

EEN ESCROW-OVEREENKOMST BIEDT U GARANTIES

Softwareleverancier failliet: wat nu?

Als uw softwareleverancier failliet gaat of ophoudt te bestaan, is hij niet meer in staat om noodzakelijk onderhoud aan uw software te verrichten of storingen te verhelpen. Soms kan uw bv haar software dan van de een op de andere dag niet meer gebruiken. Het is zelfs maar de vraag of uw eigen gegevens in zo'n geval nog toegankelijk zijn.

Voor ondernemingen is het van levensbelang dat het IT-systeem continu functioneert. Als de interne communicatie, het voorraadbeheer of de financiële administratie uit de lucht zijn, ligt uw hele bv stil. Als het meezit, verhelpt de IT-leverancier in zulke gevallen binnen een paar uur de storing. Vaak zijn daarover contractueel duidelijke afspraken gemaakt (99,9% uptime garantie bijvoorbeeld, of een helpdesk die dag en nacht bereikbaar is).

Broncode

Dergelijke voorzieningen zijn er niet meer als uw IT-leverancier failliet gaat, of stopt met een bepaald product en zich gaat toeleggen op iets nieuws. Dat leidt meestal niet tot acute paniek bij u als softwaregebruiker. De problemen worden pas merkbaar als u plotseling met een storing kampt. Dan blijkt dat u de software niet zomaar kunt laten onderhouden of aanpassen door willekeurige IT'ers. Daarvoor heeft u de broncode van de software nodig (de taal waarin de software oorspronkelijk geprogrammeerd werd). Deze broncode wordt doorgaans niet meegeleverd. In geval van een failliete softwareleverancier ligt

de broncode in het beste geval nog bij de curator. Om in zo'n geval toch verzekerd te zijn van snelle toegang tot de broncode, sluit u een escrow-overeenkomst.

Overlijden

In een escrow-overeenkomst worden de gevallen opgesomd waarin u als afnemer van software recht krijgt op het gebruik van de broncode. Dat zal in ieder geval zijn bij het faillissement of de bedrijfsbeëindiging van uw leverancier, maar

bijvoorbeeld ook als uw leverancier verzuimt onderhoud uit te voeren of updates te verstrekken. Of als hij de prijzen daarvoor ineens drastisch verhoogt. Ook kunt u afspreken dat de broncode vrijvalt bij het overlijden van bepaalde sleutelmedewerkers van de leverancier.

Beheerder

In de escrow-overeenkomst spreekt u vaak af dat de broncode in beheer wordt gegeven aan een onafhankelijke derde partij. Softwareleveranciers zullen de broncode liever niet in beheer geven aan u als afnemer. U zou dan immers de software naar hartenlust kunnen kopiëren, bewerken en door anderen laten onderhouden. Voor het beheer van broncodes bestaan professionele partijen. Een voordeel van een professionele beheerder is dat deze kan controleren of de broncode daadwerkelijk leesbaar en bewerkbaar is.

Truc: pas de formulering van de escrow-overeenkomst aan

In 2006 heeft de Hoge Raad het 'Nebularrest' gewezen. Op grond daarvan wordt aangenomen dat de curator bij het faillissement van een softwareleverancier niet gebonden is aan licentie- en escrow-overeenkomsten. In tegenstelling tot wat u misschien denkt, betekent dit arrest niet dat een escrow-overeenkomst voortaan zinloos is.

Wel is sinds de uitspraak een truc in de formulering nodig om ervoor te zorgen dat de overeenkomst overeind blijft in

geval van een faillissement. De oplossing is dat in de escrow-overeenkomst een deel van het auteursrecht op de software wordt overgedragen. Feitelijk heeft deze overdracht geen effect. Dit omdat de softwaregebruiker of de escrow-beheerder niet zo veel auteursrecht krijgt dat hij daar zelf de markt mee op kan. Het enige effect van de overdracht is dat een curator in de praktijk niet langer in staat is de werking van de escrow-overeenkomst te dwarsbomen.

Als gebruiker heeft u er natuurlijk weinig aan als de broncode in een kluis bij de notaris wordt bewaard en op het moment suprême onleesbaar of onvolledig blijkt te zijn. De professionele escrow-beheerder kan bovendien voor u bijhouden of de gedeponeerde broncode steeds de laatste updates bevat. De broncode moet namelijk geen verouderde versie van de eigenlijke software zijn. Maar het is ook niet handig om de broncode bij iedere experimentele update bij te werken.

Cloud

De escrow-overeenkomst is ontwikkeld voor 'traditionele software'. Dat wil zeggen voor software die draait op het systeem van de afnemer. De overeenkomst is minder geschikt voor software die geleverd wordt vanuit de cloud of voor SaaS toepassingen (Software as a Service). Cloudsoftware wordt vaak geïnstalleerd op een server en wordt gebruikt door grote aantallen afnemers. De afnemers hebben als het ware een abonnement op de software. Cloudsoftware is gewoonlijk ontworpen om te draaien op grote servers, niet op uw lokale pc. U zal als afnemer, als u de beschikking krijgt over de broncode van de cloudsoftware, waarschijnlijk niet de capaciteit hebben om de software zelf draaiende te houden en de cloud 'in de lucht te houden'.

Noodzaak

Tegelijkertijd is voor u de noodzaak van een escrow-voorziening bij cloudsoftware juist groter dan bij traditionele software. Want gaat de aanbieder van de cloud failliet, dan wordt de stekker uit de cloud getrokken. Uw bv heeft dan van de een op de andere dag geen toegang meer tot de software – en dus onmiddellijk een probleem. Als ook uw administratie is ondergebracht in de cloud, is de ellende helemaal niet te overzien. Bij 'ouderwetse software', die ter plaatse is geïnstalleerd, heeft u de software en gegevens van uw bv tenminste nog in handen. Ingewikkelder wordt het als uw softwareleverancier de cloud niet zelf beheert. De server, en dus ook uw daar opgeslagen complete



bedrijfsadministratie, kan zich overal ter wereld bevinden. Als de Chinese of Amerikaanse beheerder van de cloud failliet gaat, zijn uw gegevens gewoon weg.

Garantie

De nieuwe manieren van software leveren, vereisen dus een creatievere waarborg dan een standaard escrow-overeenkomst. Bij cloudtoepassingen zou de garantie niet moeten bestaan uit het beschikbaar stellen van de broncode. U kunt daar als gebruiker meestal niets mee. U doet er verstandiger aan om te inventariseren welke onderdelen van de software noodzakelijk zijn om uw bv draaiende te houden. De werking daarvan moet gegarandeerd worden, bijvoorbeeld door met het oog op de broncode van bepaalde applicaties een escrow-overeenkomst te sluiten. Deze applicaties kunnen, soms in beperkte vorm, bij u als afnemer draaien. Er bestaan ook escrow-beheerders die in staat zijn om desnoods op hun eigen server een cloud aan te bieden. Het is belangrijk dat u in elk geval de garantie

krijgt dat u altijd toegang houdt tot uw eigen gegevens. Die mogen niet achterblijven in een failliete Chinese cloud.

Maatregelen

Papieren garanties zijn in dit verband niet veel waard. De partij die de garantie afgeeft, is zelf vaak weer afhankelijk van anderen. Beter is het om praktische maatregelen te nemen en een calamiteitenprotocol op te stellen. Van cruciale gegevens moet een back-up voorhanden zijn die rechtstreeks toegankelijk is. U moet weten waar uw gegevens zich bevinden. Een escrow-beheerder garandeert niet de goede werking van zulke veiligheidsmaatregelen. U moet dat als ondernemer zelf controleren. Het is verstandig om zo nu en dan te testen of de calamiteitenregeling werkt: zijn uw eigen gegevens nog toegankelijk als de cloud uitvalt? En kunt u uw belangrijke software dan nog gebruiken, of valt uw hele bv stil?

*Bert van Mieghem, advocaat bij
Wybenga Advocaten, e-mail:
vanmieghem@wybenga-advocaten.nl*