

Toelichting bij Algemene Inkoopvoorwaarden Gezondheidszorg (AIVG)

ActiZ, organisatie van zorgondernemers, GGZ Nederland, NVZ vereniging van ziekenhuizen en Vereniging Gehandicaptenzorg Nederland (VGN) en Nederlandse Vereniging voor Inkoopmanagement (NEVI) hebben gezamenlijk nieuwe algemene inkoopvoorwaarden (AIVG) opgesteld voor de bij hun verenigingen aangesloten leden. Deze AIVG kunnen van toepassing worden verklaard op te sluiten overeenkomsten tussen bij de branchevereniging aangesloten instellingen en leveranciers. Deze nieuwe AIVG is de opvolger van de Algemene Inkoopvoorwaarden Gezondheidszorg uit 2002.

Voor de meeste zorginstellingen geldt dat in vergelijking met de oude inkoopvoorwaarden de nieuwe inkoopvoorwaarden zijn aangevuld. De onderhavige set algemene voorwaarden bevat bepalingen die van toepassing zijn op alle prestaties die door een leverancier worden geleverd en specifieke bepalingen die van toepassing zijn op het leveren van prestaties op het terrein van de zorginstelling, de zicht- of proefzendingen, consignatie, bruikleen en ICT prestaties.

De voorwaarden zijn door een werkgroep van NEVI Zorg ontwikkeld en gebaseerd op de voorwaarden van de academische ziekenhuizen zoals in 2011 door de NFU gedeponereerd. Deze zijn aangevuld door en afgestemd met de bovengenoemde branche organisaties en juridisch getoetst.

De AIVG kunnen verder door elk zorginstelling afzonderlijk worden gebruikt voor eigen leveringen die plaatsvinden aan de betreffende zorginstelling. De Instelling kan gebruik maken van en verwijzen naar de “Algemene Inkoopvoorwaarden Gezondheidszorg” gedeponereerd bij de **Rechtbank Den Haag te Den Haag, d.d. 26 augustus 2014 onder depotnummer 41/2014** en hoeven deze niet zelf ook nog te deponeren.

Bij het gebruik van de algemene voorwaarden is het van belang op de hoogte te zijn van een aantal regelingen uit het Burgerlijk Wetboek (“BW”) die van toepassing zijn op de algemene voorwaarden, meer in het bijzonder boek 6 afdeling 5 titel 3, de artikelen 231 tot en met 247. Het onjuist gebruiken van de AIVG kan namelijk leiden tot niet toepasselijkheid of vernietigbaarheid van de AIVG. Hieronder volgt in het kort een toelichting bij het gebruik van de AIVG.

Toepasselijkheid

De toepasselijkheid van de AIVG wordt beheerst door de algemene regels van aanbod en aanvaarding. Duidelijk moet blijken uit de overeenkomst of opdrachtbevestiging van het zorginstelling dat de AIVG van toepassing zijn, er moet dus in de overeenkomst of opdrachtbevestiging naar worden verwezen. Indien de leverancier vervolgens de AIVG niet uitdrukkelijk van de hand wijst zijn de betreffende AIVG van toepassing op de rechtsverhouding tussen de zorginstelling en de leverancier. Voor de gebondenheid van de leverancier aan de AIVG geldt niet dat de zorginstelling begreep of moest begrijpen dat de leverancier de inhoud van de AIVG niet kende.

Battle of forms

Wat nu als beide partijen verwijzen naar hun algemene inkoopvoorwaarden. Het BW (artikel 6:225 lid 3) bepaalt dat indien aanbod en aanvaarding naar verschillende algemene voorwaarden verwijzen, dat aan degene die als laatste verwijst naar zijn algemene voorwaarden geen rechtskracht toekomt indien deze laatste partij ze ook niet **uitdrukkelijk** van de hand wijst. Inmiddels blijkt uit jurisprudentie dat er **geen** sprake is van uitdrukkelijk van de hand wijzen indien:

- er slechts wordt verwezen naar de eigen algemene voorwaarden;
- er een beding is opgenomen in de algemene voorwaarden dat geen andere voorwaarden worden geaccepteerd (**Let op:** de opname in art. 2.2 van de AIVG heeft dus feitelijk geen rechtskracht, je zult dit expliciet zelf moeten uitsluiten in de opdrachtbevestiging of in de overeenkomst!);
- onderaan het briefpapier een standaard regel is opgenomen dat de algemene voorwaarden van leverancier uitdrukkelijk worden uitgesloten.

In de praktijk komt het er dus op neer dat duidelijk moet blijken dat de algemene voorwaarden uitdrukkelijk van de hand worden gewezen. Een bepaling in de overeenkomst of opdrachtbevestiging waarin duidelijk is vermeld dat de algemene voorwaarden van leverancier uitdrukkelijk worden uitgesloten volstaat ons inziens. Alleen de verwijzing naar de AIVG waarin de betreffende bepaling ook is opgenomen volstaat niet! Ook niet een standaard voetnoot onderaan de brief/opdrachtbevestiging waarin de AIVG worden afgewezen volstaat niet. Expliciet moet blijken dat de algemene voorwaarden voor de betreffende levering zijn uitgesloten.

DO: Let er op wie als laatste verwijst naar de algemene voorwaarden die van toepassing zijn, indien leverancier dit doet wijs deze dan in de overeenkomst of opdrachtbevestiging uitdrukkelijk van de hand.

DO NOT: Indien leverancier verwijst naar zijn algemene voorwaarden ga hier dan niet mee akkoord!

Vernietiging, vernietigingsgronden

De betreffende leverancier kan echter na gebondenheid aan de AIVG achteraf wel een beroep doen op vernietiging van de AIVG. De vernietigingsgronden zijn in het BW opgenomen in de artikelen 6:233 en 6:234. Vernietigingsgronden zijn gegrond indien de bepalingen a) onredelijk bezwarend zijn en indien b) Zorginstelling de leverancier niet een redelijke mogelijkheid heeft geboden om van de algemene voorwaarden kennis te nemen. Voor de praktijk gaat het te ver om in deze toelichting in te gaan op het feit wanneer bepalingen onredelijk bezwarend zijn. In het BW is een grijze en zwarte lijst opgenomen met bedingen die onredelijk bezwarend worden geacht of waarvan het vermoeden is dat deze onredelijk bezwarend zijn doch die indien daar door de Leverancier een beroep op wordt gedaan door de zorginstelling kunnen worden weerlegd. Van belang is echter nog wel de bepaling dat leverancier een redelijke mogelijkheid moet worden geboden door de zorginstelling om van de algemene voorwaarden kennis te nemen.

De zorginstelling biedt de redelijke mogelijkheid om van de algemene voorwaarden kennis te nemen indien:

- 1) de zorginstelling de algemene voorwaarden uiterlijk of op het moment dat de overeenkomst wordt gesloten aan de wederpartij ter hand heeft gesteld;

of indien dit **redelijkerwijs niet** mogelijk is:

- 2) voor de totstandkoming van de overeenkomst aan de wederpartij kenbaar heeft gemaakt dat de voorwaarden bij hem ter inzage liggen of bij de door hem opgegeven KvK of griffie van een gerecht gedeponereerd zijn;
- 3) indien de overeenkomst langs elektronische weg tot stand komt de algemene voorwaarden langs elektronische weg ter beschikking heeft gesteld op een zodanige wijze dat deze door leverancier kunnen worden opgeslagen en voor leverancier toegankelijk zijn t.b.v. latere kennisneming.

DO: De AIVG uitdrukkelijk van toepassing verklaren in de offerte aanvraag.

DO: Stuur leverancier voor het sluiten van iedere overeenkomst de AIVG zodat leverancier een redelijke mogelijkheid wordt geboden tijdig van de AIVG kennis te nemen.

DO NOT: Het achterwege laten van het versturen van de AIVG, dit kan alleen indien je zeker weet dat de leverancier een grote onderneming is (zie hieronder de definitie van een grote onderneming).

Welke leveranciers kunnen een beroep doen op de vernietigingsgronden?

Kleine bedrijfs- en beroepsorganisaties kunnen een beroep doen op de vernietigingsgronden zoals hierboven genoemd. Daarnaast kunnen ook consumenten een beroep doen op de vernietigingsgronden echter dit is niet de doelgroep waarop de AIVG zich richt. Grote ondernemingen kunnen dus geen beroep doen op de hierboven genoemde vernietigingsgronden. Onder een grote onderneming wordt verstaan:

- 1) een onderneming die ten tijde van het sluiten van de overeenkomst zijn jaarrekening op basis van artikel 360 boek 2 BW openbaar heeft gemaakt;
- 2) indien geen jaarrekening openbaar is gemaakt indien ten tijde van het sluiten van de overeenkomst bij de leverancier vijftig of meer personen werkzaam zijn.

Internationale overeenkomsten

Van belang is nog om te weten waarop men moet letten als de leverancier in het buitenland gevestigd is. Oftewel indien er sprake is van een internationale overeenkomst. Om de meeste zekerheid te krijgen dat geschillen over de te leveren prestatie ook naar het Nederlands recht voor de Nederlandse rechter worden beslecht, dient men er altijd alert op te zijn dat men niet akkoord gaat met het recht van de buitenlandse leverancier en voorts dat geschillen worden beslecht voor het gerecht dat door de betreffende zorginstelling als zodanig wordt aangewezen. Verder is altijd van belang de algemene voorwaarden mee te sturen zodat deze er tijdig kennis van kan nemen ook al is de betreffende partij een grote onderneming zoals hierboven is genoemd.

DO: Nederlands recht van toepassing verklaren op de onderliggende overeenkomst, zodat geschillen over de te leveren prestatie ook naar het Nederlands recht voor de Nederlandse rechter worden beslecht.

DO: Stuur de buitenlandse leverancier voor het sluiten van iedere overeenkomst de AIVG zodat leverancier een redelijke mogelijkheid wordt geboden tijdig van de AIVG kennis te nemen.

DO NOT: Indien de buitenlandse leverancier zijn nationale recht van toepassing wenst te verklaren op de overeenkomst, hiermee niet akkoord gaan.

Toelichting op enkele artikelen

Artikel 8 overgang van eigendom

De Inkoopvoorwaarden gaan primair uit van de verkoop van (medische) apparatuur, niet van huur, huurkoop of leasing. Die vallen niet onder artikel 8, dat uitgaat van eigendomsoverdracht. Het is dus van belang te vermelden dat als dat aan de orde is, daar goed rekening mee moet worden gehouden bij het opstellen/beoordelen van de Overeenkomst. Enkele grote leveranciers maken gebruik van zeer uitgebreide, vaak moeilijk te doorgronden contracten waarin algemene inkoopvoorwaarden weg gecontracteerd worden. Dit is dus een voorbeeld waarbij vooraf goed moet worden geïnventariseerd wat de specifieke gevolgen en risico's zijn van dergelijke "deals". Uiteraard kunnen in een voorkomend geval de AIVG prima als basis gebruikt worden en zullen er ten aanzien van een aantal bepalingen (zoals artikel 8) nadere afspraken gemaakt moeten worden.

Artikel 19 aansprakelijkheid

Aansprakelijkheidsbeperkingen zijn per definitie maatwerk. Het gaat hier om het waarderen van risico's waarvan afwijkingen opgenomen kunnen worden in het contract. De werkgroep benadrukt dat vooraf door Instelling risico's van specifieke aankoop in beeld moeten worden gebracht. Die risico's en de tegenacties die daartegen mogelijk zijn bepalen in hoeverre aansprakelijkheidsbeperkingen kunnen worden geaccepteerd.

Artikel 20.7 en 48 Bij beëindiging van de overeenkomst

De AIVG geven hiervoor goede basisregelingen, twee aspecten zijn van belang om bij stil te staan:

- 1) Bij opzegging of niet verlening van het contract zijn de kosten van beëindiging voor de Instelling. In alle andere gevallen van beëindiging wordt dit kosteloos door de Leverancier uitgevoerd.
- 2) Het is goed om over de wijze van beëindiging, voordat het contract is afgesloten, maatwerk afspraken te maken (exit clauses). Het gaat hier over het organiseren en ontvlechten van de verschillende prestaties bij beëindiging. Er dient soms aanvullende medewerking en overdracht van o.a. informatie, buikbare data, speciaal ontworpen processen en voorzieningen van de Leverancier te worden afgesproken.

Convenant veilige toepassing van medische technologie in het ziekenhuis

Dit convenant valt algemeen onder artikel 11.1 en is ook expliciet opgenomen in artikel 26.1.

SaaS en Cloud computing

Deze AIVG zijn primair geschreven voor de aanschaf en levering van zeer uiteenlopende producten en diensten, variërend van alledaagse zaken tot hoogwaardige medische apparatuur en het onderhoud daarvan, alsmede de licentiering, implementatie en/of ter beschikking stelling van software. Ten aanzien van software is vanuit bepaalde delen van het veld opgemerkt dat steeds vaker software als dienst op afstand wordt aangeboden (SaaS) en belangrijke data (zoals persoons-, -patiëntgegevens en financiële gegevens) niet meer lokaal maar op een derde locatie wordt opgeslagen of gehost. Aangezien niet alle aangesloten leden van de verschillende (branche)organisaties hier mee te maken hebben, is ervoor gekozen om de voorwaarden primair toe te schrijven op de levering en implementatie van software op locatie (on premise) van een Instelling. Dit wil echter niet zeggen dat de algemene inkoopvoorwaarden in zijn totaliteit niet geschikt zijn voor SaaS of cloud computing. Zo is in de definitie van ICT Prestatie (artikel 41) hier wel rekening mee gehouden, wordt er niet alleen gesproken of (af)levering van software maar ook over de ter beschikking stelling daarvan (artikel 44.1) en wordt in artikel 47 is uitgebreid ingegaan op de verwerking van persoonsgegevens door Leverancier in de uitvoering van de Overeenkomst en is er een basisregeling opgenomen hoe partijen met elkaar om zouden moeten gaan bij het beëindigen van de Overeenkomst (artikel 48). Deze bepalingen niet uitsluitend maar zeker ook van groot belang bij gebruik van SaaS.

Niettemin dient een Instelling die overweegt om software als dienst op afstand af te nemen van een Leverancier in de Overeenkomst rekening te houden dat SaaS een ander risico profiel met zich meebrengt. In dat geval komt bijvoorbeeld ook veel meer belang toe aan de beschikbaarheid en capaciteit van de internetverbinding of andere technische ontwikkelingen. Daarnaast dient de Instelling in het kader van de risico analyse rekening te houden met de volgende SaaS-specifieke risico's/aandachtspunten:

- **Afhankelijkheid:** SaaS betekent dat de software en data niet meer op locatie van de Instelling worden geïnstalleerd, c.q. opgeslagen, maar elders. Hierdoor wordt de Instelling nog afhankelijker van de continuïteit van de dienstverlening van de Leverancier. Om die afhankelijkheid (vendor lock in) te beperken, kan gedacht worden aan het beperken van het wettelijke opschortingsrecht van de Leverancier; een algemeen opzegrecht van de overeenkomst (zie ook artikel 20.6 AIVG) en een exit-regeling (artikel 20.7 en 48 AIVG). Vergeet bij de risico-inventarisatie (en de business case) niet ook mee te nemen de rol van de leverancier van de internetverbinding, het beheer van het interne netwerk en hardware (switches e.d.). Moeten de desbetreffende contracten aangepast worden.
- **Continuïteit:** Een risico is dat de software en/of data niet beschikbaar zijn. Continuïteit valt in wezen uiteen in a) continuïteit van dienstverlening (in hoeverre blijft de software toegankelijk voor de gebruiker?); b) beschikbaarheid van data (toegankelijkheid van extern gehoste data en backups) en c) continuïteit van de leverancier (faillissement en andere calamiteiten). Ten aanzien van (a) zullen in

de Overeenkomst of in een aparte SLA concrete nadere afspraken moeten worden gemaakt over de normen die daarvoor moeten gelden (beschikbaarheidgaranties en time-to-fix garanties van Gebreken (storingen). Denk echter ook aan eventuele afspraken over uitwijkmogelijkheden naar een ander datacentrum. Hoe heeft de leverancier hierin voorzien? Ten aanzien van (b) zou gedacht kunnen worden aan data escrow of het aanhouden van een backup op de eigen locatie. Ten aanzien van (c) bestaan er verschillende oplossingen zoals SaaS escrow regelingen waarbij een derde partij bepaalde (betalings)verplichtingen overnemen om de dienstverlening van de failliete leverancier tijdelijk te continueren. In veel gevallen zal een leverancier zelf kunnen voorzien in een eigen continuïteitsregeling. Instellingen wordt in algemene zin geadviseerd om de desbetreffende continuïteitsregelingen kritisch te (laten) beoordelen en door te lichten.

- Verwerking van persoonsgegevens: Externe opslag van data en/of SaaS diensten brengen vrijwel altijd verwerkingen van persoonsgegevens met zich mee. In dat geval zal de Instelling als verantwoordelijke en de leverancier als bewerker van persoonsgegevens moeten worden beschouwd. De Instelling is derhalve verantwoordelijk en aansprakelijk voor de naleving (ook door de bewerker) van de Wet Bescherming Persoonsgegevens. Voorts kan er sprake zijn van verwerkingen van patiëntgegevens, waarvoor een verzwwaard regime geldt op grond de WBP. Daarnaast zal dan ook rekening moeten worden gehouden met de WGBO. De uitbesteding van dergelijke bijzondere persoonsgegevens aan een derde is niet verboden, maar wel dient rekening te worden gehouden met belangrijke en vergaande voorwaarden van het College Bescherming Persoonsgegevens. De AIVG houdt in (onder meer) artikel 47 rekening met een groot deel van die voorwaarden. In de Overeenkomst (of SLA) zullen echter nog nadere meer concrete afspraken moeten worden gemaakt over zaken als het bijhouden van logboeken, betrouwbaarheidsmaatregelen zoals de frequentie van backuppering. Een van de belangrijkste gezichtspunten in dit kader is dat de verantwoordelijke te allen tijde “in control” moet blijven over die gegevens en de verwerking daarvan door de bewerker(s). Dit betekent dat er contractuele waarborgen moeten bestaan tussen verantwoordelijken en (sub)bewerkers. Cloud varianten (zoals public cloud) waarbij volkomen onduidelijk is waar de persoonsgegevens staan en wie betrokken zijn bij de verwerking daarvan (doorgaans zeer veel verschillende partijen) staat hiermee op gespannen voet en worden derhalve afgeraden. Tot slot zal in een concreet geval getoetst moeten worden of de desbetreffende uitbesteding voldoet aan de (overige) geldende regels rondom de verwerking van persoonsgegevens.
- Intellectuele eigendom: Als een Instelling bestaande software “in de cloud” wil zetten, moet dit wel zijn toegestaan onder de licentievoorwaarden. In veel gevallen zijn licenties gekoppeld aan bepaalde apparaten (CPU's) of locaties. In dat geval is het niet zonder toestemming van de desbetreffende leverancier toegestaan om die software in een extern datacentrum te plaatsen.

Tot slot

In de praktijk kan het gebruik van de AIVG tot vragen leiden, neem bij twijfel altijd contact op met de interne of externe juridisch adviseur van de Instelling. De voorwaarden zijn duidelijk in de richting van de Instelling geschreven en dus zal door bepaalde (vooral grotere) leveranciers wat commentaar geleverd worden (en zullen soms wat afwijkingen op de voorwaarden overeen moeten worden gekomen in de praktijk).

Alle voorwaarden zijn zo generiek mogelijk gehouden. Het op onderdelen aanvullen of toepassen van instellingsspecifiek beleid kan worden opgenomen in *AIVG Bijlage A* of in een contract met de leverancier.

Voor nieuwe overeenkomsten kunnen de nieuwe voorwaarden van toepassing worden verklaard, nieuwe voorwaarden kunnen niet eenzijdig op de oude/ reeds afgesloten overeenkomsten (die mogelijk dus nog steeds doorlopen) van toepassing worden verklaard, daar is formeel de (schriftelijke) instemming / akkoord van wederpartij voor nodig.

De AIVG zullen regelmatig geëvalueerd worden en de AIVG kunnen als zodanig worden bijgesteld. Indien bijstelling het geval is zal daaraan door ActiZ, organisatie van zorgondernemers, GGZ Nederland, NVZ vereniging van ziekenhuizen, Vereniging Gehandicaptenzorg Nederland (VGN) en Nederlandse Vereniging voor Inkoopmanagement (NEVI) publiciteit gegeven worden.

Loopt u ergens tegenaan, is iets niet logisch of ziet u verbeteringen? Wij vernemen ze graag op zorg@nevi.nl