



STICHTING IT-NOTARIS

Het opstellen van een escrow-regeling en in bewaring nemen van software-broncodes lijkt op het eerste gezicht een notariële taak met een duidelijke afloop. De broncode wordt immers alleen vrijgegeven wanneer een faillissement van de ICT-leverancier de continuïteit van de gebruiker van de software bedreigt. Maar de werkelijkheid kan weerbarstig zijn, waarschuwt Claudia Lap, notaris bij Hekkelman Advocaten & Notarissen.

TEKST Peter Steeman | BEELD Truus van Gog

Ze zijn zeldzaam, de faillissementen waar bij een escrow-regeling effectief wordt. Claudia Lap heeft het pas één keer meegemaakt in de vijftien jaar dat ze IT-notaris is. 'Die score is denk ik wel representatief voor de branche. Ik leg ongeveer vier à vijf keer per jaar een escrow-overeenkomst vast. Het veiligstellen van de broncode is vooral voor grote gebruikers een vangnet. Als de softwareleverancier omvalt, is dat immers een groot risico voor de continuïteit van het bedrijf. Je hebt toegang nodig tot de code om bijvoorbeeld storingen te verhelpen. Daarom kijken steeds meer accountants bij grote bedrijven naar de waarborg bij

*'Als je dit lichtzinnig doet, ga je als notaris in de fout'*

bedrijfskritische software. Dat jaagt de behoefte aan een escrow-regeling aan.'

#### MENINGSVERSCHIL

In principe hoeft de notaris geen afweging te maken tussen de belangen van de licentienemer en -gever. De eerste heeft de zekerheid dat het gebruiksrecht op de broncode niet verloren gaat en de leverancier weet dat de intellectuele eigendomsrechten in veilige handen zijn. Toch leidde de escrow-regeling waar Lap als IT-notaris bij betrokken was tot een meningsverschil tussen de betrokken partijen. 'Wat het complex maakte, was dat er veel partijen bij het faillissement van de softwareontwikkelaar betrokken waren. De software werd gebruikt door vijf grote bedrijven, van wie er slechts een om uitvoering van de escrow-regeling vroeg. De curator van de failliete softwareleverancier wilde een doorstart bewerkstelligen. Waarom wilde een van de afnemers dan toch per se de broncodes ontvangen op basis van de escrow-voorwaarden? Al snel bleek dat deze afnemer een verborgen agenda had. Dit bedrijf was

namelijk ook een softwareontwikkelaar en zou op deze manier het softwarepakket aan zijn eigen portfolio kunnen toevoegen. De curator vond dat het maatschappelijk belang zwaarder woog – een faillissement zou voor veel ontslagen zorgen – en was tegen afgifte van de broncode. Het liep zo hoog op dat beide partijen dreigden met een kort geding tegen mij als notaris.'

#### BEHOEDZAAM

En alsof het niet gecompliceerd genoeg was, doken er nog meer onvoorziene details op. Zo bleek de failliete softwareontwikkelaar niet meer de eigenaar van de software. Bij een herstructurering waren de assets gesplitst over diverse werkmaatschappijen. In naam ging het nog om hetzelfde bedrijf, maar de feitelijke eigenaar was inmiddels een andere bv. Ook was er door de bank een pandrecht op het auteursrecht van de software verkregen. Lap: 'Dat pandrecht bleek, gelukkig voor ons, gevestigd nadat de laatste broncodedeponering had plaatsgevonden en bij die deponering waren de juiste rechtspersonen betrokken. Het toont aan hoe behoedzaam je als notaris in dit soort situaties moet werken. Op het eerste gezicht lijkt alles duidelijk, maar in het ondernemingsrecht is niet alles waterdicht. Anders dan bij onroerend goed waar in het Kadaster precies alle relevante informatie staat omschreven, heb je hier te maken met informatie die vaak veel minder zorgvuldig is bijgehouden en bovendien niet in openbare registers is vastgelegd. Je moet goed opletten en in de historie duiken. Als je dit lichtzinnig doet, ga je als notaris in de fout.'

#### MISVATTING

De druk op de IT-notaris werd opgevoerd. Iedere partij had zijn advocaten in stelling gebracht, maar Lap hield het hoofd koel. 'Eigenlijk word je gedwongen om een oordeel te vellen. Als notaris moet je daarbuiten blijven. Ik heb gezegd: "Ga maar naar de rechter. Laat die maar beslissen." Zo ver kwam het niet. Voor het tot een kort geding kwam, werd de doorstart gerealiseerd. Terugkijkend valt vooral op hoeveel factoren een rol spelen. Ik ben blij met de afloop en met ons aandeel daarin. We hebben heel zorgvuldig gehandeld en niets overhaast gedaan. Het laat wel zien dat je zo'n escrow-regeling er niet even bij doet.' ■