De invloed van de Data Act op de inhoud van contracten

Intro

Op 12 september 2025 zijn de meeste bepalingen van de 'Dataverordening' / 'Data Act' (2023/2854) van toepassing geworden. Het is vanaf die datum dus de bedoeling dat de in de Data Act aangewezen (rechts)personen zich gaan houden aan de Data Act. Dat betekent voor sommige marktdeelnemers dat ze de inhoud van de door hen gebruikte contracten zullen moeten aanpassen. Met andere woorden: de Data Act heeft gevolgen voor de contractpraktijk. In deze bijdrage proberen we een concreet en zo volledig mogelijk overzicht te geven van de impact van de Data Act op de 'precontractuele fase' en de inhoud van contracten die (al dan niet deels) gaan over data. Aan het einde van het artikel geven we als bijlage checklists die gebruikt kunnen worden bij het opstellen en uitonderhandelen van contracten.

Wat beoogt de Data Act te regelen?

De kernbedoeling van de Data Act is het geven van regels voor 'eerlijke toegang tot' en 'eerlijk gebruik van' data. Daarbij focust de Data Act vooral op 'niet-persoonsgebonden' data. Voor regels over de manier waarop omgegaan moet worden met persoonsgegevens is immers al andere regelgeving voorhanden (to say the least…).

In de verschillende hoofdstukken van de Data Act zijn verschillende 'data-gerelateerde' onderwerpen opgenomen. De Data Act geeft regels voor onder meer:

a) het beschikbaar stellen van productgegevens en gegevens van een gerelateerde dienst aan de gebruiker van het verbonden product of de gerelateerde dienst;
b) het beschikbaar stellen van gegevens door gegevenshouders aan gegevensontvangers;
c) kort gezegd: het beschikbaar stellen van gegevens door gegevenshouders aan diverse (overheids)instanties in geval van een uitzonderlijke noodzaak;
d) het vergemakkelijken van het overstappen tussen dataverwerkingsdiensten;
e) het invoeren van waarborgen tegen ongeoorloofde toegang van derden tot 'niet-persoonsgebonden gegevens'; en
f) de ontwikkeling van interoperabiliteitsnormen voor te raadplegen, door te geven en te gebruiken gegevens.

Voor de contractpraktijk zijn vooral de onderwerpen (a), (b) en (d) relevant en dat zijn dan ook de onderwerpen die in deze bijdrage centraal zullen staan.

I HET DELEN VAN PRODUCTGEGEVENS VAN 'VERBONDEN PRODUCTEN' EN 'GERELATEERDE DIENSTEN'

I.1 Wat zijn verbonden producten en gerelateerde diensten?

Simpel voorbeeld om even in de materie te komen. Stel: je koopt een nieuwe (of enigszins nieuwe) auto bij een merkdealer. Deze auto en jouw gebruik van deze auto genereren bepaalde gegevens; bijvoorbeeld informatie over storingen in de auto. Die informatie is relevant als je de storingen wilt laten verhelpen.

Doorgaans is het zo dat je merkdealer (verbonden aan de fabrikant van de auto) over die informatie beschikt, er even vanuit gaande dat die informatie via het internet met de merkdealer/fabrikant wordt gedeeld (het 'Internet of Things'). Dat geeft de merkdealer een voordeel: hij beschikt over informatie die jou naar zijn onderneming laat terugkeren, namelijk om de auto te laten repareren bij storingen/gebreken. Merkdealers staan er echter niet om bekend de meest voordelige plek te zijn om je auto te laten repareren, dus misschien wil je zelf liever naar een andere garage (in ieder geval na afloop van je garantieperiode). In dat geval is het van belang dat jij en met name die andere garage ook komen te beschikken over de productgegevens van jouw 'verbonden product'. En dat is waar de Data Act je dus moet gaan helpen.

Goed om je ook te realiseren dat niet alleen huis-, tuin- en keuken apparaten 'verbonden producten' kunnen zijn, maar ook medische apparatuur, vliegtuigen, schepen, virtuele assistenten, fabrieksrobots et cetera kunnen dat zijn.

De Data Act 'helpt' in dit verband trouwens niet alleen consumenten, maar ook rechtspersonen/ondernemingen die 'gebruiker' zijn van een verbonden product of gerelateerde dienst. Daarnaast maakt het niet uit of de 'gebruiker' van het verbonden product de eigenaar is, of dat de gebruiker het verbonden product huurt of leaset.

Voor de volledigheid ook een concreet voorbeeld van een 'gerelateerde dienst' in verband met die nieuw gekochte auto: stel dat je op je telefoon een app kunt installeren waarmee je de auto in de winter kunt voorverwarmen en dat je de auto ook met een app van het slot kunt halen waardoor geen sleutel meer nodig is. Dan is dat een gerelateerde dienst: het is een digitale dienst die zó aan je product verbonden is, dat je product zonder die dienst bepaalde functies niet kan uitoefenen. Het gaat om diensten die echt gegevens en commando's naar het product kunnen sturen en die de werking kunnen beïnvloeden.

I.2 Verplicht toegankelijk maken gegevens

Verbonden producten en gerelateerde diensten moeten voortaan zó ontworpen, gemaakt en verleend worden dat de productgegevens en gegevens van een gerelateerde dienst (met inbegrip van bepaalde metagegevens) rechtstreeks toegankelijk zijn voor de gebruiker. En wel op een standaard, gemakkelijke, veilige en kosteloze manier, in een alomvattend, gestructureerd, algemeen gebruikt en machineleesbaar formaat. Alleen als het niet relevant is voor de gebruiker of technisch niet haalbaar zou zijn hoeft de informatie niet 'rechtstreeks' beschikbaar te zijn. Deze verplichting voor de fabrikant volgt uit artikel 3 lid 1 van de Data Act.

I.3 Informatieverplichtingen precontractuele fase

Vervolgens legt de Data Act bepaalde *informatieverplichtingen* op aan de verkoper, verhuurder of leasegever van een verbonden product en aan de leverancier van een gerelateerde dienst. Dit is (uiteraard) niet altijd dezelfde partij als de fabrikant van het verbonden product of ontwikkelaar van de gerelateerde dienst. Er moet aan de (toekomstig) gebruiker van het verbonden product en/of de gerelateerde dienst *voorafgaand* aan het sluiten van de koop-, huur-, lease- of dienstverleningsovereenkomst bepaalde

informatie worden verstrekt. Namelijk onder meer informatie over (artikel 3 leden 2 en 3 Data Act hierna geciteerd - zie ook de checklist in de bijlage bij dit artikel):

i) het type, formaat en geraamde volume van productgegevens die het verbonden product kan genereren;
ii) of het verbonden product in staat is om continu en in realtime gegevens te genereren;
iii) of het verbonden product in staat is om gegevens op het apparaat of op afstand op te slaan, indien van toepassing met inbegrip van de beoogde bewaartermijn;
iv) hoe de gebruiker de gegevens kan raadplegen, opvragen of, in voorkomend geval, wissen, met inbegrip van de technische middelen om dit te doen, alsmede de gebruiksvoorwaarden en de kwaliteit van de dienstverlening daarvan;
v) de aard, het geraamde volume en de frequentie van verzameling van productgegevens die de potentiële gegevenshouder geacht wordt te verkrijgen en, in voorkomend geval, de regelingen voor de gebruiker om toegang te krijgen tot die gegevens of deze op te vragen, met inbegrip van de regelingen van de potentiële gegevenshouder inzake gegevensopslag en de duur van de bewaring;
vi) de aard en het geraamde volume van de te genereren gegevens van een gerelateerde dienst, alsmede de regelingen voor de gebruiker om toegang te krijgen tot die gegevens of deze op te vragen, met inbegrip van de regelingen van de potentiële gegevenshouder inzake gegevensopslag en de duur van de bewaring;
vii) of de potentiële gegevenshouder verwacht eenvoudig beschikbare gegevens zelf te gebruiken en de doeleinden waarvoor die gegevens zullen worden gebruikt en of hij al dan niet voornemens is een of meer derden toe te staan de gegevens te gebruiken voor met de gebruiker overeengekomen doeleinden;
viii) de identiteit van de potentiële gegevenshouder, zoals zijn handelsnaam en het geografische adres waar hij is gevestigd en, in voorkomend geval, van andere gegevensverwerkende partijen;
ix) de communicatiemiddelen die de gebruiker in staat stellen snel contact op te nemen met de potentiële gegevenshouder en efficiënt met hem te communiceren;
x) de manier waarop de gebruiker kan verzoeken om de gegevens te delen met een derde en, in voorkomend geval, het delen van gegevens kan stopzetten;
xi) het recht van de gebruiker om bij de (…) bevoegde autoriteit [een] klacht in te dienen over een vermeende inbreuk op de bepalingen van dit hoofdstuk;
xii) de vraag of een potentiële gegevenshouder de houder is van bedrijfsgeheimen die vervat zijn in de gegevens die toegankelijk zijn via het verbonden product of die worden gegenereerd tijdens de verlening van een gerelateerde dienst, en, wanneer de potentiële gegevenshouder niet de houder van de bedrijfsgeheimen is, de identiteit van de houder van het bedrijfsgeheim; en
xiii) de duur van de overeenkomst tussen de gebruiker en de potentiële gegevenshouder, alsmede de regelingen voor het beëindigen van deze overeenkomst.

De bovenstaande informatie moet duidelijk en begrijpelijk zijn voor de gebruiker.

Hoewel deze informatieverplichtingen dus gelden *voorafgaand* aan het sluiten van een overeenkomst met de gebruiker en de Data Act dus *niet* voorschrijft dat de te verstrekken informatie *in* een overeenkomst met de gebruiker wordt opgenomen, kan dat (in ieder geval deels) wel verstandig zijn. In ieder geval vanuit het

perspectief van de verkoper/verhuurder/leasemaatschappij/aanbieder van het product of de dienst. Deze partij zal namelijk ook de bewijslast dragen van de vraag of de informatie daadwerkelijk is verstrekt voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst. Als de informatie ín de overeenkomst (een bijlage) is opgenomen, dan wordt het al gauw makkelijker om aan die bewijslast te voldoen. Daarnaast raken sommige van de hiervoor opgesomde informatieverplichtingen aan onderwerpen die sowieso wel relevant zijn voor de contractpraktijk. Bijvoorbeeld onderdeel (vii): of de aanbieder van de gerelateerde dienst zelf verwacht gegevens te gaan gebruiken of derden toe te staan die te gebruiken. Het is onze ervaring dat aanbieders van diensten die data genereren en/of verwerken – voor zover wettelijk toegestaan – contractueel eigenlijk altijd wel proberen te bedingen dat ze die data ook voor eigen doeleinden mogen gebruiken en dat de (oplettende) klant dat probeert te beperken.
Een ander voorbeeld van een informatieverplichting die hoe dan ook van belang is voor de contractpraktijk is onderdeel (xii) over bedrijfsgeheimen.

I.4 Bescherming van de 'gegevenshouder' – o.a. bedrijfsgeheimen

De Data Act is niet alleen maar kommer en kwel voor de 'gegevenshouder'. De gegevenshouder is de natuurlijke of rechtspersoon die op grond van de Data Act of op grond van ander geldig (Unie)recht de verplichting heeft om gegevens te gebruiken of ter beschikking te stellen. Dus bijvoorbeeld de fabrikant van de verbonden auto, of de leverancier van de gerelateerde dienst. Ja: op de gegevenshouder komt de verplichting te rusten om gegevens te delen op verzoek van de gebruiker. De gegevenshouder wordt op bepaalde punten en onder voorwaarden echter ook wel expliciet beschermd door de Data Act:

a) de gegevenshouder kan de toegang tot gegevens of het gebruik of verder delen daarvan *contractueel* beperken of verbieden als een dergelijke verwerking de beveiligingsvereisten van het verbonden product (zoals wettelijk vastgesteld) zou kunnen ondermijnen met ernstige negatieve gevolgen voor de gezondheid, veiligheid of beveiliging van natuurlijke personen;
b) bedrijfsgeheimen worden bewaard en alleen bekendgemaakt op voorwaarde dat de gegevenshouder en de gebruiker voorafgaand aan de bekendmaking noodzakelijke maatregelen nemen om de vertrouwelijkheid ervan te waarborgen, met name ten aanzien van derden; en
c) gebruikers (en derden die op verzoek van de gebruiker gegevens ontvangen van de gegevenshouder) mogen de verkregen gegevens niet gebruiken om een concurrerend product te maken of om inzicht te verkrijgen in de economische situatie, activa en productiemethoden van de fabrikant of gegevenshouder. De gebruiker en eventuele derde mogen ook geen dwangmiddelen gebruiken of misbruik maken van leemten in de technische infrastructuur van een gegevenshouder die bedoeld is om de gegevens te beschermen, teneinde toegang te kunnen krijgen tot gegevens.

Onderdelen (a) en (b) vergen in ieder geval contractuele afspraken, voor de 'verboden' die in onderdeel (c) zijn opgenomen kan de gegevenshouder ook op de wet vertrouwen zonder deze verboden expliciet in de overeenkomst met de gebruiker of derde op te nemen.

Dat de in onderdeel (a) opgenomen mogelijkheid om toegang tot gegevens te beperken contractuele afspraken vergt, staat expliciet in de bepaling zelf (artikel 4 lid 2 van de Data Act). Hoewel het niet letterlijk in de wettekst staat, denken wij dat wanneer er bij de te delen gegevens bedrijfsgeheimen van de gegevenshouder in het spel zijn, het nodig is dat de gegevenshouder hierover *contractuele* afspraken maakt met de gebruiker en/of derde die op verzoek van de gebruiker de gegevens ontvangt.

Om dit goed uit te leggen moeten we even een klein uitstapje maken naar de Wet Bescherming Bedrijfsgeheimen (de '**Wbbg**'). Deze wet vindt zijn oorsprong in het TRIPS-verdrag en vormt een implementatie van een EU-richtlijn (EU 2016/943). Artikel 1 Wbbg bepaalt dat een bedrijfsgeheim 'informatie' is die voldoet aan de volgende cumulatieve voorwaarden (geparafraseerd):

1. de informatie moet geheim zijn, in haar geheel dan wel in de juiste samenstelling en ordening van haar bestanddelen, niet algemeen bekend of gemakkelijk toegankelijk voor degenen binnen de kringen van personen die zich gewoonlijk bezighouden met dergelijke informatie;
2. de informatie moet handelswaarde bezitten omdat zij geheim is; en
3. de informatie moet, door degene die daar rechtmatig over beschikt, **zijn onderworpen aan redelijke maatregelen (gezien de omstandigheden) om deze geheim te houden**.

Volgens de wetsgeschiedenis van de Wbbg worden onder meer contractuele geheimhoudingsafspraken (NDA's, geheimhoudingsbepalingen in overeenkomsten) gezien als voorbeelden van 'redelijke maatregelen' om informatie geheim te houden. Daaruit kun je de conclusie trekken dat waar het in de Data Act over een 'bedrijfsgeheim' gaat, dat informatie moet zijn ten aanzien waarvan je doorgaans in contracten ook afspreekt dat het vertrouwelijke informatie is die geheim moet worden gehouden door de ontvanger. Als dit niet wordt afgesproken voldoet de informatie niet aan één van de drie vereisten om als bedrijfsgeheim te kwalificeren: er zijn dan namelijk geen redelijke maatregelen genomen (NDA's gesloten/geheimhoudingsafspraken gemaakt) om de informatie geheim te houden. Dit is een beetje kort door de bocht, want in theorie zou de houder van bepaalde informatie allerlei *andere* redelijke maatregelen genomen kunnen hebben om informatie geheim te houden, behalve het maken van contractuele afspraken over geheimhouding. Dan zou nog steeds aan de drie vereisten voor de kwalificatie van een bedrijfsgeheim voldaan kunnen zijn. Wij (van wc-eend) pleiten er echter voor om bedrijfsgeheimen gewoon maar wel te adresseren in overeenkomsten.

De gegevenshouder die verplicht is om gegevens te delen met de gebruiker of een derde moet drie dingen doen: (i) voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst moet de gegevenshouder duidelijke en begrijpelijke informatie verstrekken over of hij de houder is van bedrijfsgeheimen die zijn vervat in de gegevens en zo niet, dan moet hij de identiteit van de houder van de bedrijfsgeheimen bekendmaken (dit zagen we al bij de 'informatieverplichtingen in de precontractuele fase),(ii) hij moet de bedrijfsgeheimen identificeren en (iii) hij moet met de gebruiker evenredige en technische maatregelen overeenkomen die noodzakelijk zijn om de vertrouwelijkheid van de gedeelde gegevens te waarborgen, met name ten aanzien van derden.

Voor wat betreft punt (ii): de bedrijfsgeheimen moeten onder meer in de relevante metagegevens worden geïdentificeerd (zie artikel 4 lid 6 Data Act in de verhouding gegevenshouder – gebruiker en artikel 5 lid 9 in de verhouding gegevenshouder – derde). Wij raden aan om de bedrijfsgeheimen ook concreet te identificeren in de overeenkomst, om zoveel mogelijk te voorkomen dat daar misverstanden over zouden kunnen ontstaan.

Ten aanzien van punt (iii): de wettekst geeft het sluiten van modelcontractvoorwaarden en vertrouwelijkheidsovereenkomsten als expliciete voorbeelden van maatregelen die noodzakelijk zijn om de vertrouwelijkheid van gedeelde gegevens te waarborgen. Maar ook andersoortige maatregelen moeten 'overeengekomen' worden en kunnen dus maar beter een plek krijgen in een schriftelijke overeenkomst.

Nog even een detail: de wettekst in deze artikelen maakt ook een onderscheid (indien relevant) tussen de 'gegevenshouder' en de 'houder van een bedrijfsgeheim' omdat dit niet dezelfde (rechts)persoon hoeft te zijn. De wettekst laat daarom toe dat ook de houder van het bedrijfsgeheim met de gebruiker of derde (rechtstreeks) een overeenkomst kan sluiten over de te nemen maatregelen.

In het geval dat het de gegevenshouder niet lukt om met de gebruiker, dan wel de derde, tot overeenstemming te komen over de te nemen maatregelen, de maatregelen in de praktijk niet worden uitgevoerd door de gebruiker of derde, of de vertrouwelijkheid van de bedrijfsgeheimen toch door de gebruiker of derde wordt ondermijnd, kan de gegevenshouder het delen van de als bedrijfsgeheim aangemerkte gegevens tegenhouden of opschorten. Let op: als de gegevenshouder dit doet, moet dit gemotiveerd worden gemeld bij de bevoegde toezichthoudende autoriteit. In Nederland is dit de ACM.

Ten slotte, in uitzonderlijke omstandigheden geldt nog een andere mogelijkheid voor gegevenshouders om het delen van bedrijfsgeheimen te beperken. Dat is wanneer er, ondanks de door de gebruiker of derde genomen technische en organisatorische maatregelen, zeer waarschijnlijk ernstige economische schade geleden zal worden door bekendmaking van de bedrijfsgeheimen. De gegevenshouder die houder is van het bedrijfsgeheim moet dat wel kunnen aantonen op basis van objectieve elementen, met name de afdwingbaarheid van de bescherming van bedrijfsgeheimen in derde landen, de aard en het niveau van vertrouwelijkheid van de gevraagde gegevens en de mate waarin het om een uniek en nieuw verbonden product gaat. Op deze basis mag de gegevenshouder alleen *per geval* toegang tot *specifieke gegevens* weigeren en moet hij dit onverwijld schriftelijk mededelen aan de gebruiker of de derde die het betreft. En ook hier geldt: de gegevenshouder moet zo'n weigering melden bij de toezichthoudende autoriteit.

II HET DELEN VAN GEGEVENS DOOR GEGEVENSHOUDERS AAN GEGEVENSONTVANGERS

II.1 Do's en met name Don'ts in contracten over het delen van gegevens

De Data Act vervolgt met twee hoofdstukken (hoofdstukken III en IV) over verplichtingen voor gegevenshouders en oneerlijke contractuele bedingen. Deze hoofdstukken zijn niet alleen van toepassing op gegevensdeling ten aanzien van verbonden producten of gerelateerde diensten, maar hebben een breder bereik. Er kunnen krachtens Unierecht of overeenkomstig Unierecht vastgestelde nationale wetgeving namelijk ook andere wettelijke verplichtingen zijn waaronder een onderneming die gegevenshouder is verplicht is om gegevens ter beschikking te stellen aan een 'gegevensontvanger'. Die laatste hoeft dus ook niet de gebruiker van een verbonden product te zijn. Hierna hebben we het daarom over de 'gegevenshouder' en de 'gegevensontvanger'.

Uit het derde hoofdstuk van de Data Act ('verplichtingen voor de gegevenshouder (…)') lichten we twee onderdelen uit die relevant zijn voor de contractpraktijk.

II.1.1 Voorwaarden waaronder gegevenshouders gegevens ter beschikking stellen aan gegevensontvangers.

Wanneer, in relaties tussen ondernemingen, een gegevenshouder verplicht is om gegevens ter beschikking te stellen aan een gegevensontvanger, dan is het idee dat de gegevenshouder met de ontvanger tot een akkoord komt over de regelingen voor het ter beschikking stellen van de gegevens. In het voorbeeld waarmee we begonnen, kan het dus zijn dat de fabrikant of merkdealer waar je je auto hebt aangekocht, rechtstreekse afspraken maakt met de garagehouder waar jij (liever) je auto in onderhoud

brengt. Dat kan uiteraard ook op wat grotere schaal en minder incidenteel plaatsvinden; bijvoorbeeld als de fabrikant met diverse BOVAG-garages alvast een overeenkomst sluit voor het geval er gebruikers komen die graag willen dat de fabrikant gegevens deelt met de BOVAG-garages.
De Data Act stelt als voorwaarden dat dergelijke afspraken eerlijk, redelijk en niet-discriminerend zijn en op transparante wijze tot stand komen. De gegevenshouder mag daarbij geen onderscheid maken tussen vergelijkbare categorieën van gegevenshouders, met inbegrip van partnerondernemingen of verbonden ondernemingen van de gegevenshouder. Wij leiden hieruit af dat de autofabrikant (als die de gegevenshouder is) geen gunstigere voorwaarden mag stellen voor dealers/garages die verbonden zijn aan zijn merk, dan aan overige garages.

II.1.2 Vergoeding voor het beschikbaar stellen van gegevens

Een gegevenshouder mag wél een vergoeding vragen voor het beschikbaar stellen van gegevens en die vergoeding mag (zelfs) een marge omvatten (artikel 9 lid 1 Data Act). De vergoedingen moeten echter redelijk zijn en mogen eveneens niet discriminerend zijn.
Bij het overeenkomen van vergoedingen houden de gegevenshouder en de gegevensontvanger rekening met:

a) de kosten voor het beschikbaar stellen van gegevens, waaronder, met name, de kosten die nodig zijn voor de formattering van gegevens, elektronische verspreiding en opslag;
b) de investeringen in het verzamelen en produceren van gegevens, indien van toepassing, rekening houdend met de vraag of andere partijen hebben bijgedragen tot het verkrijgen, genereren of verzamelen van de betrokken gegevens; en
c) de omvang, het formaat en de aard van de gegevens.

Wanneer de gegevensontvanger een 'kmo' is (kleine of micro onderneming waarvoor je in artikel 2, lid 3 van de bijlage bij Aanbeveling 2003/631/EG moet kijken) of een onderzoeksorganisatie zonder winstoogmerk mag de overeengekomen vergoeding niet hoger zijn dan de daadwerkelijke kosten zoals opgesomd bij punt a) hierboven.

II.2 Oneerlijke contractuele bedingen die eenzijdig worden opgelegd aan een andere onderneming

Hoofstuk 4 van de Data Act bestaat uit één (lang) artikel (13) met een opsomming van contractuele bedingen die oneerlijk zijn of oneerlijk worden geacht (behoudens tegenbewijs) als ze – in een overeenkomst met betrekking tot de toegang tot en het gebruik van gegevens tussen ondernemingen – eenzijdig worden opgelegd door de ene onderneming aan de andere onderneming. Aandachtspunt is dat het hier dus ook zou kunnen gaan om bedingen die de gegevensontvanger oplegt aan de gegevenshouder. Een voorwaarde die we graag nog even dubbel benadrukken is dat het dus moet gaan om 'eenzijdig' opgelegde bedingen: de situatie waarin geen onderhandelingsruimte wordt geboden aan de contractuele wederpartij. Daarmee is bedoeld tot uitdrukking te brengen dat het beginsel van contractvrijheid ook nog altijd geldt als essentieel concept in relaties tussen ondernemingen (overweging 59 van de Data Act). Niet alle contractvoorwaarden moeten dus aan een onredelijkheidstoets worden onderworpen, maar alleen de voorwaarden die eenzijdig zijn opgelegd.

Hier kan natuurlijk al vrij snel sprake zijn van een geleidende schaal: soms is er op enkele punten onderhandelingsruimte maar op andere niet of minder. Zijn de overeind blijvende oorspronkelijke bepalingen dan per definitie eenzijdig opgelegd? In een contract gaat het vaak toch ook om de samenhang met andere bepalingen. En soms maakt de contractuele wederpartij zelf geen gebruik van de mogelijkheid tot onderhandelen (al dan niet op specifieke bepalingen): is er dan sprake van eenzijdig opleggen? De Data Act geeft wel iets meer context – namelijk dat een beding eenzijdig wordt geacht te zijn opgelegd als het door een van de partijen is gesteld en de andere partij ondanks een poging daarover te onderhandelen geen invloed op de inhoud ervan heeft kunnen uitoefenen – maar dit beantwoordt toch nog niet aan alle mogelijke praktijksituaties. In ieder geval mogen de grotere ondernemingen die contractuele wederpartijen per definitie laten teken bij het kruisje (omdat… vul zelf maar een slap excuus namens de legal afdeling in) zich wel aangesproken voelen – *you know who you are*. En weet wel: de partij die het beding in de overeenkomst heeft laten opnemen moet bewijzen dat het beding niet eenzijdig is opgelegd (artikel 13 lid 6 Data Act).

Hoe dan ook, we sommen de oneerlijke contractuele bedingen en de bedingen die (behoudens tegenbewijs) worden geacht oneerlijk te zijn – als ze eenzijdig zijn opgelegd even op voor het overzicht (letterlijke citaten uit artikel 13 Data Act):

'zwarte lijst'

Een contractueel beding is met name oneerlijk indien dat beding het volgende tot doel of gevolg heeft:

a) de partij die het beding eenzijdig heeft opgelegd, draagt geen of beperkte aansprakelijkheid voor opzettelijke handelingen of grove nalatigheid;
b) de partij waaraan het beding eenzijdig is opgelegd, wordt uitgesloten van de remedies waarover deze beschikt in het geval van niet-nakoming van contractuele verplichtingen of de partij die het beding eenzijdig heeft opgelegd, draagt geen aansprakelijkheid in het geval van een niet-nakoming van die verplichtingen;
c) de partij die het beding eenzijdig heeft opgelegd beschikt over het exclusieve recht om te bepalen of de verstrekte gegevens in overeenstemming zijn met de overeenkomst of om contractsbedingen uit te leggen.

'grijze lijst'

Een contractueel beding wordt geacht oneerlijk te zijn indien het ertoe strekt of tot gevolg heeft dat:

a) de remedies in het geval van niet-nakoming van contractuele verplichtingen of de aansprakelijkheid in het geval van een inbreuk op die verplichtingen op ongepaste wijze worden beperkt, of de aansprakelijkheid van de onderneming waaraan het beding eenzijdig is opgelegd, wordt uitgebreid;
b) de partij die het beding eenzijdig heeft opgelegd, toegang kan krijgen tot en gebruik kan maken van de gegevens van de medecontractant op een wijze die de rechtmatige belangen van de medecontractant aanzienlijk schaadt, met name indien die gegevens commercieel gevoelige informatie bevatten of beschermd zijn door bedrijfsgeheimen of door intellectuele-eigendomsrechten;

c) de partij waaraan het beding eenzijdig is opgelegd, wordt verhinderd de door die partij tijdens de looptijd van de overeenkomst verstrekte of gegenereerde gegevens te gebruiken, of het gebruik van dergelijke gegevens in die mate wordt beperkt dat die partij niet het recht heeft dergelijke gegevens te gebruiken, te verzamelen, te raadplegen of te controleren of de waarde ervan adequaat te exploiteren;
d) de partij waaraan het beding eenzijdig is opgelegd, wordt belet om de overeenkomst binnen een redelijke termijn op te zeggen;
e) de partij waaraan het beding eenzijdig is opgelegd, wordt verhinderd tijdens de looptijd van de overeenkomst of binnen een redelijke termijn na de beëindiging ervan een kopie van de door die partij verstrekte of gegenereerde gegevens te verkrijgen;
f) de partij die de termijn eenzijdig heeft opgelegd de overeenkomst binnen een onredelijk korte termijn kan opzeggen, rekening houdend met een redelijke mogelijkheid van de medecontractant om over te stappen naar een alternatieve en vergelijkbare dienst en met de financiële schade die door een dergelijke beëindiging wordt berokkend, tenzij er gewichtige redenen zijn om dit te doen; en
g) de partij die het beding eenzijdig heeft opgelegd aanzienlijke wijzigingen kan aanbrengen in de in de overeenkomst gespecificeerde prijs of ten aanzien van een andere wezenlijke voorwaarde met betrekking tot de aard, het formaat, de kwaliteit of de kwantiteit van de gegevens die worden gedeeld, zonder dat in de overeenkomst een geldige reden of het recht van de wederpartij om de overeenkomst op te zeggen in geval van een dergelijke wijziging wordt vermeld.

Kortom: extra opletten bij clausules over onder andere aansprakelijkheid, remedies bij niet-nakoming van contractuele verplichtingen en opzegtermijnen.

Ook eenzijdige wijzigingsbedingen worden dus genoemd in de 'grijze lijst' (onderdeel g). Hieraan is echter wel toegevoegd dat eenzijdige wijzigingsbedingen als zodanig niet verboden zijn. Een partij mag zich (en mag dit ook eenzijdig opleggen) het recht voorbehouden om een *overeenkomst voor onbepaalde tijd* eenzijdig te wijzigen, mits er (i) in die overeenkomst een geldige reden is vermeld voor dergelijke eenzijdige wijzigingen, (ii) de partij die het beding heeft opgelegd de wederpartij van een voorgenomen wijziging binnen een redelijke termijn op de hoogte stelt en (iii) het de wederpartij vrijstaat om de overeenkomst kosteloos op te zeggen in geval van een wijziging.

Nog twee kanttekeningen uit de overwegingen bij de Data Act die goed om te weten zijn voor contractonderhandelaars in dit verband:

(i) de regels inzake oneerlijke contractvoorwaarden zijn alleen van toepassing op de elementen van de overeenkomst die verband houden met het beschikbaar stellen van gegevens, dat wil zeggen contractvoorwaarden betreffende de toegang tot en het gebruik van gegevens, alsook aansprakelijkheid of remedies in geval van schending en beëindiging van gegevensgerelateerde verplichtingen. Andere delen van de overeenkomst die geen verband houden met het beschikbaar stellen van gegevens mogen dus niet aan de oneerlijkheidstoets worden onderworpen (overweging 60 van de Data Act). En: als het oneerlijke contractuele beding kan worden gescheiden van de overige contractuele bedingen, zijn die resterende bedingen bindend (artikel 13 lid 7 Data Act);
(ii) criteria voor het vaststellen van oneerlijke contractvoorwaarden mogen alleen worden toegepast op *buitensporige contractvoorwaarden waarbij misbruik is gemaakt van een sterkere*

onderhandelingspositie. De overgrote meerderheid van de contractvoorwaarden die commercieel gunstiger zijn voor de ene partij dan voor de andere, waaronder voorwaarden die normaal zijn in overeenkomsten tussen ondernemingen, zijn een normale uitdrukking van het beginsel van contractvrijheid en blijven van toepassing (overweging 61 van de Data Act).

III OVERSTAPPEN TUSSEN DATAVERWERKINGSDIENSTEN

Het derde en laatste onderwerp uit de Data Act dat we in deze bijdrage behandelen, zijn de bepalingen over het 'overstappen naar een andere dataverwerkingsdienst' die in hoofdstuk VI van de Data Act staan. Ook hier gaan we alleen in op bepalingen die relevant zijn (of kunnen zijn) om in overeenkomsten – tussen in dit geval de dataverwerkingsdienst en de klant – op te nemen. De achtergrond en bedoeling van dit onderdeel van de Data Act is wellicht evident, maar noemen we volledigheidshalve toch maar even: belemmeringen voor een doeltreffende overstap van de ene dataverwerkingsdienst naar de andere moeten zoveel mogelijk worden weggenomen. Met andere woorden: het moet makkelijker worden om over te stappen en het moet ook makkelijker worden om van meerdere dataverwerkingsdiensten tegelijk gebruik te maken.

Overstappen van een dataverwerkingsdienst betekent doorgaans dat gegevens moeten worden overgezet uit het ecosysteem van de ene dienstverlener naar de andere dienstverlener. Klinkt eenvoudig, maar is in de praktijk nog wel eens een uitdaging omdat de gegevens bij de eerste dienstverlener bijvoorbeeld niet altijd dezelfde structuur hebben als bij de opvolgende dienstverlener. Daarnaast werpen dataverwerkingsdiensten in hun overeenkomsten nog wel eens belemmeringen op die een overstap moeilijk maken en de klant als het ware 'veroordelen' om maar bij dezelfde leverancier te blijven ('vendor lock-in'). Tot nu.

Nu bepaalt de Data Act namelijk dat de rechten van de klant en de verplichtingen van de aanbieder van de dataverwerkingsdiensten met betrekking tot het overstappen naar andere aanbieders (of naar on-premises-ICT-infrastructuur) duidelijk moeten worden vastgelegd in een schriftelijk contract (artikel 25 lid 1 van de Data Act). Deze overeenkomst moet vóór de ondertekening daarvan ter beschikking worden gesteld aan de klant op een manier waarop deze de overeenkomst kan opslaan en reproduceren. De laatste verplichting kennen we al uit andere (EU) wetgeving die gericht is op het beschermen van consumenten. Daarom merken we meteen maar op: de 'klant' in de Data Act is niet per definitie een consument. De klant kan ook een rechtspersoon zijn die gebruik maakt, of wil gaan maken, van een of meer dataverwerkingsdiensten. Welke (rechts)personenvallen onder de definitie 'aanbieder van een dataverwerkingsdienst' proberen we verderop uit te leggen (zie paragraaf III.3).

III.1 Verplichte inhoud overeenkomsten tussen aanbieders en klanten

Qua inhoud moet het contract tussen de klant en de aanbieder van de dataverwerkingsdienst ten minste het volgende bevatten (hierna volgt een samengevatte opsomming van artikel 25 lid 2 Data Act):

i) bepalingen op grond waarvan de klant, op verzoek, kan overstappen naar een dataverwerkingsdienst die wordt aangeboden door een andere aanbieder van dataverwerkingsdiensten of op grond waarvan de klant alle exporteerbare data, en digitale activa kan overdragen naar een on-premises-ICT-infrastructuur, onverwijld en in geen geval na de verplichte overgangsperiode van maximaal 30 dagen, die aanvangt na de maximale opzegtermijn

bedoeld in punt iv), waarbinnen de dienstverleningsovereenkomst van toepassing blijft en waarbinnen de aanbieder van dataverwerkingsdiensten:

i. redelijke bijstand verleent aan de klant en door de klant gemachtigde derden in het overstapproces;
ii. met de nodige zorgvuldigheid handelt om de bedrijfscontinuïteit in stand te houden en de functies of diensten op grond van de overeenkomst blijft verlenen;
iii. duidelijke informatie verstrekt over bekende risico's voor de continuïteit van de verlening van de functies of diensten aan de zijde van de oorspronkelijke aanbieder van de dataverwerkingsdiensten;
iv. ervoor zorgt dat gedurende het overstapproces een hoog beveiligingsniveau wordt gehandhaafd, met name wat betreft de beveiliging van de gegevens tijdens de doorgifte ervan en de voortdurende beveiliging van gegevens tijdens de in punt vii) gespecificeerde opvragingstermijn, in overeenstemming met het toepasselijke Unie- of nationale recht;

ii) een verplichting voor de aanbieder van dataverwerkingsdiensten om ondersteuning te bieden voor de exitstrategie van de klant in het kader van de gecontracteerde diensten, onder meer door alle relevante informatie te verstrekken;
iii) een clausule waarin wordt bepaald dat de overeenkomst wordt geacht te zijn beëindigd en dat de klant in kennis wordt gesteld van de beëindiging, in een van de volgende gevallen:
    a. indien van toepassing, na de succesvolle voltooiing van het overstapproces;
    b. aan het einde van de in punt iv) bedoelde maximale opzegtermijn, indien de klant niet wil overstappen, maar al zijn exporteerbare data en digitale activa na beëindiging van de dienst wil wissen.
iv) een maximale opzegtermijn voor het initiëren van het overstapproces, **die niet meer dan twee maanden bedraagt**;
v) een volledige specificatie van alle categorieën gegevens en digitale activa die tijdens het overstapproces kunnen worden overgedragen, waaronder ten minste alle exporteerbare data;
vi) een exhaustieve specificatie van de categorieën gegevens die specifiek zijn voor de interne werking van de dataverwerkingsdiensten van de aanbieder en die geen deel mogen uitmaken van de in punt v) van deze lijst bedoelde exporteerbare data wanneer er een risico op schending van bedrijfsgeheimen van de aanbieder bestaat, op voorwaarde dat dergelijke uitzonderingen het overstapproces niet belemmeren of vertragen;
vii) een minimumtermijn voor het opvragen van gegevens van ten minste 30 kalenderdagen, beginnend na de beëindiging van de overgangsperiode die is overeengekomen tussen de klant en de aanbieder van dataverwerkingsdiensten, overeenkomstig punt i);
viii) een clausule die garandeert dat alle exporteerbare data en digitale activa die rechtstreeks door de klant worden gegenereerd of die rechtstreeks betrekking hebben op de klant, volledig worden gewist na het verstrijken van de in punt vii) bedoelde opvragingstermijn of na het verstrijken van een alternatieve overeengekomen termijn na de datum waarop de in punt vii) bedoelde opvragingstermijn verstrijkt, op voorwaarde dat het overstapproces met succes is voltooid; en
ix) overstapkosten die door aanbieders van dataverwerkingsdiensten in rekening kunnen worden gebracht overeenkomstig artikel 29 van de Data Act.

Wij vonden vooral de maximale opzegtermijn van twee maanden verrassend (onderdeel d), met name als voorschrift in relaties tussen ondernemingen, waar dit toch wel een erg concrete beperking van de contractvrijheid is. Over de opzegtermijn en overgangsperiode – de periode van 30 dagen die aanvangt

na de maximale opzegtermijn (zie onderdeel a) is nog iets meer opgenomen. Als deze verplichte maximale overgangsperiode namelijk technisch niet haalbaar is, moet de aanbieder van de dienst dat binnen 14 werkdagen na het overstapverzoek aan de klant laten weten. Daarbij moet de aanbieder naar behoren uitleggen waarom de periode niet haalbaar is en vermelden wat de alternatieve overgangsperiode is, die niet langer dan zeven maanden mag zijn. Gedurende de gehele overgangsperiode moet de aanbieder de continuïteit van de dienstverlening waarborgen. Overigens kan ook de klant de overgangsperiode willen verlengen. Ook dit moet worden opgenomen in de overeenkomst tussen de aanbieder en de klant. Meer in lijn met de wettekst gezegd: *de overeenkomst moet bedingen bevatten die de klant het recht verlenen de overgangsperiode eenmaal te verlengen met een periode die de klant voor zijn eigen doeleinden geschikter acht*. Ook dit is een bepaling die we als zodanig nog niet veel in commerciële dataverwerkingscontracten hebben gezien en die er daarom wel voor zal zorgen dat veel van die contracten aanpassing behoeven.

De Data Act legt geen regels of beperkingen op voor wat betreft de looptijd van de overeenkomst tussen de aanbieder van dataverwerkingsdiensten en de klant. In overweging 89 van de Data Act staat expliciet:

'*Niets in deze verordening belet (…) partijen om overeenkomsten voor dataverwerkingsdiensten met een vaste looptijd overeen te komen, met inbegrip van evenredige boetes voor vroegtijdige beëindiging om de vroegtijdige beëindiging van dergelijke overeenkomsten te dekken (…).*'

We merken op dat ook dit hoofdstuk van de Data Act bepaalde informatieverplichtingen voor de aanbieder bevat. Dit zijn grotendeels doorlopende informatieverplichtingen, waarbij aan de klant informatie moet worden verstrekt over overstapmogelijkmethoden, (data)formaten en restricties, gegevensstructuren, relevante normen en interoperabiliteitsspecificaties en transparantieverplichtingen inzake internationale toegang en doorgifte. Het ligt minder voor de hand om deze concrete informatie in een overeenkomst op te nemen, omdat deze nogal aan wijziging onderhevig kan zijn. Daarom staat in de Data Act ook (artikelen 26 sub b) en 28 lid 1) dat de informatie beschikbaar moet worden gesteld op de website van de aanbieder (dan wel een actueel online register dat wordt gehost door de aanbieder). Dat neemt niet weg dat artikel 28 lid 2 Data Act wel bepaalt dat *de websites* waarop de aanbieder transparantie biedt over internationale toegang en doorgifte *moeten worden vermeld in overeenkomsten van alle dataverwerkingsdiensten die aanbieders van dataverwerkingsdiensten aanbieden*.

III.2 Overstapkosten, kosten voor aanvullende diensten tijdens de overstap en maatwerk

Voor wie het nieuws over de Data Act enigszins gevolgd heeft, zal het onderwerp 'overstapkosten' in ieder geval bekend zijn. We besteden er toch even kort aandacht aan, maar vooral vanwege een wellicht juist onderbelicht punt. Artikel 29 van de Data Act voorziet in een stapsgewijze opheffing van overstapkosten waarbij het de bedoeling is dat er vanaf 12 januari 2027 geen overstapkosten meer in rekening worden gebracht aan de klant. Tussen 11 januari 2024 en 12 januari 2027 kunnen er nog 'verlaagde overstapkosten' in rekening worden gebracht, die rechtstreeks verband houden met de kosten die de aanbieder heeft gemaakt. Lid 4 van hetzelfde artikel is echter ook interessant en van belang voor de contractjurist:

'*Alvorens een overeenkomst met een klant te sluiten, verstrekken aanbieders van dataverwerkingsdiensten de potentiële klant duidelijke informatie over de standaardvergoedingen en boetes voor vroegtijdige beëindiging die kunnen worden opgelegd, alsook over de verlaagde overstapkosten (…).*'

Nog meer informatieverplichtingen voor de aanbieder dus, waarbij het niet helemaal duidelijk is of de aanbieder alleen moet informeren over 'additionele' boetes bij vroegtijdige beëindiging of er ook op moet wijzen dat bij een voortijdige beëindiging van een contract voor bepaalde tijd de afgesproken 'standaard' vergoedingen alsnog in rekening kunnen worden gebracht. Het lijkt verstandig om het beide te doen.

Klanten die consument zijn moeten daarnaast nog geïnformeerd worden over dataverwerkingsdiensten waarbij overstappen zeer complex of duur is, dan wel onmogelijk zonder aanzienlijke interferentie in gegevens, digitale activa of dienstenarchitectuur.

Dat er (op termijn) geen overstapkosten als zodanig meer mogen worden gerekend, wil niet zeggen dat de aanbieder van dataverwerkingsdiensten helemaal nooit kosten mag rekenen in een overstapproces. Als de aanbieder op verzoek van de klant aanvullende ondersteuning verricht bij het overstapproces die verder gaat dan de overstapverplichtingen die zijn opgenomen in de Data Act, dan mag de aanbieder daar wel degelijk een vergoeding voor vragen. De klant moet dan wel vooraf instemmen met de prijs van die diensten (overweging 89 Data Act).

Ten slotte geeft artikel 31 Data Act een specifieke regeling voor bepaalde dataverwerkingsdiensten. Er staan twee uitzonderingen in het artikel waardoor bepaalde verplichtingen uit hoofdstuk VI niet van toepassing zijn op die dataverwerkingsdiensten:

i) als bij een dataverwerkingsdienst het merendeel van de belangrijkste kenmerken is afgestemd op de specifieke behoeften van de klant of waarvan alle componenten zijn ontwikkeld voor een individuele klant, en waarbij die diensten niet op grote commerciële schaal worden aangeboden via de dienstencatalogus van de aanbieder ('maatwerk') dan geldt artikel 29 van de Data Act over het stapsgewijs opheffen van de overstapkosten niet. Deze aanbieder mag dan dus wel overstapkosten blijven rekenen. Daarnaast geldt een aantal verplichtingen over het bereiken van functionele gelijkwaardigheid met een gelijkwaardige (andere) dataverwerkingsdienst en interoperabiliteit niet voor deze aanbieder. Zie de artikelen 23 sub d) en 30 lid 1 en 3 Data Act hiervoor (minder relevant voor de contractpraktijk, dus niet uitgewerkt in deze bijdrage).
ii) de in het hoofdstuk vastgelegde verplichtingen zijn allemaal niet van toepassing op dataverwerkingsdiensten die gedurende een beperkte periode als een niet voor productiedoeleinden bedoelde versie voor test- en evaluatiedoeleinden worden verleend.

Mocht een dataverwerkingsdienst op een van deze uitzonderingen een beroep willen kunnen doen, dan moet de aanbieder voorafgaand aan het sluiten van een overeenkomst, de potentiële klant op de hoogte stellen van het feit dat de verplichtingen in hoofdstuk VI volgens de aanbieder niet van toepassing zijn. Ook hier geldt: als adviseur van de aanbieder zouden we dit dan ook opnemen in de overeenkomst met de uiteindelijke klant, zodat de aanbieder eenvoudiger kan aantonen dat hij aan zijn informatieverplichting heeft voldaan.

III.3 Aanbieder van een dataverwerkingsdienst

Als gezegd bedoelt de Data Act te regelen dat het overstappen tussen dataverwerkingsdiensten makkelijker wordt. In overweging (78) van de Data Act staat:

'De mogelijkheid voor klanten van dataverwerkingsdiensten, waaronder cloud- en edgediensten, om over te stappen van de ene op de andere dataverwerkingsdienst, met behoud van een minimale functionaliteit van de dienst en zonder uitval van diensten, of de mogelijkheid om gelijktijdig gebruik te maken van de diensten van verschillende aanbieders zonder onnodige obstakels of kosten van dataoverdracht, is een essentiële voorwaarde voor een meer concurrerende markt met lagere toegangsdrempels voor nieuwe aanbieders van dataverwerkingsdiensten en voor het verder vergroten van de veerkracht van de gebruikers van die diensten. De in deze verordening vastgelegde bepalingen inzake overstappen moeten ook ten goede komen aan klanten die gebruikmaken van gratis diensten, opdat zij niet aan één aanbieder vastzitten.'

Tegen deze achtergrond zijn het dus de 'aanbieders van dataverwerkingsdiensten' die bepaalde verplichtingen opgelegd krijgen ten gunste van cq. ter bescherming van de klant. Dat roept de vraag op wie zich die verplichtingen moeten aantrekken: wie zijn aanbieders van dataverwerkingsdiensten? Volgens overweging (81) van de Data Act vallen dataverwerkingsdiensten onder één of meer van de volgende drie modellen voor de levering van dataverwerkingsdiensten, namelijk infrastructuur als dienst (Infrastructure-as-a-Service – IaaS), platform als dienst (Platform-as-a-Service – PaaS) en software als dienst (Software-as-a-Service – SaaS). Deze modellen voor de levering van diensten vertegenwoordigen een specifieke, voorverpakte combinatie van ICT-middelen die worden aangeboden door een aanbieder van dataverwerkingsdiensten, aldus nog steeds overweging 81 van de Data Act.

Omgekeerd denken wij dat dit niet betekent dat alle aanbieders van een online SaaS-dienst een dataverwerkingsdienst zijn, al maakt de tekst van de Data Act het wel ingewikkeld om goede voorbeelden te geven van uitzonderingen: '*Dataverwerkingsdiensten moeten betrekking hebben op diensten die alomtegenwoordige netwerktoegang op aanvraag mogelijk maken tot een configureerbare, schaalbare en elastische gedeelde pool van gedistribueerde computingmiddelen*' (overweging 80 Data Act). En, de definitie van dataverwerkingsdienst in artikel 2 van de Data Act luidt: '*een digitale aan een klant aangeboden dienst die alomtegenwoordige en on-demand netwerktoegang mogelijk maakt tot een gedeelde pool van configureerbare, schaalbare en elastische computercapaciteit van gecentraliseerde, gedistribueerde of sterk gedistribueerde aard, die snel ter beschikking kan worden gesteld en worden vrijgegeven met minimale beheersinspanningen of tussenkomst van een dienstverlener.*'

In deze definitie zit een aantal elementen waarop in overweging 80 van de Data Act een iets nadere toelichting wordt gegeven. Deze kun je dus gebruiken om vast te stellen of je te maken hebt met een dataverwerkingsdienst:

a) **computingmiddelen** ('computing resources' in de Engelse versie van de Data Act): de computingmiddelen omvatten onder meer netwerken, servers of andere virtuele of fysieke infrastructuur, software, waaronder softwareontwikkelingsinstrumenten, opslag, toepassingen en diensten. Het vermogen van de klant van dataverwerkingsdiensten om eenzijdig zelfvoorzienend te zijn in computercapaciteit, zoals servertijd of netwerkopslag, zonder enige menselijke interactie door de aanbieder van dataverwerkingsdiensten, zou kunnen worden omschreven als een minimum aan inspanningen vereisend en minimale interactie tussen aanbieder en klant tot gevolg hebbend;
b) **alomtegenwoordig**: hiermee wordt de computercapaciteit bedoeld die via het netwerk wordt aangeboden en toegankelijk is via mechanismen die het gebruik van 'heterogene thin- of thick-client-platforms bevorderen (van webbrowsers, mobiele telefoons, tot werkstations);

c) **schaalbaar**: hiermee worden computingmiddelen bedoeld die, ongeacht de geografische locatie van de middelen, op flexibele wijze door de aanbieder van dataverwerkingsdiensten wordt toegewezen om schommelingen in de vraag te kunnen opvangen;
d) **elastisch**: hiermee worden de computingmiddelen bedoeld die, afhankelijk van de vraag, ter beschikking worden gesteld en worden vrijgegeven om die beschikbare middelen snel te kunnen verhogen of verlagen naargelang van het werkvolume;
e) **gedeelde pool**: hiermee worden die computingmiddelen bedoeld die ter beschikking worden gesteld van meerdere gebruikers die een gemeenschappelijke toegang tot de dienst hebben, maar waarbij de verwerking voor elke gebruiker afzonderlijk plaatsvindt, hoewel de dienst door middel van dezelfde elektronische apparatuur wordt verleend;
f) **gedistribueerd**: hiermee worden computingmiddelen bedoeld die zich op verschillende netwerkcomputers of -toestellen bevinden en die onderling communiceren en coördineren door middel van het doorgeven van berichten; en
g) **sterk gedistribueerd**: wordt gebruikt om dataverwerkingsdiensten te beschrijven die betrekking hebben op dataverwerking dichter bij de plaats waar data worden gegenereerd of verzameld, bijvoorbeeld in een verbonden dataverwerkingsapparaat.

De contractjurist zal – briljante uitzonderingen daargelaten – hier doorgaans echt goed met de cliënt moeten afstemmen of de definitie 'dataverwerkingsdienst' van toepassing is op de dienst waarover gecontracteerd wordt. Het is ook opletten geblazen omdat sommige diensten wel worden verkocht als 'SaaS' maar dat niet per definitie zijn: bijvoorbeeld een dedicated single tenant die niet gedeeld/elastisch/schaalbaar is. Software die via die weg als dienst wordt aangeboden is dan weliswaar niet 'on-prem' geïnstalleerd, maar valt ook niet onder het begrip 'cloud computing' omdat daar altijd een gedeeld/elastisch/schaalbaar element in zit.

IV OUTRO – MODEL CONTRACTUAL TERMS EN STANDARD CONTRACTUAL CLAUSES

Zoals uit het voorgaande blijkt, kan de Data Act best wat impact hebben op de inhoud van contracten voor bepaalde data-gerelateerde /IT-diensten. Om de praktijk hierbij te helpen, heeft de Europese Commissie een 'Expert Group' ingesteld (met daarin vooral advocaten) en zijn er door die 'Expert Group' modelcontracten en standaard contract bepalingen opgesteld. Uit de Data Act volgt geen verplichting om de modelcontracten en/of standard contract bepalingen te gebruiken.

De modelcontracten zijn gebaseerd op een analyse van hoofdstukken II-IV van de Data Act en gaan dus over het delen van gegevens van verbonden producten en gerelateerde diensten (zie paragraaf I hierboven). Er zijn hiervoor vier 'volledige' modelcontracten uitgewerkt voor verschillende situaties die zich qua datadeling kunnen voordoen onder de Data Act. Bij de modelcontracten zit ook een uitleg van de verschillende bepalingen die zijn opgenomen. De modelcontracten lijken goed bruikbaar, als we een kritiekpunt zouden moeten noemen dan is het dat er ook bepalingen zijn opgenomen die meer een letterlijke herhaling zijn van wat al in de wettekst staat (en dus ook gelden zonder dat ze in een overeenkomst zijn opgenomen). Daarmee zijn de modelcontracten misschien wat langer dan noodzakelijk, tegelijkertijd is het wel informatief voor contractpartijen om 'alle regels' bij elkaar te hebben (wij verwachten namelijk niet dat iedereen voor zijn of haar plezier de Data Act leest, of zelfs uit zijn/haar hoofd leert).

De standard contractual clauses die de Expert Group heeft opgesteld, zijn zes afzonderlijke clausules die los gebruikt kunnen worden in overeenkomsten voor dataverwerkingsdiensten:

i. General
ii. Switching & exit
iii. Termination
iv. Security & Business Continuity
v. Non-dispersion
vi. Liability
vii. Non-Amendment

De clausules gaan volgens de Expert Group over de belangrijkste onderwerpen uit de Data Act voor dataverwerkingsdiensten. De algemene 'SCC' bevat onder meer definities, een 'order of precedence' en een rechts- en forumkeuze. Het is goed om je te realiseren, zeker wanneer je redeneert vanuit het perspectief van een aanbieder van een dataverwerkingsdienst, dat de SCC's niet allemaal één op één te herleiden zijn op concrete wettelijke verplichtingen uit de Data Act. Als aanbieder van een dataverwerkingsdienst kun je ten aanzien van (in ieder geval een deel van) de SCC's dus het standpunt innemen dat je niet verplicht bent ze overeen te komen; in ieder geval niet zoals de Expert Group ze heeft bedacht. Een (mooi) voorbeeld hiervan zijn de SCC's voor 'non-amendment'; een nogal uitgebreide set van clausules die het eenzijdig wijzigen van de overeenkomst en/of dataverwerkingsdienst door de dienstverlener aan banden moet leggen – terwijl de Expert Group tegelijkertijd wel onderkent dat dataverwerkingsdiensten *binnen* die banden eenzijdig moeten kunnen worden gewijzigd door de dienstverlener. De Data Act bevat geen expliciete bepaling over eenzijdige wijzigingsbedingen in contracten over dataverwerkingsdiensten (ze zijn niet verboden en er worden geen voorwaarden aan gesteld). Waarom de Expert Group er dan toch SCC's aan heeft gewijd, rechtvaardigt de Expert Group zelf (onder meer) als volgt:

> *The Data Act requires providers of data processing services to remove contractual obstacles that might prevent or dissuade a Customer from switching to a new Provider or to an ICT premises. It is important that the parties can rely on the rights and obligations they agreed to contractually and that these rights and obligations are not changed unilaterally, unless otherwise agreed. This is especially true for small and mid-size companies or other organisations (…). By considering the inclusion of these standard contractual clauses (SCCs) in their agreement, a Customer may feel more confident when faced with unilateral changes proposed by the Provider. (…) using these SCC's can help ensure such unilateral changes are never detrimental to the interests of either party.* (zie pagina 179 European Commission (2 april 2025) *Final Report of the Expert Group on B2B data sharing and cloud computing contracts*).

In de overwegingen van de Data Act zelf (zie bijvoorbeeld overweging 96) valt in dit verband ook te lezen dat het gebruik van *met name* de standaardcontractbepalingen 'nuttig' is omdat zij het vertrouwen in dataverwerkingsdiensten vergroten, een evenwichtigere relatie tussen gebruikers en aanbieders van dataverwerkingsdiensten tot stand brengen en de rechtszekerheid verbeteren met betrekking tot de voorwaarden die gelden voor het overstappen naar andere dataverwerkingsdiensten. In die context '*moeten gebruikers en aanbieders van dataverwerkingsdiensten overwegen gebruik te maken van standaardcontractbepalingen (…) die zijn ontwikkeld door relevante organen of deskundigengroepen die krachtens het Unierecht zijn opgericht*.'

Al met al: je hoeft niet *from scratch* contractvoorwaarden te gaan bedenken nu de nieuwe Data Act van toepassing is geworden en kunt dus gebruikmaken van de modelcontracten en SCC's. Doe er echter gerust je voordeel mee dat niet alle bepalingen van de modelcontracten en SCC's strikt noodzakelijk zijn en dat ze ook niet allemaal letterlijk overgenomen hoeven te worden.

Ga je zelf aan de slag: zie dan ook de checklist in de bijlage bij dit artikel.

AANBIEDER VERBONDEN PRODUCT / GERELATEERDE DIENST

Checklist informatieverplichtingen voorafgaand aan het sluiten van overeenkomst verbonden product / gerelateerde dienst.

Is duidelijke en begrijpelijke informatie verstrekt over:

i) het type, formaat en geraamde volume van productgegevens die het verbonden product kan genereren;
ii) of het verbonden product in staat is om continu en in realtime gegevens te genereren;
iii) of het verbonden product in staat is om gegevens op het apparaat of op afstand op te slaan, indien van toepassing met inbegrip van de beoogde bewaartermijn;
iv) hoe de gebruiker de gegevens kan raadplegen, opvragen of, in voorkomend geval, wissen, met inbegrip van de technische middelen om dit te doen, alsmede de gebruiksvoorwaarden en de kwaliteit van de dienstverlening daarvan;
v) de aard, het geraamde volume en de frequentie van verzameling van productgegevens die de potentiële gegevenshouder geacht wordt te verkrijgen en, in voorkomend geval, de regelingen voor de gebruiker om toegang te krijgen tot die gegevens of deze op te vragen, met inbegrip van de regelingen van de potentiële gegevenshouder inzake gegevensopslag en de duur van de bewaring;
vi) de aard en het geraamde volume van de te genereren gegevens van een gerelateerde dienst, alsmede de regelingen voor de gebruiker om toegang te krijgen tot die gegevens of deze op te vragen, met inbegrip van de regelingen van de potentiële gegevenshouder inzake gegevensopslag en de duur van de bewaring;
vii) of de potentiële gegevenshouder verwacht eenvoudig beschikbare gegevens zelf te gebruiken en de doeleinden waarvoor die gegevens zullen worden gebruikt en of hij al dan niet voornemens is een of meer derden toe te staan de gegevens te gebruiken voor met de gebruiker overeengekomen doeleinden;
viii) de identiteit van de potentiële gegevenshouder, zoals zijn handelsnaam en het geografische adres waar hij is gevestigd en, in voorkomend geval, van andere gegevensverwerkende partijen;
ix) de communicatiemiddelen die de gebruiker in staat stellen snel contact op te nemen met de potentiële gegevenshouder en efficiënt met hem te communiceren;
x) de manier waarop de gebruiker kan verzoeken om de gegevens te delen met een derde en, in voorkomend geval, het delen van gegevens kan stopzetten;
xi) het recht van de gebruiker om bij de (…) bevoegde autoriteit een klacht in te dienen over een vermeende inbreuk op de bepalingen van dit hoofdstuk;
xii) de vraag of een potentiële gegevenshouder de houder is van bedrijfsgeheimen die vervat zijn in de gegevens die toegankelijk zijn via het verbonden product of die worden gegenereerd tijdens de verlening van een gerelateerde dienst, en, wanneer de potentiële gegevenshouder niet de houder van de bedrijfsgeheimen is, de identiteit van de houder van het bedrijfsgeheim; en
xiii) de duur van de overeenkomst tussen de gebruiker en de potentiële gegevenshouder, alsmede de regelingen voor het beëindigen van deze overeenkomst.

Overweeg of het mogelijk en/of nuttig is om het voldoen aan deze informatieverplichtingen contractueel vast te leggen.

Stappenplan bedrijfsgeheimen

(i) informeer vooraf over de bedrijfsgeheimen (zie onderdeel xii) hierboven;
(ii) identificeer de bedrijfsgeheimen onder meer in de relevante metagegevens, overweeg dit ook in de overeenkomst te doen; en
(iii) neem evenredige en technische maatregelen die noodzakelijk zijn om de vertrouwelijkheid van de gegevens te waarborgen, waaronder het schriftelijk overeenkomen van geheimhouding.

OVEREENKOMSTEN DELEN GEGEVENS TUSSEN GEGEVENSHOUDER EN GEGEVENSONTVANGER

Checklist vergoeding voor het beschikbaar stellen van gegevens:

i) is de vergoeding redelijk en niet discriminerend?

ii) is de gegevensontvanger een kleine of micro onderneming (kmo) of een onderzoeksorganisatie zonder winstoogmerk? Dan mag de vergoeding niet hoger zijn dan de daadwerkelijke kosten voor het beschikbaar stellen van gegevens, waaronder, met name, de kosten die nodig zijn voor de formattering van gegevens, elektronische verspreiding en opslag.

iii) is de gegevensontvanger geen kmo of o onderzoeksorganisatie zonder winstoogmerk, dan mag de gevraagde vergoeding een marge omvatten en bij het overeenkomen van een vergoeding houden partijen rekening met:

   i. de kosten voor het beschikbaar stellen van gegevens, waaronder, met name, de kosten die nodig zijn voor de formattering van gegevens, elektronische verspreiding en opslag;
   ii. de investeringen in het verzamelen en produceren van gegevens, indien van toepassing, rekening houdend met de vraag of andere partijen hebben bijgedragen tot het verkrijgen, genereren of verzamelen van de betrokken gegevens; en
   iii. de omvang, het formaat en de aard van de gegevens.

Checklist oneerlijke bedingen – indien eenzijdig opgelegd

Zwarte lijst (zijn oneerlijk indien eenzijdig opgelegd)

i) de partij die het beding eenzijdig heeft opgelegd, draagt geen of beperkte aansprakelijkheid voor opzettelijke handelingen of grove nalatigheid;

ii) de partij waaraan het beding eenzijdig is opgelegd, wordt uitgesloten van de remedies waarover deze beschikt in het geval van niet-nakoming van contractuele verplichtingen of de partij die het beding eenzijdig heeft opgelegd, draagt geen aansprakelijkheid in het geval van een niet-nakoming van die verplichtingen;

iii) de partij die het beding eenzijdig heeft opgelegd beschikt over het exclusieve recht om te bepalen of de verstrekte gegevens in overeenstemming zijn met de overeenkomst of om contractsbedingen uit te leggen.

Grijze lijst (worden geacht oneerlijk te zijn behoudens tegenbewijs indien eenzijdig opgelegd)

i) de remedies in het geval van niet-nakoming van contractuele verplichtingen of de aansprakelijkheid in het geval van een inbreuk op die verplichtingen op ongepaste wijze worden beperkt, of de aansprakelijkheid van de onderneming waaraan het beding eenzijdig is opgelegd, wordt uitgebreid;

ii) de partij die het beding eenzijdig heeft opgelegd, toegang kan krijgen tot en gebruik kan maken van de gegevens van de medecontractant op een wijze die de rechtmatige belangen van de medecontractant aanzienlijk schaadt, met name indien die gegevens commercieel gevoelige informatie bevatten of beschermd zijn door bedrijfsgeheimen of door intellectuele-eigendomsrechten;

iii) de partij waaraan het beding eenzijdig is opgelegd, wordt verhinderd de door die partij tijdens de looptijd van de overeenkomst verstrekte of gegenereerde gegevens te gebruiken, of het gebruik van dergelijke gegevens in die mate wordt beperkt dat die partij niet het recht heeft dergelijke gegevens te gebruiken, te verzamelen, te raadplegen of te controleren of de waarde ervan adequaat te exploiteren;

iv) de partij waaraan het beding eenzijdig is opgelegd, wordt belet om de overeenkomst binnen een redelijke termijn op te zeggen;

v) de partij waaraan het beding eenzijdig is opgelegd, wordt verhinderd tijdens de looptijd van de overeenkomst of binnen een redelijke termijn na de beëindiging ervan een kopie van de door die partij verstrekte of gegenereerde gegevens te verkrijgen;

vi) de partij die de termijn eenzijdig heeft opgelegd de overeenkomst binnen een onredelijk korte termijn kan opzeggen, rekening houdend met een redelijke mogelijkheid van de medecontractant om over te stappen naar een alternatieve en vergelijkbare dienst en met de financiële schade die door een dergelijke beëindiging wordt berokkend, tenzij er gewichtige redenen zijn om dit te doen; en

vii) de partij die het beding eenzijdig heeft opgelegd aanzienlijke wijzigingen kan aanbrengen in de in de overeenkomst gespecificeerde prijs of ten aanzien van een andere wezenlijke voorwaarde met betrekking tot de aard, het formaat, de kwaliteit of de kwantiteit van de gegevens die worden gedeeld, zonder dat in de overeenkomst een geldige reden of het recht van de wederpartij om de overeenkomst op te zeggen in geval van een dergelijke wijziging wordt vermeld.

NB: zwarte en grijze lijst alleen van toepassing op elementen van de overeenkomst die verbandhouden met het beschikbaar stellen van gegevens. Andere elementen van de overeenkomst worden niet onderworpen aan deze 'onredelijkheidstoets'.

OVEREENKOMSTEN TUSSEN AANBIEDERS EN KLANTEN DATAVERWERKINGSDIENSTEN

Checklist verplichte inhoud

Bevat de overeenkomst tussen de aanbieder van de dataverwerkingsdienst en de klant het volgende:

i) bepalingen op grond waarvan de klant, op verzoek, kan overstappen naar een dataverwerkingsdienst die wordt aangeboden door een andere aanbieder van dataverwerkingsdiensten of op grond waarvan de klant alle exporteerbare data, en digitale activa kan overdragen naar een on-premises-ICT-infrastructuur, onverwijld en in geen geval na de verplichte overgangsperiode van maximaal 30 dagen, die aanvangt na de maximale opzegtermijn bedoeld in punt d) van deze lijst, waarbinnen de dienstverleningsovereenkomst van toepassing blijft en waarbinnen de aanbieder van dataverwerkingsdiensten:
   i. redelijke bijstand verleent aan de klant en door de klant gemachtigde derden in het overstapproces;
   ii. met de nodige zorgvuldigheid handelt om de bedrijfscontinuïteit in stand te houden en de functies of diensten op grond van de overeenkomst blijft verlenen;
   iii. duidelijke informatie verstrekt over bekende risico's voor de continuïteit van de verlening van de functies of diensten aan de zijde van de oorspronkelijke aanbieder van de dataverwerkingsdiensten;
   iv. ervoor zorgt dat gedurende het overstapproces een hoog beveiligingsniveau wordt gehandhaafd, met name wat betreft de beveiliging van de gegevens tijdens de doorgifte ervan en de voortdurende beveiliging van gegevens tijdens de in punt vii) van deze lijst gespecificeerde opvragingstermijn, in overeenstemming met het toepasselijke Unie- of nationale recht;

ii) een verplichting voor de aanbieder van dataverwerkingsdiensten om ondersteuning te bieden voor de exitstrategie van de klant in het kader van de gecontracteerde diensten, onder meer door alle relevante informatie te verstrekken;

iii) een clausule waarin wordt bepaald dat de overeenkomst wordt geacht te zijn beëindigd en dat de klant in kennis wordt gesteld van de beëindiging, in een van de volgende gevallen:
   i. indien van toepassing, na de succesvolle voltooiing van het overstapproces;
   ii. aan het einde van de in punt iv) bedoelde maximale opzegtermijn, indien de klant niet wil overstappen, maar al zijn exporteerbare data en digitale activa na beëindiging van de dienst wil wissen.

iv) een maximale opzegtermijn voor het initiëren van het overstapproces, die niet meer dan twee maanden bedraagt;

v) een volledige specificatie van alle categorieën gegevens en digitale activa die tijdens het overstapproces kunnen worden overgedragen, waaronder ten minste alle exporteerbare data;

vi) een exhaustieve specificatie van de categorieën gegevens die specifiek zijn voor de interne werking van de dataverwerkingsdiensten van de aanbieder en die geen deel mogen uitmaken van de in punt v) van deze lijst bedoelde exporteerbare data wanneer er een risico op schending van bedrijfsgeheimen van de aanbieder bestaat, op voorwaarde dat dergelijke uitzonderingen het overstapproces niet belemmeren of vertragen;

vii) een minimumtermijn voor het opvragen van gegevens van ten minste 30 kalenderdagen, beginnend na de beëindiging van de overgangsperiode die is overeengekomen tussen de klant en de aanbieder van dataverwerkingsdiensten, overeenkomstig punt i) van deze lijst;

viii) een clausule die garandeert dat alle exporteerbare data en digitale activa die rechtstreeks door de klant worden gegenereerd of die rechtstreeks betrekking hebben op de klant, volledig worden gewist na het verstrijken van de in punt vii) bedoelde opvragingstermijn of na het verstrijken van een alternatieve overeengekomen termijn na de datum waarop de in punt vii) bedoelde opvragingstermijn verstrijkt, op voorwaarde dat het overstapproces met succes is voltooid; en

ix) overstapkosten die door aanbieders van dataverwerkingsdiensten in rekening kunnen worden gebracht overeenkomstig artikel 29 van de Data Act – zolang deze nog in rekening kunnen worden gebracht (tot 12 januari 2027 – muv situaties van overstap vanaf een 'maatwerk' oplossing).

Overweeg: het gebruik van de (niet-bindende) SCC's om tot eerlijke, redelijke, niet-discriminerende contracten te komen.