

# “Neither party deserves to win this case”



Anja Dekhuijzen houdt zich als vooraanstaand advocaat bij Whitebridge bezig met IT- en outsourcing. Ze adviseert in die hoedanigheid cliënten over vraagstukken rondom outsourcing, IT-contracten, IT-disputen, telecommunicatie, e-commerce en privacy.

De persconferentie met de drie Thalys-helden en de – zo uit Homeland weggelopen – Amerikaanse ambassadrice in Frankrijk trof mij. Met name de bescheidenheid van Spencer Stone. Wat onderscheidt iemand die zijn eigen leven in de waagschaal plaatst om anderen te redden, van diezelfde ‘anderen’? Zijn helden doorgaans Rambo-achtige types uit speelfilms? Of blijkt voor heldendom, naast moed, bescheidenheid en onbaatzuchtigheid noodzakelijk? Ik neig naar het laatste.

In het alledaagse leven van die ‘anderen’ worstelen we op bescheiden schaal met wat we over en weer van elkaar mogen verwachten. Bescheiden schaal, omdat het geen zaak van leven en dood betreft. Zo ook in outsourcingdeals.

*“Outsourcing is still a hit or miss proposition. The only way to increase the chance of success is to become a truly informed buyer”*, aldus de Amerikaanse consultant Paul Pinto.

Aanleiding voor deze observatie was een klassiek IT-outsourcingsgeschil van een aantal jaren geleden tussen IBM en de Amerikaanse staat Indiana. Het betreft een van de weinige rechtszaken waarbij de IT-leverancier aan het langste eind trekt. Een outsourcingdeal met een waarde van 1,6 miljard dollar betreffende de *welfare* van de staat Indiana. Beide partijen vor-

derden bedragen boven de 100 miljoen dollar van elkaar. Uiteindelijk werd door de rechter 12 miljoen dollar toegekend aan IBM.

Maar deze uitspraak deed de Amerikaanse rechter, Marion County Judge David Dreyer, beslist niet van harte. De rechter startte het vonnis met de woorden: *“Neither party deserves to win this case.”* Een uitzonderlijke observatie van een rechter, die in het Nederlandse rechtssysteem nauwelijks denkbaar is. Wij kennen geen systeem van gekozen rechters en derhalve zijn onze rechters doorgaans anoniem.

De frustratie van de rechter kwam voort uit het feit dat de outsourcing zelf evident was mislukt. Echter, in juridische zin trof IBM geen blaam. De afgesproken servicelevels waren dusdanig laag dat deze technisch gehaald konden worden, zonder dat van enige succesvolle outsourcing sprake hoefde te zijn. Bovendien zat het outsourcingcontract vol met inspanningsverplichtingen. De combinatie van beide bleek fataal. De staat Indiana moest op de blaren zitten voor een technisch weinig doordacht contract, zonder juridische tanden.

Of zoals Pinto het stelt: *“Buyers have a tendency to select big-box service providers, because they feel more secure operating under the notion that if something goes wrong they can always sue [them]*

*and recoup their losses.”* Dit kan schijnveiligheid bieden. In de realiteit blijkt dat grote IT-leveranciers een rechtszaak (en de bijbehorende publiciteit) niet schuwen, als de belangen maar groot genoeg zijn. Verwacht geen wonderen van uw leverancier.

Dagelijks worstelen leveranciers en outsourcingde partijen met het dilemma. In hoeverre mogen we op elkaar vertrouwen en in hoeverre moeten we de zaak tot op het bot van tevoren bespreken in de due diligencefase. Mijn advies: doe het laatste, en als de deal eenmaal gesloten is, zorg dan dat er voldoende vertrouwensband is ontstaan om problemen gaande de rit op te lossen. We kunnen niet allemaal helden zijn, maar wie worstelt, komt boven.