

Computerrecht 2023/6

## Vordering in kort geding tot meewerken aan migratie naar nieuwe IT-dienstverlener wordt toegewezen niettegenstaande ontbreken van exit-afspraken. De IT-leverancier kan zich niet op een opschortingsrecht kan beroepen.

Rb. Oost-Brabant 16-09-2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:3965, m.nt. K. Vonk & L. Leemeijer

Instantie	Rechtbank Oost-Brabant
Datum	16 september 2022
Magistraten	Mrs. E. Loesberg
Zaaknummer	C/01/384287 / KG ZA 22-407
Noot	K. Vonk & L. Leemeijer
JCDI	JCDI:ADS686039:1
Vakgebied(en)	Informatierecht / Algemeen Informatierecht / ICT
Brondocumenten	ECLI:NL:RBOBR:2022:3965, Uitspraak, Rechtbank Oost-Brabant, 16-09-2022
Wetingang	(Art. 6:248, 7:400, 7:401 BW)

### Essentie

Vordering in kort geding tot meewerken aan migratie naar nieuwe IT-dienstverlener wordt toegewezen niettegenstaande ontbreken van exit-afspraken. De IT-leverancier kan zich niet op een opschortingsrecht kan beroepen.

### Partij(en)

*Vonnis in kort geding*

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

[eiseres],

gevestigd te [vestigingsplaats],

eiseres,

advocaat mr. A.A.M. Hoogveld te Maastricht,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

[gedaagde],

gevestigd te [vestigingsplaats],

gedaagde,

advocaten mr. drs. R.M. Sjoerdsma en mr. D. Westenberg te Eindhoven.

Partijen zullen hierna [eiseres] en [gedaagde] genoemd worden.

## **Uitspraak**

### **1. De procedure**

#### **1.1.**

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van 5 augustus 2022 met 17 producties,
- de conclusie van antwoord met 35 producties,
- de brief van mr. Hoogveld van 23 augustus 2022 met aanvullende producties 5, 5a, 12a, 14a-e, 18a-b, 20 t/m 32,
- de brief van mr. Hoogveld van 24 augustus 2022 met aanvullende producties 27a tot en met 27t,
- de brief van mr. Hoogveld van 24 augustus 2022 met aanvullende producties 28 tot en met 32,
- de mondelinge behandeling op 25 augustus 2022,
- de pleitnota van [eiseres],
- de pleitnota van [gedaagde].

#### **1.2.**

Ten slotte is vonnis bepaald op heden.

### **2. De feiten**

#### **2.1.**

[eiseres] drijft een 'Aveda Wellness'-salon. De binnen de salon gebruikte 'Aveda'-producten worden in de salon zelf, maar vooral ook online verkocht.

## 2.2.

[gedaagde] exploiteert een online marketingbureau dat onder meer webshops bouwt.

## 2.3.

Op 27 mei 2019 hebben partijen een overeenkomst van opdracht gesloten voor de ontwikkeling van een webshop (hierna: de ontwikkelovereenkomst) bestaande uit een door [gedaagde] uitgebrachte offerte die door beide partijen is getekend. Op basis van deze ontwikkelovereenkomst zou [gedaagde] de webshop van [eiseres] vervangen en een functionele webshop voor [eiseres] opzetten. Op pagina 26 van de ontwikkelovereenkomst is vermeld dat de Nederland ICT voorwaarden op de overeenkomst van toepassing zijn.

## 2.4.

In de ontwikkelovereenkomst wordt onder meer vermeld aan welke functionele eisen de webshop moet voldoen. De door [gedaagde] in het vooruitzicht gestelde doorlooptijd van de in opdracht te geven webshop bedroeg 16 weken, waarvoor een eenmalig vast bedrag is berekend. De eenmalige kosten zijn door [gedaagde] oorspronkelijk becijferd op € 38.859,- excl. BTW voor een live & stable webshop.

De jaarlijks terugkerende kosten (voor ondersteuning en preventief, adaptief en technisch beheer) zijn becijferd op € 12.720,- excl. BTW per jaar.

Meerwerk zou worden uitgevoerd op basis van een uurtarief van € 100,- excl. BTW per uur.

## 2.5.

De details ten aanzien van de uitvoering van de ontwikkelovereenkomst zijn neergelegd in het Delivery Plan van 27 juni 2019, waarin de definitieve begroting is opgenomen. Hieruit blijkt dat de totale begrote (vaste) eenmalige kosten € 48.553,00 bedragen en dat de terugkerende kosten tweemaal € 4.800,00, alsmede € 3.120,00 voor het technisch beheer en € 80,00 voor de abonnementen per jaar bedragen.

## 2.6.

Daarnaast zijn partijen op 19 november 2019 een afzonderlijke Service Level Agreement (SLA) met een looptijd van 1 jaar overeengekomen, zulks ten behoeve van het applicatie- en technisch beheer van de nieuwe Magenta 2-webshop. De verlenging van deze SLA zal uitsluitend plaatsvinden na overleg tussen partijen. De kosten van de SLA bedragen € 7.920,- (excl. BTW) per jaar.

## 2.7.

Tijdens de looptijd van bovengenoemde twee overeenkomsten is er tussen partijen veelvuldig gediscussieerd over de correcte nakoming van de uit de ontwikkelovereenkomst voortvloeiende verplichtingen.

## 2.8.

Bij brief van 5 juni 2020 heeft [eiseres] aan [gedaagde] een ingebrekestelling gestuurd, waarbij zij [gedaagde] een termijn heeft gesteld van veertien dagen om de ontwikkelovereenkomst alsnog deugdelijk na te komen.

## 2.9.

Bij e-mailbericht van 27 december 2021 heeft [gedaagde] [eiseres] een vijftal facturen gestuurd tot een totaalbedrag van € 77.819,40.

## 2.10.

Bij brief van 27 december 2021 heeft [eiseres] de verschuldigdheid van de facturen van [gedaagde] betwist en [gedaagde] wederom in gebreke gesteld en een termijn gesteld van twee weken voor de integrale nakoming van de ontwikkelovereenkomst. [eiseres] heeft de vermeende gebreken (fouten en niet geleverde functionaliteiten) in de betreffende ingebrekestelling opgesomd.

## 2.11.

Bij brief van 4 januari 2022 heeft [gedaagde] aan [eiseres] aangekondigd haar werkzaamheden voor [eiseres] te zullen staken, totdat alle facturen door [eiseres] zouden zijn voldaan.

## 2.12.

Op 22 februari 2022 heeft een bespreking plaatsgevonden tussen partijen, waarbij afspraken zijn gemaakt over welke openstaande punten nog dienden te worden opgelost.

## 2.13.

Bij brief van 21 maart 2022 heeft [gedaagde] een verslag van de bespreking tussen partijen en de tussen partijen gemaakte afspraken aan [eiseres] gestuurd. [eiseres] heeft bij monde van [A] de inhoudelijke weergave van de gemaakte afspraken betwist.

## 2.14.

Bij brief van 22 juni 2022 heeft de advocaat van [eiseres] de overeenkomsten van partijen buitengerechtelijk ontbonden.

## 2.15.

Bij brief van 23 juni 2022 heeft [gedaagde] de buitengerechtelijke ontbinding afgewezen en voorgesteld de overeenkomsten tussen partijen met wederzijds goedvinden te beëindigen per 31 juli 2022, met welk voorstel [eiseres] heeft ingestemd.

## 2.16.

Op 3 augustus 2022 hebben partijen een SLA gesloten voor de duur van 1 maand, die telkens stilzijdend met een maand kan worden verlengd.

### 3. Het geschil

#### 3.1.

[eiseres] vordert - bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad - [gedaagde] te gebieden om met onmiddellijke ingang na betekening van het vonnis volledige medewerking te verlenen aan de verhuizing c.q. migratie van de Magento-webshop c.a. van [eiseres], via internet bereikbaar via de URL's [internetsite 1] en [internetsite 2], van de (productie)server(s) van [gedaagde], naar de server(s) van de opvolgend e-commerce professional IT dienstverlener BigBridge BV, Kerkenbos 1103 B te 6546 BC Nijmegen, althans naar de server(s) van enige andere door [eiseres] te benoemen IT-dienstverlener, meer in het bijzonder, doch niet uitsluitend, door het ter beschikking stellen van (ten minste): de Secure Shell (SSH)-inloggegevens (i.e. adres(sen), inlognaam-namen en SSH-keys) van de server(s), waarop de huidige test- en live-omgevingen van de momentele [eiseres]-webshop 'draaien', zulks met de laatste code uit de GIT repository, API -keys en andere ID's, noodzakelijk voor koppeling met systemen van derden, althans een complete back-up van de huidige test- en liveomgevingen van de Magento-webshop root en de volledige SOL database(s), met klantgegevens, bestellingen, informatie en producten, zulks op de voor [eiseres] minst bezwaarlijke wijze, alsmede volledige medewerking te (doen) verlenen aan de overdracht van de licenties op de door haar, [gedaagde], ten behoeve van de [eiseres]-webshop ingekochte c.q. benodigde c.q. bestemde modules van derden, een en ander zoals bedoeld in de offerte d.d. 14 mei 2019 en het aanvullende Delivery Plan d.d. 27 juni 2019, alles op straffe van verbeurte van een dwangsom en met veroordeling van [gedaagde] in de kosten van deze procedure.

#### 3.2.

[eiseres] legt daaraan het volgende ten grondslag. [gedaagde] handelt onrechtmatig jegens [eiseres] door onder de gegeven omstandigheden van het geval (buitengerechtelijke ontbinding, althans minnelijke beëindiging van de bestaande opdrachtverhouding), te persisteren bij de weigering de voor de verhuizing c.q. migratie van de [eiseres]-webshop naar een opvolgend IT-dienstverlener noodzakelijke gegevens, althans een in de branche gebruikelijke back-up van alle voor het werkend houden van de bestaande Magento-webshop van [eiseres], te verstrekken. Het feit dat er in de tussen partijen gesloten ontwikkelovereenkomst niet letterlijk een exit regeling is overeengekomen betekent niet dat die er niet is. [eiseres] is met de opdracht tot het bouwen van de webshop (naar haar wensen en onder haar dagelijkse toezicht en leiding) op zijn minst mede auteursrechthebbende geworden, althans heeft zij met het aangaan van de overeenkomst een gebruiksrecht (c.q. licentie) voor onbepaalde duur op het eindproduct verkregen. Onder de gegeven omstandigheden kan van dat gebruiksrecht ook gebruik gemaakt worden als de voor haar ontwikkelde webshop op de server van een andere IT dienstverlener draait. [gedaagde] is dan ook wel degelijk gehouden om medewerking te verlenen aan de migratie van de webshop. Een exitrecht voor [eiseres] volgt voorts uit artikel 6:248, lid 1 BW dan wel uit artikel 7:401 BW en de bijzondere zorgplicht voor IT specialisten. Het bedrijf van [eiseres] valt of staat met een goed functionerende webshop. Bij het beëindigen van de overeenkomsten met [gedaagde] op 31 juli 2022, zonder een correcte en tijdige migratie van de webshop, zal de online verkoop van [eiseres] stagneren en dreigt grote schade te ontstaan aan de functionaliteit van de webshop en de vindbaarheid van [eiseres] op internet. [eiseres] heeft dan ook een spoedeisend belang om in deze in kort geding een voorziening bij voorraad te vorderen.

#### 3.3.

[gedaagde] voert verweer.

## 4. De beoordeling

### 4.1.

Naar het oordeel van de voorzieningenrechter heeft [eiseres] een voldoende spoedeisend belang bij haar vorderingen. Tussen partijen is niet in geschil dat de overeenkomsten tussen partijen inmiddels zijn geëindigd en dat [eiseres] haar webshop wenst te migreren naar haar nieuwe IT-dienstverlener Bigbridge, waarvoor de medewerking van [gedaagde] vereist is. Van [eiseres] kan in redelijkheid niet worden verwacht dat zij daarover een bodemprocedure afwacht. Daarmee is het spoedeisend belang gegeven.

### 4.2.

Aan de orde in dit kort geding is de vraag of [gedaagde] gehouden is mee te werken aan de migratie van de door [gedaagde] in opdracht van [eiseres] voor haar ontwikkelde webshop naar de server(s) van de nieuwe IT dienstverlener van [eiseres].

### 4.3.

Als meest verstrekkende verweer heeft [gedaagde] gesteld dat aan [eiseres] slechts een gebruiksrecht toekomt op de door [gedaagde] ontwikkelde webshop voor de duur van de tussen partijen gesloten overeenkomst en dat tevens alle intellectuele eigendomsrechten uitsluitend bij [gedaagde] zijn blijven te berusten. Nu de tussen partijen gesloten overeenkomst is beëindigd op 31 juli 2022 is daarmee tevens het gebruiksrecht van [eiseres] geëindigd, zodat zij geen enkele aanspraak meer kan maken op (gebruik van) de webshop. [gedaagde] is reeds op die grond niet gehouden om mee te werken aan enige migratie van de [eiseres] webshop naar een andere door [eiseres] aan te wijzen IT dienstverlener. [gedaagde] verwijst ter onderbouwing van haar standpunt naar de artikelen 38.1 en 38.4 van de Nederland ICT Voorwaarden, die op de ontwikkelovereenkomst van toepassing zijn verklaard.

### 4.4.

[eiseres] heeft betwist dat slechts een gebruiksrecht is verkregen op de webshop gedurende de looptijd van de overeenkomst. Partijen hebben een overeenkomst gesloten voor de ontwikkeling van een webshop en nimmer is aan de orde geweest en ook niet met zoveel woorden afgesproken dat slechts een gebruiksrecht gedurende de looptijd van de overeenkomst zou worden verkregen en [eiseres] bij beëindiging van de overeenkomst geen recht zou hebben op medewerking aan migratie van de webshop. Partijen verschillen derhalve van mening over hoe de ontwikkelovereenkomst dient te worden uitgelegd.

### 4.5.

De vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding van partijen is geregeld en of dit contract een leemte laat die moet worden aangevuld, kan niet worden beantwoord op grond van alleen maar een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van dat contract. Voor de beantwoording van die vraag komt het immers aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.

#### 4.6.

In de ontwikkelovereenkomst is afgesproken dat [gedaagde] de webshop van [eiseres] zou vervangen en een functionele webshop voor [eiseres] zou opzetten. In het Delivery Plan, waarin de afspraken over de nadere invulling van het project zijn neergelegd, is de doorlooptijd van de ontwikkeling van de webshop vastgesteld op zestien weken, tegen betaling van een vast eenmalig bedrag van € 48.553,00, waarbij de terugkerende kosten tweemaal € 4.800, alsmede € 3.120,00 voor het technische beheer en € 80,00 voor de abonnementen bedragen. Anders dan [gedaagde] betoogt kan hieruit niet worden afgeleid dat partijen hebben beoogd aan [eiseres] slechts een gebruiksrecht van webshop toe te kennen gedurende de looptijd van de overeenkomst. Daarbij is van belang dat de overeenkomst niet voor een bepaalde duur is gesloten en evenmin sprake is van een betaling van een vergoeding voor het gebruiksrecht gerelateerd aan de duur van de overeenkomst. Integendeel, er is juist een substantieel eenmalig bedrag voor de ontwikkeling van de webshop afgesproken en daarnaast een terugkerend bedrag voor het technische beheer. Nu moet worden aangenomen dat partijen daarmee in de ontwikkelovereenkomst zijn afgeweken van hetgeen daarover in de van toepasselijke algemene voorwaarden is bepaald, gaat de voorzieningenrechter aan dit verweer van [gedaagde] voorbij.

#### 4.7.

Vast staat verder tussen partijen dat de overeenkomst met wederzijds goedvinden is geëindigd per 31 juli 2022. Partijen hebben onderkend dat in de ontwikkelovereenkomst geen bepalingen zijn opgenomen over een zogenaamde exit regeling bij einde van de overeenkomst (vergelijk punt 21 van de conclusie van antwoord). In zoverre is sprake van een leemte in de overeenkomst die, door uitleg, moet worden aangevuld. Onvoldoende aannemelijk is geworden dat partijen hebben beoogd, zoals [gedaagde] thans stelt, dat [eiseres] bij beëindiging van de overeenkomst geen enkel recht kan doen gelden op de in haar opdracht ontwikkelde webshop waarvoor zij reeds een bedrag van € 40.000,00 heeft betaald. Integendeel, dat partijen wel degelijk de noodzaak voor ogen hebben gezien van een exitregeling en het recht van [eiseres] op migratie van de webshop blijkt wel uit de over en weer gevoerde correspondentie naar aanleiding van de beëindiging van de ontwikkelovereenkomst. Zo heeft [gedaagde] in haar brieven van 22 juli 2022 en 26 juli 2022 (prod. 17 bij dagvaarding) voorstellen gedaan aan [eiseres] om, weliswaar onder voorwaarden, tot migratie van de webshop over te gaan. [gedaagde] kan redelijkerwijs niet, voor het eerst in dit kort geding, onder verwijzing naar haar algemene voorwaarden, het standpunt in te nemen dat van een verplichting om medewerking te verlenen aan migratie (al dan niet onder voorwaarden) geen sprake zou zijn, daar waar zij eerder de bereidheid heeft getoond aan migratie haar medewerking te verlenen. Gezien de verstreckende gevolgen voor [eiseres] die de lezing en uitleg die [gedaagde] aan haar algemene voorwaarden geeft (dat [eiseres] bij beëindiging van de overeenkomst geen enkel recht kan doen gelden op de voor haar ontwikkelde webshop waarvoor zij reeds een bedrag van € 40.000,00 heeft betaald) had het bovendien op de weg van [gedaagde] gelegen [eiseres] daar bij aanvang van de overeenkomst maar in ieder geval bij haar voorstel de overeenkomst te beëindigen, op te wijzen, hetgeen zij, zoals hiervoor reeds overwogen, heeft nagelaten. Het primaire verweer van [gedaagde] faalt.

#### 4.8.

Subsidiar stelt [gedaagde] zich op het standpunt dat, voor zover geoordeeld zou worden dat [gedaagde] een bepaalde verplichting heeft om haar medewerking aan een bepaalde vorm van migratie te verlenen, zij gerechtigd is om de relevante gegevens en programmatuur onder zich te houden totdat [eiseres] alle aan [gedaagde] verschuldigde bedragen zijn voldaan (tot een totaalbedrag van € 66.008,40). Ook dit verweer faalt.

#### 4.9.

[eiseres] heeft zich in dit verband op het standpunt gesteld dat [gedaagde] tekort is geschoten in de nakoming van de overeenkomst en heeft uitdrukkelijk de verschuldigdheid van de facturen tot een bedrag van € 66.008,40 betwist. [eiseres] heeft daartoe het volgende gesteld. Onderdeel van de facturen die [gedaagde] op 27 december 2021 heeft gestuurd aan [eiseres] is een factuur tot een bedrag van € 12.968,40, te weten de resterende eindfactuur van de eenmalige kosten. [eiseres] stelt echter dat [gedaagde] daarop eerst aanspraak kan maken na afsluiting van het project. Nu het project nooit is afgesloten in de visie van [eiseres] en partijen eerst in overleg zouden treden over de verschillende nog openstaande posten, is deze factuur niet opeisbaar. Voorts geldt ten aanzien van de factuur 21019213 tot een bedrag van € 19.200,00 dat [gedaagde], bij monde van de heer [B], heeft toegezegd de kosten van de ondertekende SLA niet te zullen factureren vanwege de aanhoudende en verder oplopende problemen na de life gang. Ook deze factuur is derhalve thans niet opeisbaar. Ten aanzien van factuur 21019214 tot een bedrag van € 28.800,00 stelt [eiseres] zich op het standpunt dat de grondslag voor deze factuur ontbreekt. [gedaagde] stelt ten onrechte dat [eiseres] akkoord zou hebben gegeven aan een vast aantal uren, 12 per maand, voor online werkzaamheden in de jaren 2020 en 2021.

#### 4.10.

[gedaagde] heeft niet weersproken dat zij de toezegging heeft gedaan de kosten van de SLA voorlopig niet in rekening te brengen. Dat deze afspraak is gemaakt vindt ook bevestiging in het feit dat de kosten van de SLA over de jaren 2020 en 2021 eerst op 27 december 2021 door [gedaagde] in rekening zijn gebracht en niet eerder. Ook het feit dat de kosten van de online marketing werkzaamheden over de jaren 2020 en 2021, alsmede de eindfactuur voor de eenmalige kosten, eerst op 27 december 2021 in rekening zijn gebracht, biedt steun aan de stelling van [eiseres] dat tussen partijen was afgesproken dat [gedaagde] zou werken aan de openstaande problemen met de webshop en vervolgens een gesprek zou worden gepland waarin zou worden geïnventariseerd wat nog wel of niet door [gedaagde] aan [eiseres] zou kunnen worden gefactureerd. Dat er, in afwijking van deze afspraak, op 27 december 2021 ineens een concrete aanleiding bestond om de volledige facturen te sturen, is door [gedaagde] niet onderbouwd. Gelet op de gemotiveerde betwisting door [eiseres], die door [gedaagde] onvoldoende is weerlegd, staat de verschuldigdheid van de facturen die [gedaagde] op 27 december 2021 aan [eiseres] heeft doen toekomen, onvoldoende vast.

#### 4.11.

Nu [gedaagde], gezien het voorgaande, de verschuldigdheid door [eiseres] van de door [gedaagde] op 27 december 2021 gestuurde facturen, onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt, kan zij zich thans niet met succes op een opschortingsrecht terzake beroepen. De vraag naar wat partijen over en weer nog verschuldigd zijn uit hoofde van de ontwikkelovereenkomst vergt een nader onderzoek naar de feiten waarvoor dit kort geding zich (in beginsel) niet leent.

#### 4.12.

Gelet op het belang van [eiseres] bij migratie van haar webshop, die voor de continuïteit van haar bedrijfsvoering essentieel is, is bovendien de vraag of de door [gedaagde] gestelde tekortkoming, gegeven het feit dat [eiseres] in ieder geval reeds € 40.000,00 heeft voldaan van de eenmalige kosten (van in totaal € 48.553,00), opschorting van haar verplichting om medewerking te verlenen aan migratie wel rechtvaardigt.

#### 4.13.

[gedaagde] heeft tenslotte nog gesteld dat de vordering van [eiseres] onvoldoende bepaald is om te worden toegewezen in kort geding. Dit verweer faalt eveneens. Van [gedaagde], als terzake kundige professionele



partij mag worden verwacht dat zij weet wat er benodigd is om tot migratie van de webshop te komen. Niet is betwist dat zij ook in het kader van de ontwikkelovereenkomst de Magento 1 webshop van [eiseres] van de server van de IT dienstverlener van [eiseres] heeft gemigreerd naar haar eigen server. [eiseres], die zelf niet terzake deskundig is, heeft haar beoogd opvolgend IT dienstverlener, Bigbridge gevraagd wat er benodigd is voor de migratie van de webshop. Bigbridge heeft vervolgens bij e-mailbericht van 22 juli 2022 een stappenplan geformuleerd met een inschatting van de daarmee gemoeide tijdsbesteding (prod. 20 van de zijde van [eiseres]), op basis waarvan [eiseres] haar vordering heeft ingericht. Het had op de weg van [gedaagde] gelegen om gespecificeerd en onderbouwd aan te geven op welke punten de vordering te onbepaald is en het voor haar niet duidelijk is waaraan zij haar medewerking dient te verlenen.

#### 4.14.

Voor zover bij de uitvoering mocht blijken dat het voor [gedaagde] niet mogelijk is om aan de veroordeling te voldoen (bijvoorbeeld omdat derden niet wensen mee te werken aan de overdracht van intellectuele eigendomsrechten) is zij niet in staat om aan de veroordeling te voldoen en zal zij ook geen dwangsommen verbeuren. Het voert echter te ver, gelet op het belang van [eiseres] bij migratie, om toewijzing van de vordering tot het verlenen van medewerking aan de migratie (hetgeen door [gedaagde] zelf reeds is aangeboden aan [eiseres]) op die grond in zijn geheel af te wijzen.

#### 4.15.

De conclusie van het voorgaande luidt dat de vordering van [eiseres] zal worden toegewezen als na te melden.

#### 4.16.

Gelet op de stellingen die [gedaagde] in dit kort geding heeft genomen zal de ter versterking van de gevraagde veroordeling gevorderde dwangsom eveneens worden toegewezen, zij het dat deze in hoogte zal worden beperkt als na te melden.

#### 4.17.

[gedaagde] zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. Voor veroordeling in de nakosten bestaat geen grond, nu de kostenveroordeling ook voor deze nakosten een executoriale titel oplevert. De kosten aan de zijde van [eiseres] worden begroot op:

- dagvaarding € 103,33
- griffierecht 676,00
- overige kosten 0,00
- salaris advocaat 1.524,00

Totaal € 2.303,33

## 5. De beslissing

## De voorzieningenrechter

### 5.1.

gebiedt [gedaagde] om met onmiddellijke ingang na betekening van het vonnis volledige medewerking te verlenen aan de verhuizing c.q. migratie van de Magento-webshop c.a. van [eiseres], via internet bereikbaar via de URL's [internetsite 1] en [internetsite 2], van de (productie)server(s) van [gedaagde], naar de server(s) van de opvolgend e-commerce professional IT dienstverlener BigBridge BV, Kerkenbos 1103 B te 6546 BC Nijmegen, althans naar de server(s) van enige andere door [eiseres] te benoemen IT-dienstverlener, meer in het bijzonder, doch niet uitsluitend, door het ter beschikking stellen van (ten minste): de Secure Shell (SSH)-inloggegevens (i.e. adres(sen), inlognaam-namen en SSH-keys) van de server(s), waarop de huidige test- en live-omgevingen van de momentele [eiseres]-webshop 'draaien', zulks met de laatste code uit de GIT repository, API -keys en andere ID's, noodzakelijk voor koppeling met systemen van derden, althans een complete back-up van de huidige test- en liveomgevingen van de Magento-webshop root en de volledige SOL database(s), met klantgegevens, bestellingen, informatie en producten, zulks op de voor [eiseres] minst bezwaarlijke wijze, alsmede volledige medewerking te (doen) verlenen aan de overdracht van de licenties op de door haar, [gedaagde], ten behoeve van de [eiseres]-webshop ingekochte c.q. benodigde c.q. bestemde modules van derden, voor zover deze derden daaraan medewerking verlenen, een en ander zoals bedoeld in de offerte d.d. 14 mei 2019 en het aanvullende Delivery Plan d.d. 27 juni 2019, alles op straffe van verbeurte van een dwangsom en met veroordeling van [gedaagde] in de kosten van deze procedure.

### 5.2.

veroordeelt [gedaagde] om aan [eiseres] een dwangsom te betalen van € 5.000,00 voor iedere dag of gedeelte daarvan dat zij niet aan de in 5.1 uitgesproken hoofdveroordeling voldoet, tot een maximum van € 100.000,00 is bereikt,

### 5.3.

veroordeelt [gedaagde] in de proceskosten, aan de zijde van [eiseres] tot op heden begroot op € 2.303,33, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW over dit bedrag met ingang van de vijftiende dag na betekening van dit vonnis tot de dag van volledige betaling,

### 5.4.

verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad,

### 5.5.

wijst het meer of anders gevorderde af.

## Noot

**Auteur:** K. Vonk & L. Leemeijer<sup>[1]</sup>

## Noot

### 1.

Veel Nederlandse IT-leveranciers hanteren algemene voorwaarden die zijn opgesteld door de

brancheorganisatie voor IT-leveranciers.<sup>[2]</sup> Deze algemene voorwaarden hebben een leveranciersvriendelijk karakter. Doordat de omvang van de verplichtingen van de leverancier in deze algemene voorwaarden beperkt zijn omschreven en de verhaalsmogelijkheden bij niet-nakoming tevens (zeer) beperkt zijn, liggen' de risico's die verband houden met de werkzaamheden grotendeels bij de afnemer. De IT-leverancier zal zich hierdoor in zekere zin "veilig" achten. Dit vonnis van de voorzieningenrechter Oost-Brabant leert dat dit gevoel van veiligheid niet altijd terecht is.

## 2.

De uitspraak betreft een geschil tussen een *wellness*-salon (afnemer) en een marketingbureau dat onder meer webshops bouwt (IT-leverancier). In 2019 zijn partijen een overeenkomst van opdracht aangegaan voor de ontwikkeling van een webshop voor de afnemer en een SLA ten behoeve van het applicatie- en technisch beheer. Op de overeenkomst van opdracht zijn de Nederland ICT Voorwaarden van toepassing verklaard.<sup>[3]</sup> De Nederland ICT Voorwaarden bepalen dat de afnemer gedurende de looptijd van de overeenkomst een licentie krijgt om de overeengekomen programmatuur te gebruiken.<sup>[4]</sup>

## 3.

Na onenigheid over de correcte nakoming van de uit de overeenkomst voortvloeiende verplichtingen is - nadat de advocaat van de afnemer de overeenkomst van partijen aanvankelijk buitengerechtelijk had ontbonden<sup>[5]</sup> - op 31 juli 2022 de overeenkomst tussen partijen met wederzijds goedvinden beëindigd. Op 3 augustus 2022 hebben partijen een nieuwe SLA gesloten voor de duur van 1 maand, die telkens stilzwijgend met een maand kon worden verlengd. Niet duidelijk is waar deze SLA precies op ziet.<sup>[6]</sup> De afnemer wenst de webshop naar een opvolgend leverancier te migreren. Omdat de webshop wordt gehost op servers van de IT-leverancier,<sup>[7]</sup> is hiervoor de medewerking van de IT-leverancier nodig. De IT-leverancier stelt zich onder verwijzing naar de toepasselijke Nederland ICT Voorwaarden op het standpunt dat de afnemer geen enkel recht kan doen gelden op de voor haar ontwikkelde webshop. De Nederland ICT Voorwaarden bevatten immers geen verplichtingen voor de IT-leverancier om medewerking te verlenen aan een exit bij het einde van de overeenkomst en bepalen bovendien dat de afnemer slechts een gebruiksrecht voor de duur van de overeenkomst verkrijgt, welk gebruiksrecht eindigt bij beëindiging van de overeenkomst.<sup>[8]</sup>

## 4.

Omdat de IT-leverancier de gevraagde medewerking weigert te verlenen, vordert de afnemer dit in rechte. Aan haar vordering legt de afnemer ten grondslag dat de IT-leverancier onrechtmatig jegens haar handelt door geen medewerking te verlenen aan de migratie. Ondanks dat er geen exit-regeling is overeengekomen, betekent niet dat deze er niet is, aldus de afnemer. De afnemer stelt dat zij mede-auteursrechthebbende is geworden, althans dat zij met het aangaan van de overeenkomst een gebruiksrecht voor onbepaalde duur op het eindproduct heeft verkregen. Het recht op medewerking in het kader van exit vloeit volgens de afnemer voort uit de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid dan wel uit de bijzondere zorgplicht voor IT-specialisten.

## 5.

De rechtbank past de Haviltex-maatstaf toe in de beantwoording van de vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding van partijen is geregeld en of de overeenkomst een leemte laat die moet worden aangevuld.<sup>[9]</sup> Op basis van deze maatstaf komt de rechtbank tot de conclusie dat omdat " *de overeenkomst niet voor bepaalde duur is gesloten en er evenmin sprake is van een betaling van een vergoeding voor het gebruiksrecht gerelateerd aan de duur van de overeenkomst*" en " *juist een substantieel eenmalig bedrag voor*

de ontwikkeling van de webshop afgesproken en daarnaast een terugkerend bedrag voor het technisch beheer”, partijen bij overeenkomst zijn afgeweken van wat in de toepasselijke algemene voorwaarden is bepaald.<sup>[10]</sup> De rechtbank lijkt de door haar gesignaleerde leemte vervolgens in te vullen aan de hand van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid.<sup>[11]</sup> Op basis hiervan neemt de rechtbank aan dat het gebruiksrecht niet is geëindigd.<sup>[12]</sup> Het is duidelijk dat de rechtbank de afnemer in het kader van een belangenafweging heeft willen helpen met het aanreiken van een oplossing. Een ander oordeel zou immers meebrengen dat de afnemer geen recht zou kunnen doen gelden op de voor haar ontwikkelde webshop terwijl zij daar wel een aanzienlijke investering in heeft gedaan.<sup>[13]</sup> Op de gronden op basis waarvan de voorzieningenrechter de overeenkomst aanvult en aanneemt dat het gebruiksrecht doorloopt na beëindiging valt wel een en ander af te dingen.

## 6.

Artikel 4 van de Nederland ICT Voorwaarden bepaalt dat bij gebreke van een afspraak omtrent de duur van de overeenkomst de duur van één jaar geldt en dat de duur telkens stilzwijgend met de oorspronkelijk overeengekomen periode wordt verlengd. De rechtbank oordeelt dat partijen impliciet - in afwijking van voornoemde bepaling - een overeenkomst voor onbepaalde duur zijn aangegaan doordat zij een eenmalige betaling van een substantieel bedrag voor de ontwikkeling van de webshop zijn overeengekomen. Dit oordeel - waarbij de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid<sup>[14]</sup> lijkt te worden toegepast door de rechtbank - wordt niet nader gemotiveerd. De motivering van de rechtbank is mogelijk gelegen in de gedachte dat een afnemer niet een substantiële eenmalige geldsom in een IT-project zou investeren, als deze daarbij het risico zou lopen dat deze het IT-product niet meer zou mogen gebruiken na het eindigen van de overeenkomst. Hoewel de IT-leverancier er weinig belang bij heeft om zich te verzetten tegen het gebruik door de afnemer van de webshop - die speciaal voor de afnemer is ontwikkeld -, is dit wel wat partijen met zoveel woorden hebben afgesproken. De omstandigheid dat de overeenkomst voor bepaalde dan wel onbepaalde duur is gesloten, is hierbij niet relevant. Op grond van de overeenkomst geldt dat wanneer de overeenkomst eindigt, in beginsel ook het gebruiksrecht eindigt.<sup>[15]</sup> Uit de vergoedingssystematiek als zodanig kan niet worden afgeleid dat partijen beoogd hebben dat het gebruiksrecht doorloopt na beëindiging. Er is geen regel op basis waarvan moet worden aangenomen dat als er een eenmalige vergoeding wordt betaald voor de ontwikkeling van een IT product, dit per definitie tot een eeuwigdurend gebruiksrecht leidt. De vergoedingssystematiek kan relevant zijn in het kader van rechtspraak over de uitputtingsleer en de toepasselijkheid van de kooptitel,<sup>[16]</sup> maar daarbij is vereist dat de afnemer een recht heeft om een exemplaar voor onbepaalde tijd te gebruiken. De toepasselijke algemene voorwaarden bepalen hier juist dat het gebruiksrecht eindigt bij het eindigen van de overeenkomst. Anderzijds hebben partijen na beëindiging van de overeenkomst van opdracht afgesproken dat de nieuwe SLA nog zou doorlopen. Hieruit kan worden afgeleid dat partijen (aanvankelijk) beoogd hebben om het gebruiksrecht door te laten lopen. Immers: zonder gebruiksrecht heeft de afnemer niets aan de onder de SLA verleende diensten.

## 7.

In het kader van de exit acht de rechtbank het in haar vermoedelijke toepassing van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid van belang dat een eenmalig bedrag is betaald. Hieruit leidt de rechtbank af dat het niet aannemelijk is dat partijen hebben beoogd dat de afnemer bij beëindiging van de overeenkomst geen enkel recht kan doen gelden op de in haar opdracht ontwikkelde webshop.<sup>[17]</sup> Ook acht de rechtbank het van belang dat partijen over een exit-regeling hebben gecorrespondeerd en dat de IT-leverancier in het kader van deze correspondentie voorstellen heeft gedaan om tot migratie van de webshop over te gaan. Verder neemt de voorzieningenrechter in aanmerking dat gezien het feit dat de uitleg die de IT-leverancier geeft aan de leemte in de algemene voorwaarden - namelijk dat zij niet verplicht is mee te werken aan de migratie - verstrekkinge gevolgen heeft voor afnemer, het op de weg van de IT-leverancier had gelegen om op deze leemte te wijzen bij het aangaan van de overeenkomst of in ieder geval bij het voorstel om de overeenkomst te beëindigen.<sup>[18]</sup> Hiermee lijkt de voorzieningenrechter een schending van art. 7:401 BW mee te nemen in haar gronden voor de toepassing van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid.<sup>[19]</sup> De

overeenkomst kwalificeert als een overeenkomst van opdracht in de zin van art. 7:400 BW en op grond van art. 7:401 BW rust op een opdrachtnemer de plicht om de zorg van een goed opdrachtnemer in acht te nemen. Dit houdt in dat de opdrachtnemer moet handelen zoals een bekwaam en redelijk handelend vakgenoot te werk zou zijn gegaan.<sup>[20]</sup> In het Brinkers-arrest is een zorgplicht voor IT-leveranciers aangenomen.<sup>[21]</sup> De maatstaf is of het handelen van de IT-leverancier “ *al of niet voldeed aan de mate van zorgvuldigheid die van een redelijk handelend en bekwaam automatiseringsdeskundige geëist mag worden*”.<sup>[22]</sup> In latere rechtspraak is de zorgplicht onder omstandigheden voor IT-leveranciers verder uitgewerkt,<sup>[23]</sup> waarbij onder andere is bepaald dat de zorgplicht inhoudt dat een IT-leverancier de opdracht niet alleen uitvoert, maar actief meedenkt,<sup>[24]</sup> regie neemt en aan de bel trekt als er iets zich voordoet wat een goede uitvoering van het project in de weg staat, bijvoorbeeld wanneer de opdrachtgever onverantwoorde aanwijzingen geeft.<sup>[25]</sup> Hier lijkt de rechtbank de omstandigheid dat de IT-leverancier niet heeft gewaarschuwd over het feit dat niets is afgesproken in het kader van exit te betrekken in haar aanvulling van de overeenkomst dat er een verplichting voor de IT-leverancier bestaat om (alsnog) medewerking te verlenen. Deze aanvulling gaat ons inziens ver omdat de rechtbank tegenover deze verplichting geen vergoeding stelt voor de IT-leverancier. Daarnaast was het wat ons betreft niet nodig geweest om de meewerkplicht te baseren op het feit dat de IT-leverancier niet heeft gewaarschuwd voor het feit dat de overeenkomst een leemte bevat, maar zou (de aanvulling van) deze leemte op zichzelf zelf voldoende grondslag kunnen bieden. Immers: ook als de IT-leverancier de afnemer wél zou hebben gewaarschuwd, kan de overeenkomst alsnog een leemte bevatten. Het betrekken van deze schending van de zorgplicht is daarvoor niet nodig. Als de rechtbank dan toch de zorgplicht van IT-leveranciers zou willen gebruiken, zou het een kortere weg zijn om aan te nemen dat de zorgplicht in de gegeven situatie een meewerkverplichting impliceert.

## 8.

Nadat de rechtbank overweegt dat de IT-leverancier zich niet op een opschortingsrecht kan beroepen,<sup>[26]</sup> en dat de vordering niet te onbepaald is om te worden toegewezen,<sup>[27]</sup> komt de rechtbank tot de conclusie dat de vordering van de afnemer zal worden toegewezen.<sup>[28]</sup>

## 9.

Hoewel wij begrijpen dat de rechtbank de afnemer een handje heeft willen helpen, past het aannemen van een verplichting om (zonder betaling) mee te werken aan een exit - ondanks dat partijen ter zake (bewust) niets hierover zijn overeengekomen - niet goed binnen de terughoudendheid die moet worden betracht bij het aanvullen dan wel ingrijpen in de tussen partijen gemaakte afspraken,<sup>[29]</sup> zeker nu het lijkt te gaan om een overeenkomst die is gesloten tussen twee professioneel opererende partijen. De zorgplicht speelt steeds vaker een rol en gaat kennelijk onder bepaalde omstandigheden zo ver dat een IT-leverancier moet waarschuwen voor leemtes in eigen overeenkomsten. Als deze ontwikkeling zich zou doorzetten, dan zou dit ertoe kunnen leiden dat IT-leveranciers - om onvoorspelbare uitkomsten te voorkomen - hun zorgplicht zullen “wegschrijven”, onder andere door uit te schrijven wat *niet* onder hun verplichtingen valt, hetgeen tot langere contracten zou kunnen leiden, maar niet per definitie tot meer rechtszekerheid.

---

## Voetnoten

[1] Mr. K. Vonk en mr. drs. L. Leemeijer zijn als juridisch medewerker respectievelijk advocaat werkzaam bij Brinkhof N.V.

[2] NL Digital, voorheen Nederland ICT.

[3] De Nederland ICT Voorwaarden (2014) zijn de opvolger van de ICT Office Voorwaarden (2009) en de voorloper van de NLdigital voorwaarden (2020).

[4] Art. 38 jo. art. 28 Nederland ICT Voorwaarden.

[5] R.o. 2.14.

[6] De oorspronkelijke SLA zag op applicatie- en technisch beheer van de nieuwe Magenta 2-webshop, r.o. 2.6.

[7] R.o. 3.1.

[8] R.o. 2.14.

[9] R.o. 4.5.

[10] R.o. 4.6.

[11] De Haviltex-maatstaf en de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid refereren naar twee verschillende leerstukken, maar de splitsing daartussen is met name principieel. Dat de overeenkomst moet worden aangevuld veronderstelt immers dat er sprake is van een leemte.

[12] Op de stelling van de afnemer dat zij mede-auteursrechthebbende zou zijn geworden, gaat de rechtbank niet in.

[13] Vgl. r.o. 4.7.

[14] Art. 6:248 lid 2 BW.

[15] R.o. 2.14.

[16] HvJ EU 3 maart 2012, ECLI:EU:C:2012:407 (*UsedSoft*) resp. HR 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1301 (*De Beeldbrigade*).

[17] R.o. 4.7.

[18] R.o. 4.7.

[19] Art. 6:248 lid 1 BW.

[20] Vgl. HR 22 november 1996, NJ 1997/718 (*Korea Trade/Generale Bank*); HR 9 juni 2000, NJ 2000/460.

[21] Hof Den Haag 8 maart 1984, *Computerrecht* 1984 afl. 2 (p. 29) (*RBC/Brinkers*), bekrachtigd door HR 11 april 1986, *Computerrecht* 1986 afl. 3 (p. 174) (*RBC/Brinkers*).

[22] De Brinkers-zaak betrof advisering, maar ook buiten advies is de zorgplicht bij herhaling aangenomen, vgl. bijv. Rb. Amsterdam 18 januari 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:228 (*CGI/Staalbankiers*). Deze zaak betrof een outsourcing, waarbij CGI voor Staalbankiers IT-dienstverlening zou verrichten. “*In de uitvoering dient CGI te handelen als redelijk bekwaam en redelijk handelend IT-deskundige.*” Zie recenter ook Rb. Noord-Holland 14 november 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:10021.

[23] In r.o. 3.2 wordt verwezen naar de “bijzondere” zorgplicht voor IT-specialisten. Het is de vraag of deze verzwaarde vorm van zorgplicht geldt voor IT-leveranciers, zie E.C. Hangelbroek, *Een onderzoek naar de (niet-bijzondere) zorgplicht van de IT-opdrachtnemer*, januari 2021, onder andere raadpleegbaar via <https://sourcingnederland.nl/nl/kenniscentrum/zoek-in-alles/43-tussen-loodzwaar-en-vederlicht-de-zorgplicht-een-onderzoek-naar-de-niet-bijzondere-zorgplicht-van-de-it-opdrachtnemer>.

[24] Vgl. Rb. Limburg 21 juni 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:6454, r.o. 2.6. Zie ook *Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV*, 2014/104 en de aldaar genoemde rechtspraak.

[25] Rb. Den Haag 3 juni 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:4735, m.nt. W.F.R. Rinzema, r.o. 4.24.

[26] R.o. 4.8 t/m 4.12.

[27] R.o. 4.14.

[28] R.o. 4.15.

[29] Vgl. Rb. Rotterdam 9 oktober 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:7871; H. Wissink, 'Wegcontracteren van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid', in: *Contracteren* (Special Willem Grosheide), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 24.