat de schuldenaar niet de inspanningen heeft geleverd die van een redelijke –professionele– partij kunnen worden verwacht.

In de praktijk ziet men dat de cloud leverancier de lat meestal zo laag mogelijk legt. Waar van een leverancier normaliter “best efforts” worden verwacht, opteert de cloud leverancier veelal voor “commercially reasonable efforts”. Hiermee wordt bedoeld dat de cloud leverancier zich maar dient in te spannen voor zover commercieel redelijk van hem kan worden verwacht. Wanneer een prompte oplossing bieden of het herstel van data te zware kosten met zich meebrengt, zal de cloud leverancier zich op basis van dergelijke clause aan zijn verplichtingen pogen te onttrekken.

Voor de klant is het van belang om na te gaan hoe kritisch de applicatie is en een voldoende dienstverlening te eisen.

c. Service in de cloud

In de standaard cloud contracten is meestal voorzien dat de leverancier de dienst ter beschikking stelt “as is”, m.a.w. in de staat waarin deze zich bevindt op het moment van het sluiten van het contract. Juridisch gezien heeft dit een dubbel gevolg: enerzijds is het aan de klant om na te gaan of de aangeboden dienst voor

zijn doeleinden bruikbaar is, anderzijds worden geen garanties geboden betreffende het technische functioneren van de dienst (beschikbaarheid, snelheid, gebruiksvriendelijkheid edm.). Natuurlijk moet de leverancier, ook wanneer de dienst “as is” wordt geleverd, nog steeds getuigen van een zekere professionaliteit. Hij dient zich nog steeds in te spannen om de beloofde dienstverlening te bieden. Hoewel de leverancier niet aansprakelijk zal kunnen worden gesteld voor het niet halen van het resultaat door eventuele bugs of gebrekkige functionaliteiten, moet de dienst van het niveau zijn dat van een leverancier te goeder trouw kan worden verwacht. De formulering “as is” laat niet toe om om het even wat op de markt te brengen. Daarom is het als leverancier belangrijk om duidelijk te communiceren over de mogelijkheden en beperkingen van de service.

Soms ook wordt in de standaard contracten met grote trom een SLA aangeboden. Een grondige studie van dergelijke standaard SLA leert evenwel dat deze de aansprakelijkheid van de leverancier vaak nog verder uitholt. Het is dus zeker niet voldoende om van de leverancier een SLA te verkrijgen. Er dient tevens te worden nagegaan of deze effectief garanties biedt op het vlak van uptime, toegankelijkheid, antwoordsnelheid, geboden ondersteuning, veiligheid van data edm.

Hou goed voor ogen dat er een groot onderscheid bestaat tussen het niet-tevreden zijn van een dienstverlening en het kunnen aantonen/bewijzen dat een dienst niet correct werd geleverd. Dit geldt nog sterker in de cloud, nu de klant zelf vaak geen toegang heeft tot gegevens betreffende uptime, reactiesnelheden edm. Daarom dient er in een cloud SLA extra aandacht te worden besteed aan de rapportering door de leverancier. Concrete meetresultaten dienen te worden vastgelegd en deze dienen met regelmaat te worden gerapporteerd en overgelegd.