

Computerrecht 2024/2

De “bijzondere” zorgplicht van de IT-dienstverlener: twee zwaluwen maken nog geen zomer?

Mr. E.C. Hangelbroek & mr. drs. L. Leemeijer, datum 24-01-2024

Datum	24-01-2024
Auteur	Mr. E.C. Hangelbroek & mr. drs. L. Leemeijer ^[1]
JCDI	JCDI:ADS941946:1
Vakgebied(en)	Informatierecht / Algemeen Informatierecht / ICT

In literatuur en op juridische blogs wordt steeds vaker verwezen naar de “bijzondere” zorgplicht van de IT-dienstverlener. Hierbij lijkt te worden bedoeld op een verzwaarde vorm van zorgplicht die - al dan niet in aanvulling op de “gewone” zorgplicht - op de IT-dienstverlener rust. Voor wat betreft de concrete invulling van deze “bijzondere” zorgplicht, is niet duidelijk hoe deze zich onderscheidt van de “gewone” zorgplicht die reeds op de IT-dienstverlener rust. In dit artikel wordt bezien in hoeverre de “bijzondere zorgplicht” afwijkt van de “gewone zorgplicht”. Gaat het daadwerkelijk om iets meer of iets anders dan de “gewone” zorgplicht van de IT-dienstverlener die in rechtspraak is ontwikkeld?

1. Inleiding

In literatuur en op juridische blogs wordt steeds vaker verwezen naar de “bijzondere” zorgplicht van de IT-dienstverlener.^[2] Hierbij lijkt te worden bedoeld op een verzwaarde vorm van zorgplicht die - in aanvulling op de “gewone” zorgplicht - op de IT-dienstverlener rust. Voor wat betreft de concrete invulling van deze “bijzondere” zorgplicht, is niet duidelijk hoe deze zich onderscheidt van de “gewone” zorgplicht. In dit artikel bezien wij in hoeverre de “bijzondere zorgplicht” afwijkt van de “gewone zorgplicht”. Gaat het daadwerkelijk om iets meer of iets anders dan de “gewone” zorgplicht van de IT-dienstverlener die in rechtspraak is ontwikkeld? Om deze vraag te beantwoorden gaan we in paragraaf 2 in op het begrip “zorgplicht” en komt in paragraaf 3 aan de orde wat doorgaans wordt bedoeld met “bijzondere” zorgplichten, zoals die gelden voor bepaalde institutionele beroepsbeoefenaren. Specifiek zullen wij ingaan op de bijzondere zorgplichten voor banken en notarissen, die vanwege de grote hoeveelheid rechtszaken en aandacht daarvoor in de literatuur een goede vergelijkingsbasis vormen met de “bijzondere” zorgplicht voor de IT-dienstverlener. In paragraaf 4 bespreken wij de “gewone” zorgplichten die voor IT-dienstverleners worden aangenomen en in paragraaf 5 bespreken wij twee uitspraken waarin uitdrukkelijk een “bijzondere” zorgplicht van de IT-dienstverlener is aangenomen. In paragraaf 6 komen wij tot de voornaamste conclusie dat de in deze twee uitspraken aangenomen zorgplichten inhoudelijk niet verschillen van de “gewone” zorgplicht die op de IT-dienstverlener rust, en dat dit wat ons betreft dus geen “bijzondere” zorgplicht is.

2. Wat is de zorgplicht en welke zorgplichten zijn er?

Wij hanteren de volgende definitie van “zorgplicht”: “ *een plicht tot iets doen of nalaten met het oog op een* ^[3]

belang van een andere (rechts)persoon of een object". Uit een zorgplicht kunnen verschillende verplichtingen voortvloeien. Deze worden ook aangeduid als "zorgplichten". De zorgplicht balanceert tussen het mogen dienen van het eigen belang en rekening houden met de belangen van een ander. Iedere deelnemer aan het maatschappelijk verkeer zal bij zijn handelen aandacht moeten schenken aan de belangen van anderen die bij dat handelen betrokken kunnen zijn.^[4] Dit betekent in beginsel niet dat men de belangen van anderen voor de eigen belangen moet laten gaan: van iedereen wordt verwacht dat zij de eigen belangen nastreven en verdedigen. De zorgplicht kan meebrengen dat de belangen van de andere partij (of van een derde) wél vóór de eigen belangen dienen te gaan. De reden daarvoor is vaak een zekere ongelijkwaardigheid in de positie van partijen.^[5]

Er zijn diverse verschijningsvormen van de zorgplicht in ons recht. Er kan onderscheid worden gemaakt tussen contractuele zorgplichten en buitencontractuele zorgplichten.

Contractuele zorgplichten

De zorgplichten die spelen tussen partijen die een overeenkomst zijn aangegaan duiden wij aan als "contractuele zorgplichten". Contractuele zorgplichten vloeien bijvoorbeeld voort uit art. 6:248 BW (redelijkheid en billijkheid), art. 6:27 BW (afleveren zaken), art. 6:199 BW (zaakwaarneming), art. 7:401 BW (opdrachtnemer), art. 7:658 BW (werkgever) en art. 7:453 BW (hulpverlener in de uitoefening van een geneeskundig beroep of bedrijf).

Voor de invulling van een contractuele zorgplicht is primair de inhoud van de overeenkomst van belang. Wat heeft de ene partij precies aan de andere partij toevertrouwd, en hoe afhankelijk heeft hij zichzelf daarmee van de andere partij gemaakt? Dit is een kwestie van uitleg van de overeenkomst.^[6] De aard van de overeenkomst, de kenmerken van de betrokken partijen (zoals de respectievelijke deskundigheid)^[7] en hun verhouding, de aard en ernst van de belangen over en weer en relevante normen en gebruiken (in de branche) spelen ook een belangrijke rol in het vaststellen van de contractuele zorgplichten en de invulling daarvan.^[8]

Buitencontractuele zorgplichten

De verplichting tot zorg ontstaat in buitencontractuele verhoudingen niet vanwege een eerder aangegane verplichting, maar door een samenloop van omstandigheden. Tjong Tjin Tai schrijft dat iedereen (natuurlijke persoon of rechtspersoon) nu eenmaal kwetsbaar is voor aantasting van zijn belangen, en afhankelijk is van het goede gedrag van derden tegenover die belangen.^[9]

Algemene buitencontractuele zorgplichten vloeien voort uit art. 6:2 lid 1 BW (redelijkheid en billijkheid) en art. 6:162 BW (onrechtmatige daad).^[10] Naast algemene buitencontractuele zorgplichten zijn er meer specifieke buitencontractuele zorgplichten. Een voorbeeld is te vinden in afdeling 1.3 van de Omgevingswet, waarin een verplichting voor eenieder is opgenomen (burgers, bedrijven en overheden) om voldoende zorg te dragen voor de fysieke leefomgeving. Een ander voorbeeld van een specifieke buitencontractuele zorgplicht is het initiatief voor een Europese richtlijn inzake passende zorgvuldigheid in het bedrijfsleven op het gebied van duurzaamheid. In het concept van deze richtlijn is voor ondernemingen een zorgplicht opgenomen om feitelijke en potentiële negatieve effecten op mensenrechten en milieu te voorkomen en beëindigen.^[11]

Bij het vaststellen van de omvang van de buitencontractuele zorgplicht is primair van belang wat de betrokkenen in de gegeven situatie "redelijkerwijs" van elkaar konden verwachten.

3. De bijzondere zorgplicht

Er wordt in de literatuur en juridische blogs steeds vaker gesteld dat de IT-leverancier een "bijzondere" zorgplicht heeft. We kennen het begrip "bijzondere" zorgplicht tot nu toe met name als de zorgplicht die onder omstandigheden op financiële dienstverleners en andere institutionele beroepsbeoefenaren rust. In deze

paragraaf zetten wij de “bijzondere” zorgplicht voor deze beroepsbeoefenaren kort uiteen, zodat deze vervolgens kan worden vergeleken met de rechtspraak waarin een “bijzondere” zorgplicht voor de IT-leverancier is genoemd (par. 5).

De bijzondere zorgplicht is een zwaardere dan wel verdergaande zorgplicht die geldt voor bepaalde institutionele beroepsbeoefenaren.^[12] Dit betreft een beroepsgroep met speciale deskundigheid en kennis die tevens een bijzondere positie inneemt in het maatschappelijk verkeer.^[13] Ook op andere institutionele beroepen zoals de advocaat, de arts, de deurwaarder, de accountant en de notaris kan een bijzondere of verzwaarde zorgplicht rusten.^[14] Deze zorgplichten zijn dan toegesneden op de functie van deze beroepen in het maatschappelijk verkeer. Hieronder gaan wij verder in op de “bijzondere” en de “zwaarwegende” zorgplichten van respectievelijk financiële dienstverleners en notarissen.

De bijzondere zorgplicht van de financiële dienstverlener

Deze bijzondere zorgplicht voor financiële dienstverleners werd door de Hoge Raad in 1997 voor het eerst aangenomen, voor banken die voor particuliere opdrachtgevers als tussenpersoon optraden bij de handel van opties.^[15] Later is de bijzondere zorgplicht ook van toepassing geacht op andere soorten financiële dienstverleners.^[16] De bijzondere zorgplicht die op banken rust bestaat naast de “gewone” zorgplichten die bijvoorbeeld uit art. 6:248 lid 1 BW en art. 7:401 BW voortvloeien.^[17]

De consensus in de financieelrechtelijke literatuur is dat de “bijzondere” zorgplicht van de financiële dienstverlener inhoudelijk verder gaat dan de “gewone” zorgplicht die rust op een contractspartij of een rechtspersoon die deelneemt aan het maatschappelijk verkeer.^[18] Hoewel een strikt onderscheid tussen de “gewone” en “bijzondere” zorgplicht van financiële dienstverleners niet gemakkelijk te maken is, ^[19] lichten wij twee - in de financieelrechtelijke literatuur geïdentificeerde - zorgverplichtingen uit die alleen bij toepassing van de “bijzondere” zorgplicht aangenomen lijken te worden. Ten eerste kan de financiële dienstverlener op grond van de bijzondere zorgplicht worden verplicht niet alleen inlichtingen en waarschuwingen te verschaffen aan de klant, maar moet de financiële dienstverlener ook controleren of de klant zich daadwerkelijk bewust is van alle aan hem verschaft informatie.^[20] Wat in dit kader precies moet gebeuren laat de rechtspraak vooralsnog aan de financiële dienstverlener. Wel is duidelijk dat de lat hoog ligt: zelfs het verkrijgen van een ondertekende verklaring van de klant dat hij zich “van de risico's ten volle bewust” is, is niet altijd voldoende.^[21] Ten tweede kan de financiële dienstverlener in zeldzame gevallen een weigeringsplicht hebben op grond waarvan de financiële dienstverlener een klant een dienst vanaf begin af aan moet weigeren als die klant niet aan bepaalde verplichtingen kan voldoen; niet omdat de financiële dienstverlener er dan zelf negatieve gevolgen van zou ondervinden, maar louter om de klant tegen zichzelf in bescherming te nemen.^[22] De bijzondere zorgplicht lijkt vooral relevant in de precontractuele fase.^[23]

De bijzondere zorgplicht die rust op financiële dienstverleners is ontwikkeld in verhouding tot particuliere opdrachtgevers die beschermd moeten worden tegen “ *de gevaren van eigen lichtvaardigheid en gebrek aan inzicht*” ^[24] en “ *overwegend op emotionele gronden genomen beslissingen*”. ^[25] Die bijzondere zorgplicht was daar ook lange tijd toe beperkt,^[26] maar is sinds 2020 uitgebreid naar de bescherming van (kleine) rechtspersonen.^[27]

De “zwaarwegende” zorgplicht van de notaris

De “zwaarwegende” zorgplicht van de notaris gaat ook verder dan de “gewone zorgplicht”. ^[28] De notaris kan de plicht hebben om de van hem gevraagde dienst te weigeren als hij van oordeel is, of voldoende twijfel heeft, dat door het uitvoeren van de dienst belangen van derden geschonden kunnen worden.^[29] Daarnaast heeft de notaris op grond van zijn “zwaarwegende” zorgplicht een vergaande onderzoeksplicht naar de feiten die van belang zijn voor de betreffende akte. Er wordt bijvoorbeeld van de notaris verwacht dat hij uit zichzelf onderzoek doet naar de rechtstoestand van een registergoed dat onderwerp is van de akte, en naar de vertegenwoordigingsbevoegdheid van degenen die in de akte opgenomen rechtshandelingen verrichten.^[30] Dit onderzoek dient zo volledig en nauwkeurig mogelijk te zijn. De notaris dient daarvoor alle toegankelijke registers te raadplegen. Ook heeft de notaris onder bepaalde omstandigheden een “bijzondere

waarschuwingsplicht” op grond waarvan hij niet alleen een zakelijke toelichting op de inhoud van de akte moet geven, maar ook moet wijzen op specifieke risico’s die de inhoud van de akte meebrengt, bijvoorbeeld als duidelijk is dat een van de partijen niet juridisch onderlegd is.^[31]

Anders dan de “bijzondere” zorgplicht van een financiële dienstverlener, geldt de zwaarwegende zorgplicht van de notaris jegens *alle* deelnemers aan het rechtsverkeer. Zowel bij de akte betrokken personen, natuurlijke of rechtspersonen, als derden moeten immers vertrouwen kunnen hebben in de notariële akte.^[32]

4. De “gewone” zorgplicht van de IT-dienstverlener

Veel overeenkomsten met IT-leveranciers kwalificeren als een overeenkomst van opdracht.^[33] In deze paragraaf gaan wij daarom in op de in art. 7:401 BW gecodificeerde zorgplicht en geven wij enkele voorbeelden van “gewone” zorgplichten voor IT-dienstverleners.

Zorgplicht van art. 7:401 BW en “gewone” zorgplichtenvoor IT-dienstverleners

Hoewel de zorgplicht diverse grondslagen kan hebben, wordt de zorgplicht voor IT-dienstverleners doorgaans aangenomen op grond van art. 7:401 BW.^[34]

Op grond van art. 7:401 BW rust op een opdrachtnemer de plicht om de zorg van een goed opdrachtnemer in acht te nemen. Niet voldoen aan art. 7:401 BW levert een tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst op.

In jurisprudentie is uitgewerkt dat art. 7:401 BW een zorgplicht inhoudt op grond waarvan de opdrachtnemer moet handelen zoals een redelijk handelend en bekwaam vakgenoot te werk zou zijn gegaan.^[35] In het RBC/Brinkers-arrest is deze maatstaf voor het eerst gespecificeerd naar een IT-dienstverlener, namelijk de “*redelijk handelend en bekwaam automatiseringsdeskundige*”.

Uit rechtspraak volgt dat de zorgplicht van de IT-dienstverlener casuïstisch van aard is en een breed scala aan verplichtingen kan inhouden. Zo kan de zorgplicht bestaan uit onderzoeksplichten,^[36] informatie-^[37] en mededelingsplichten, eisen aan vakbekwaamheid en waarschuwingsplichten.^[38] De zorgplicht kan ook inhouden dat de opdrachtnemer alles in het werk moet stellen om het project te laten slagen.^[39] Er is aangenomen dat als er bepaalde kwaliteitsnormen zijn in een sector waarin de IT-dienstverlener opereert, deze kwaliteit in beginsel mag worden verwacht.^[40] De zorgplicht kan inhouden dat een IT-dienstverlener de opdracht niet alleen uitvoert, maar actief meedenkt,^[41] de regie neemt en aan de bel trekt zodra zich iets voordoet wat een goede uitvoering van het project in de weg staat. Dit kan zich bijvoorbeeld voordoen wanneer de opdrachtgever onverantwoorde aanwijzingen geeft, of de IT-infrastructuur van de afnemer in de weg staat aan de performance van een op te leveren platform.^[42] In sommige gevallen is zelfs geoordeeld dat de IT-dienstverlener de opdracht moest weigeren of beëindigen.^[43] Ook kan de zorgplicht meebrengen dat IT-dienstverleners moeten waarschuwen voor leemtes in de eigen overeenkomsten.^[44] De zorgplicht brengt mee dat de opdracht kan verplichten tot het uitvoeren van werkzaamheden waar de opdrachtgever niet om heeft verzocht, bijvoorbeeld omdat hij daarvoor niet over de vereiste kennis of deskundigheid beschikt.^[45]

De reikwijdte van de zorgplicht die op de IT-dienstverlener rust, hangt onder andere af van de aard van de werkzaamheden die deze op zich heeft genomen en de mate van deskundigheid van partijen.^[46] In twee zaken over softwareontwikkeling oordelen de rechtbanken bijvoorbeeld dat het van de IT-dienstverlener verwacht kon worden dat de opdracht “voldoende” en “tijdig” uitgevoerd zou worden respectievelijk dat het resultaat bij de lancering van “zodanige kwaliteit” zou zijn dat het een “acceptabele prestatie” zou vormen. In deze twee uitspraken werd niet ingegaan op de vraag of de oplevertermijn wel als een fatale termijn kwalificeerde of niet.^[47] Er zijn ook talloze voorbeelden waarin het de afnemer niet is gelukt om niet expliciet overeengekomen verplichtingen via de achterdeur van de zorgplicht toch onderdeel te laten uitmaken van de overeenkomst.^[48] Bijzondere vermelding verdient nog de recente uitspraak van rechtbank Overijssel van 10 mei 2023. In deze uitspraak lijkt de rechtbank te suggereren dat er voor zorgplicht geen plaats is als de

overeenkomst is gesloten naar aanleiding van een Europese aanbesteding.^[49]

Art. 7:401 BW is van regeland recht.^[50] Desgewenst (of per ongeluk) kunnen partijen de zorgplicht dus uitbreiden of inperken. Het is echter niet mogelijk om de zorgplicht volledig weg te contracteren.^[51]

5. De “bijzondere zorgplicht” voor IT-dienstverleners?

Binnen IT-context zijn er (vooralsnog) twee uitspraken waarin een “bijzondere” zorgplicht van de IT-dienstverlener is aangenomen. Beide uitspraken gaan kort gezegd over een IT-dienstverlener die de overeenkomst opzegt omdat de afnemer niet bereid is hogere vergoedingen te betalen.^[52]

De eerste keer was in 2019 in de zaak van ANVA tegen Stepco.^[53] De zaak ging over een samenwerking waarbij Stepco managed ict en cloud computing-diensten leverde aan ANVA. ANVA verkocht deze diensten vervolgens door aan haar eigen klanten. Stepco zegde de overeenkomsten met ANVA op met de aankondiging dat de daaronder geleverde diensten per direct zouden worden stopgezet. Later deed Stepco toch een voorstel voor voortzetting van de dienstverlening aan ANVA, tegen gewijzigde voorwaarden, waaronder verhoogde tarieven. In de daaropvolgende procedure voerde ANVA, onder andere, aan dat Stepco toerekenbaar tekort was geschoten in de nakoming van de op haar rustende “bijzondere” zorgplicht jegens ANVA en jegens de klanten van ANVA. De voorzieningenrechter van de Rechtbank Midden-Nederland ging hierin mee. De voorzieningenrechter stelde eerst vast dat Stepco niet had weersproken dat: “ *de overeenkomsten tussen ANVA en haar klanten en de overeenkomsten tussen Stepco en ANVA, zoals door ANVA gesteld, moeten worden gekwalificeerd als een overeenkomst van opdracht in de zin van artikel 7:400 BW en dat op grond van artikel 7:401 BW de opdrachtnemer een zorgplicht heeft jegens zijn opdrachtgever*”. Vervolgens stelde de voorzieningenrechter vast dat Stepco evenmin had weersproken dat “ *een IT-leverancier, zoals ANVA stelt, zelfs een bijzondere zorgplicht heeft en dat deze zorgplicht op de leverancier een zwaardere informatie- en waarschuwingsplicht legt en met zich meebrengt dat de opdrachtnemer bij het uitvoeren van zijn opdracht het belang van zijn opdrachtgever centraal dient te stellen*.” De voorzieningenrechter overwoog verder: “ *De voorzieningenrechter is het met ANVA eens dat zij op grond van deze zorgplicht de overeenkomsten met haar klanten niet zomaar kan beëindigen en dat Stepco niet zomaar haar dienstverlening aan ANVA kan beëindigen en/of geen medewerking kan verlenen aan de migratie van de klantomgeving. Zoals ANVA stelt heeft Stepco gelet op het wezenlijke belang van de software en diensten voor ANVA (en daarmee ook de financiële dienstverlening van de klanten van ANVA), de aard van de diensten van de klanten van ANVA waarbij gevoelige klantgegevens worden verwerkt, de kans op schade en potentiële omvang daarvan, een - bijzondere - zorgplicht om haar dienstverlening voort te zetten*.”^[54] De vorderingen van ANVA werden vervolgens grotendeels toegewezen.

De tweede zaak betrof de zaak Pinkroccade Local Government (“PRLG”) tegen Uniface uit 2020, waarin de voorzieningenrechter van Rechtbank Amsterdam oordeelde dat er op Uniface een “bijzondere” zorgplicht rustte jegens de klanten van opdrachtgever PRLG, op grond waarvan Uniface een met PRLG gesloten Value Added Reseller-overeenkomst niet mocht opzeggen.^[55] Uniface exploiteerde software die haar klanten op hun beurt konden gebruiken om eigen software te bouwen. PRLG maakte gebruik van software van Uniface om eigen software te bouwen, en PRLG leverde die software aan een honderdtal gemeenten. Uniface wilde op enig moment met PRLG onderhandelen over hogere tarieven. Omdat PRLG hier niet op reageerde, zegde Uniface de overeenkomst met inachtneming van de overeengekomen opzegtermijn van zes maanden op. PRLG beriep zich op twee arresten van de Hoge Raad (Pensioenfonds Alcatel-Lucent en Goglio/SMQ Group)^[56] waarin is geoordeeld dat, ook als een overeenkomst voorziet in een opzeggingsregeling, de eisen van redelijkheid en billijkheid in verband met de aard en inhoud van de overeenkomst in de omstandigheden van het geval in de weg kunnen staan aan respectievelijk opzegging, opzegging zonder zwaarwegende grond, opzegging op een bepaald moment, of opzegging zonder aanbod tot betaling van een (schade)vergoeding. De voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam ging hierin mee en oordeelde dat voorshands niet onaannemelijk was dat “ *de bodemrechter zal oordelen dat de door Uniface in dit geval gedane opzegging van de VAR-overeenkomst - na zestien jaar samenwerking - naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is als bedoeld in artikel 6:248 lid 2 BW*”.^[57] Daarnaast oordeelde de voorzieningenrechter dat

Uniface een bijzondere zorgplicht jegens derden had, namelijk de klanten van PRLG: “ *De gevolgen van de opzegging zijn - anders dan Uniface meent - bijzonder ingrijpend. Uniface heeft - zoals PRLG heeft aangevoerd - ook een bijzondere zorgplicht jegens derden, in dit geval jegens ongeveer 100 gemeenten, die een groot maatschappelijk belang hebben om hun wettelijke taken op een correcte en efficiënte wijze uit te (kunnen blijven) voeren.*” [58]

6. Analyse en conclusie

In de bovenstaande twee uitspraken gaat het concreet om (i) een “ *zwaardere informatie- en waarschuwingsplicht*” die meebrengt dat “ *de opdrachtnemer bij het uitvoeren van zijn opdracht het belang van zijn opdrachtgever centraal dient te stellen*” en dus haar dienstverlening moet voortzetten (*ANVA/Stepco*) en (ii) een plicht jegens derden die (ook) meebrengt dat de overeenkomst, waarvan de gevolgen van beëindiging voor die derden bijzonder ingrijpend zijn, niet zomaar kan worden opgezegd (*PRLG/Uniface*).

Uit de uitspraken valt niet op te maken dat er een bewuste keuze is gemaakt om met de aangenomen “ *bijzondere*” zorgplicht iets meer of iets anders te beogen dan de “ *gewone*” zorgplicht, en waarom. [59] De reden hiervoor is dat dit in beide uitspraken mogelijk ook niet het geval is.

Ten eerste lijkt niet zozeer de (bijzondere) zorgplicht van de IT-dienstverlener maar het leerstuk van opzegging van duurovereenkomsten aan de orde te zijn in deze uitspraken.[60]

Ten tweede gaan de zorgplichten die in deze uitspraken zijn aangenomen wat ons betreft inhoudelijk niet verder dan “ *gewone*” zorgplichten die op de IT-dienstverlener rusten. Informatie- en waarschuwingsplichten alsook de verplichting om medewerking te verlenen in het kader van een exit zijn immers ook in “ *gewone*” zorgplichtjurisprudentie aangenomen.[61]

Ten derde zijn de bijzondere zorgplichten die in *ANVA/Stepco* en *PRLG/Uniface* zijn genoemd van een andere aard dan de bijzondere en verzwaarde zorgplichten als omschreven in paragraaf 3. In tegenstelling tot de jurisprudentie met betrekking tot “ *bijzondere*” zorgplichten zoals de “ *bijzondere*” zorgplicht van de financiële dienstverlener en de “ *zwaarwegende*” zorgplicht van de notaris, wordt er in *ANVA/Stepco* en *PRLG/Uniface* nergens melding gemaakt van een bepaalde maatschappelijke functie die de IT-dienstverlener zou hebben in de maatschappij die een verdergaande of verzwaarde/bijzondere zorgplicht zou rechtvaardigen. Hoewel sommige IT-dienstverleners diensten leveren die een belangrijke functie hebben in het maatschappelijk verkeer,[62] leveren IT-dienstverleners in beginsel geen diensten die zijn gereserveerd voor bepaalde institutionele beroepsbeoefenaren. IT-dienstverleners contracteren voor een groot deel ook met (professionele) afnemers die geacht worden een bepaald bedrijfsrisico te accepteren en zich in te lezen op de diensten die zij afnemen. Hoewel er in de praktijk soms sprake is van beperktere onderhandelingsruimte voor de afnemer, worden afnemers van IT-diensten niet op eenzelfde wijze beschermd als de in paragraaf 3 bedoelde afnemers. In beide procedures waren de afnemers zelf actief in de IT. Het is dus opmerkelijk dat juist in deze twee zaken waarin de afnemers zelf deskundig waren, een “ *bijzondere*” zorgplicht is aangenomen.

Ten aanzien van de zaak *PRLG/Uniface* in het bijzonder geldt nog dat het niet ging om een zorgplicht die ex art. 7:401 BW op Uniface rust jegens PRLG, maar om een buitencontractuele zorgplicht die Uniface had jegens derden, namelijk de klanten van PRLG. PRLG stelt wel dat Uniface ook een zorgplicht ex art. 7:401 BW heeft jegens PRLG, maar wat dat betreft doelde PRLG op het faciliteren van een exit (hetgeen uiteindelijk niet aan de orde was, aangezien Uniface tot nakoming wordt veroordeeld). Men kan zich bovendien afvragen of Uniface een zorgplicht ex art. 7:401 BW jegens PRLG heeft. Het ging immers om een overeenkomst op grond waarvan PRLG het recht kreeg om software van Uniface door te leveren aan haar klanten. De vraag is of een dergelijke overeenkomst kwalificeert als overeenkomst van opdracht in de zin van art. 7:401 BW.[63]

Slechts in twee rechterlijke uitspraken is een “ *bijzondere*” zorgplicht van de IT-dienstverlener benoemd. Beide vonnissen betroffen een kort geding en in één van de twee uitspraken zijn de stellingen die de basis vormden van het oordeel niet weersproken door de IT-dienstverlener. Het is de vraag of de rechters hetzelfde hadden geoordeeld in een bodemprocedure waarin het beroep op een “ *bijzondere*” zorgplicht gemotiveerd zou zijn

betwist. Na *ANVA/Stepco* en *PRLG/Uniface* zijn er diverse uitspraken gepubliceerd over de zorgplicht van de IT-dienstverlener, waarin de rechter (ons inziens terecht) niet ingaat op (het bestaan van) een “bijzondere” zorgplicht voor de IT-dienstverlener,^[64] zelfs niet wanneer dit expliciet werd gesteld door de eiser.^[65] Het valt dus te betwijfelen of er daadwerkelijk sprake is van een “bijzondere” zorgplicht voor IT-dienstverleners.

Een bijzondere zorgplicht voor IT-dienstverleners biedt geen oplossing voor een behoefte waar de “gewone” zorgplichtjurisprudentie niet al in voorziet. De zorgplicht ex art. 7:401 BW geeft al voldoende flexibiliteit. Introductie van een “bijzondere” zorgplicht voor de IT-dienstverlener waaraan tot nu toe zowel de jurisprudentie als de literatuur geen duidelijke betekenis noch ratio heeft gegeven, zorgt onzes inziens enkel voor een afname van de rechtszekerheid en gevaar voor inconsistentie in de toepassing van de zorgplicht.^[66] Wij stellen daarom voor om het bij de “gewone” zorgplicht te houden.

Voetnoten

[1] Mr. E.C. Hangelbroek en mr. drs. L. Leemeijer zijn beiden advocaat bij Brinkhof N.V.

[2] Zie bijv. B.L.P. van Reeken, ‘Het contracteren van cloudcomputing (SaaS) - oplossingen’, *Contracteren* 2022/3.2, afl. 3, par. 8; P.G. van der Putt & C.A.B. van de Bunt, ‘Bijzondere zorgplichten van IT-leveranciers’, *Computerrecht* 2018/160, afl. 4, p. 4; P.G. van der Putt & C.A.M. van de Bunt, ‘Update Nederlandse zorgplicht-jurisprudentie’, *Computerrecht* 2021/207, afl. 5, p. 5; C. van Seeters & O. Schalk, annotatie bij Rb. Overijssel 10 mei 2023, ECLI:NL:RBOVE:2023:1731, *JAAN* 2023/145 en voor juridische blogposts: C. Bakermans, ‘Juridisch advies Testing as a Service Contract’, *Penrose.law*, 12 december 2019, penrose.law/testing-as-a-service-contract/; S. Blommendaal, ‘Ransomware en de zorgplicht van het IT-bedrijf’, [Ruttenwelling.nl](https://ruttenwelling.nl), 23 november 2021, ruttenwelling.nl/ransomware-en-de-zorgplicht-van-het-it-bedrijf/#; Elferink & Kortier Advocaten, ‘Een zorgplicht voor zowel IT-leverancier als IT-klant’, [Elferinkkortier.nl](https://elferinkkortier.nl), 26 november 2021, elferinkkortier.nl/blog/een-zorgplicht-voor-zowel-it-leverancier-als-it-klant-wat-houdt-dat-in/; J. van Kampen e.a., ‘Blogserie zorgplicht ICT leverancier’, [Nysingh.nl](https://nysingh.nl), 7 juni 2023, nysingh.nl/blog/blogserie-zorgplicht-ict-leverancier/; D. Linders, ‘De zorgplicht van IT-leveranciers’, [Solv.nl](https://solv.nl), 26 maart 2021, solv.nl/blog/de-zorgplicht-van-it-leveranciers/; S. Wakker, ‘De (bijzondere) zorgplicht van de IT-leverancier’, [Dirkwager.nl](https://dirkwager.nl), 6 maart 2020, dirkwager.nl/kennis/artikelen/de-bijzondere-zorgplicht-van-de-it-leverancier-een-overzicht/; J. van der Wijst, ‘Wanneer heeft een IT leverancier aan zijn inspanningsverplichting voldaan?’, *Bg.legal*, 31 augustus 2020, bg.legal/wanneer-heeft-een-it-leverancier-aan-zijn-inspanningsverplichting-voldaan/.

[3] Wij volgen hierin T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2006, die de zorgplicht als volgt definieert: “ *Een zorgplicht kan worden gedefinieerd als een plicht tot handelen of nalaten ten behoeve van één of meer concrete belangen van een persoon of object*”, p. 97.

[4] C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel IV. De verbintenis uit de wet*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, par. 56. Tjong Tjin Tai noemt dat verschillende auteurs deze plicht zien als grondnorm van het Nederlandse verbintenissenrecht: Tjong Tjin Tai 2006, p. 99.

[5] C.E. Drion, ‘Zorgplichten’, *NJB* 2022/287, afl. 5, p. 323.

[6] Hierbij is volgens de zgn. Haviltex-maatstaf de taalkundige betekenis van een bepaling niet per se doorslaggevend. “ *Beslissend blijft immers de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten*”, zie o.a. HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8101 (*Lundiform/Mexx*), r.o. 3.4.3. Omstandigheden die ertoe kunnen leiden dat aan de taalkundige betekenis zwaar gewicht wordt toegekend zijn o.a. dat het contract tot stand is gekomen tussen professionele partijen die met deskundige bijstand na intensieve onderhandelingen een gedetailleerde overeenkomst hebben gesloten met een ‘*entire agreement*’ clause (vgl. o.a. HR 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3178, r.o. 3.4.3).

[7] Hierbij geldt als uitgangspunt: hoe deskundiger de opdrachtnemer, hoe hoger de eisen zijn die aan hem

gesteld mogen worden, Zie J. Nijland, 'Commentaar op art. 7:401 BW', in: S.E. Bartels (red.), *Groene Serie Bijzondere overeenkomsten*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, aant. 1 en de aldaar opgenomen literatuur en rechtspraakwijzingen.

[8] P.T.J. Wolters, *Alle omstandigheden van het geval (Onderneming en Recht nr. 77)*, Deventer: Kluwer 2013; C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 386; Nijland, in: *GS Bijzondere overeenkomsten*, art. 7:401 BW, aant. 1.

[9] Tjong Tjin Tai 2006, p. 146.

[10] Zie T. Hartlief, 'Is de zorgplicht ons een zorg?', *NJB* 2017/965, afl. 18, p. 1241. Hoewel er volgens Tjong Tjin Tai in art. 6:162 BW inderdaad juist voor de term "zorgvuldigheid" in plaats van "zorgplicht" werd gekozen om verwarring met de zorgplicht binnen contractuele verhoudingen te voorkomen, merkt hij op dat het steeds gebruikelijker wordt om ook in het verband van art. 6:162 BW te spreken van "schending van een zorgplicht". Zie T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Van zorgvuldigheid naar zorgplicht', *RMThemis* 2019, afl. 1, p. 27.

[11] Meer daarover in J.E.S. Hamster, 'Het voorstel van de Europese Commissie voor een richtlijn inzake passende zorgvuldigheid op het gebied van duurzaamheid: een kritische verkenning', *MvO* 2022, afl. 5-6, p. 150.

[12] Hiermee volgen wij Tjong Tjin Tai 2006, hoofdstuk 6.

[13] Tjong Tjin Tai 2006, par. 6.2.2 e.v.

[14] Tjong Tjin Tai 2006, p. 174. Zie ook J.E. Brink-van der Meer, *Accountantsaansprakelijkheid. Enige aspecten van de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de accountant voor de wettelijke controle (Recht en Praktijk nr. CA20) (diss. Amsterdam VU)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, par. 3.2.3 en vanaf 3.10.

[15] HR 23 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7238, [NJ 1998/192](#), m.nt. C.J. van Zeben.

[16] I. de Vrel, 'De bijzondere zorgplicht van financieel dienstverleners onder toezicht', in: T. Gerverdinck e.a. (red.), *Wetenschappelijk bijdragen. Bundel ter gelegenheid van het 35-jarig bestaan van het wetenschappelijk bureau van de Hoge Raad der Nederlanden*, Den Haag: Boom juridisch 2014, p. 283-284.

[17] Zie HR 10 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1276, r.o. 2.9.1 en 2.9; T.H.M. van Wechem & D.P.C.M. Hellegers, 'Kunnen bijzondere bancaire zorgplichten worden weggecontracteerd?', *Contracteren* 2023-4, par. 2.

[18] Zie onder andere O.O. Cherednychenko, 'De bijzondere zorgplicht van de bank in het spanningsveld tussen het publiek- en privaatrecht', *NTBR* 2010/11, afl. 3; A.C.W. Pijls, 'De bijzondere zorgplicht van de financieel dienstverlener', in: F.G.M. Smeele & M.A. Verbrugh (red.), *Opgelegde bescherming in het bedrijfsrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2010, par. 2.2.2; B. Bierens, 'Het waarheen en waarvoor van de bancaire zorgplicht', *NTBR* 2013/3, afl. 1, par. 4; B.T.M. van der Wiel, 'De marginverplichting bij handel in aandelenopties', *MvV* 2010, afl. 6, par. 4; V.P.G. de Serièrè, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel IV. Effectenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018/732. Zie ook de reactie van de Minister van Financiën op het advies Raad van State, [Kamerstukken II 2012/13, 33632, nr. 4](#).

[19] D. Busch, 'De complexe verhouding tussen publiek- en privaatrecht in de financiële sector - doorwerking in drievoud', *NTBR* 2023/23, par. 3.2.

[20] L.H.K. Bogers, 'Over de invulling van de bijzondere zorgplicht bij renteswaps en de verhouding tot de MiFID', *Bedrijfsjuridische Berichten* 2014/44, afl. 14, par. 5.3.1; Hof Amsterdam 22 augustus 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:2310, r.o. 5.29.

- [21] Bogers, *Bedrijfsjuridische Berichten* 2014/44, par. 5.3.1.
- [22] HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7419, r.o. 3.6.4; Cherednychenko, *NTBR* 2010/11, par. 4.
- [23] T.H.M. van Wechem & D.P.C.M. Hellegers, 'Kunnen bijzondere bancaire zorgplichten worden weggecontracteerd?', *Contracteren* 2023-4, par. 3.
- [24] HR 6 september, ECLI:NL:HR:2013:CA1725, r.o. 3.3.1.
- [25] HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU4914, r.o. 3.6.2.
- [26] HR 23 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7238, r.o. 3.3. Het Hof Den Haag wijst in een arrest uit 2016 het van toepassing zijn van een bijzondere zorgplicht in de verhouding tot een niet-particuliere opdrachtgever nog expliciet af: Hof Den Haag 21 juni 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1692, r.o. 4.6.
- [27] HR 10 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1274, r.o. 2.9.2; HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1652, r.o. 3.1; Concl. A-G T. Hartlief, ECLI:NL:HR:2021:1652, bij HR 5 november 2021, randnummer 3,4; Hof 's-Hertogenbosch 19 december 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:5802, r.o. 3.8.5.1; Hof 's-Hertogenbosch 4 augustus 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:2477, r.o. 3.12.1. Zie over deze verschuiving D. Busch, 'De toekomst van de bijzondere zorgplicht in de financiële sector', *NJB* 2020/424, afl. 7, par. 6.1.
- [28] Tjong Tjin Tai 2007, p. 187-188, over de verzwaarde zorgplicht van de notaris: "(...) *zorgplichten die verder gaan dan de in de voorgaande hoofdstukken besproken zorgplichten*", en "*Deze zorgplicht komt grotendeels neer op een gewone contractuele zorg met een grotere mate van zorgvuldigheid vanwege de betrokken belangen en de aard van de overeenkomst.*" Zo ook F.E.V.M. van der Woude, 'Een nieuwe bijzondere zorgplicht bij vermogensbeheer?', *WPNR* 2011/6886, p. 406.
- [29] HR 3 april 2015, *NJ* 2015/479, r.o. 3.4.3 e.v.; Hof Arnhem-Leeuwarden 14 juli 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:5299, r.o. 4.19. Zie ook T.P. Hoekstra, 'De opdrachtgever, de notaris en belangen van derden', *ORP* 2018, afl. 6, p. 17-21.
- [30] Zie H.J. Delhaas & L.C. Dufour, 'Invulling van de norm waaraan een redelijk handelend en redelijk bekwaam notaris moet voldoen', *MvV* 2018, afl. 3, p. 67-76 en de daarin genoemde jurisprudentie.
- [31] "*De functie van de notaris in het rechtsverkeer brengt immers (en bracht ook destijds) mee dat hij beroepshalve gehouden is naar vermogen te voorkomen dat misbruik wordt gemaakt van juridische onkunde en feitelijk overwicht*", HR 20 januari 1989, ECLI:NL:PHR:1989:AD0586, r.o. 3.3. Zie ook K.J.O. Jansen, *Informatieplichten. Over kennis en verantwoordelijkheid in contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht (Recht en Praktijk nr. CA5)*, Deventer: Kluwer 2012/4.8.2.
- [32] De notariële akte heeft immers dwingende bewijskracht (art. 157 lid 1 Rv).
- [33] Zie [Kamerstukken II 1982/83, 17779, nr. 3](#), p. 3, waarin onder andere dienstverrichtingen zoals 'computer-opdrachtovereenkomsten' onder de opdracht worden geschaard. Zie ook W.F.R. Rinzema & H.N. Schelhaas, 'Contractuele sancties in ICT-dienstverleningscontracten', *Computerrecht* 2009/147, afl. 4, par. 4. Niet op alle IT-overeenkomsten is art. 7:401 BW van toepassing, zoals bijvoorbeeld een zuivere koopovereenkomst voor hardware. Kwalificatie hoeft niet altijd eenvoudig te zijn, bijvoorbeeld bij de samenloop van advies- en leveringsactiviteiten. Als sprake is van een gemengde overeenkomst in de zin van art. 6:215 BW, dan geldt als hoofdregel dat de bepalingen van beide soorten overeenkomsten naast elkaar van toepassing zijn. Als een IT-leverancier bijvoorbeeld adviseert om bepaalde hardware te kopen en de afnemer deze hardware vervolgens koopt van dezelfde leverancier, dan voldoet de overeenkomst aan de omschrijving van twee verschillende soorten overeenkomsten (art. 7:400 e.v. BW en art. 7:1 e.v. BW) en moet de leverancier bij het uitvoeren van haar adviesdiensten voldoen aan de zorgplicht en bij het uitvoeren van de koopovereenkomst conforme hardware leveren, zie T.J. de Graaf, *Exoneraties in (ICT-)contracten tussen professionele partijen (Recht en Praktijk nr. 141)*, Deventer: Kluwer 2006, p. 47-67.

[34] Art. 7:401 BW is een specialis van de algemene regel dat de schuldenaar de zorg van een goed schuldenaar moet betonen, welke van oudsher werd afgeleid uit art. 1271 BW (oud), het tegenwoordige art. 6:27 BW, in samenhang met de verplichting tot goede trouw, thans de redelijkheid en billijkheid (Tjong Tjin Tai 2006, p. 87 en 102).

[35] Vgl. bijv. HR 22 november 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2205, *NJ 1997/718 (Korea Trade/Generale Bank)*; M. van Kessenich, *Beroepsfouten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 24-26; HR 9 november 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC1103, *NJ 1991/26*; HR 26 april 1991, ECLI:NL:GHSHE:1990:AC3151, *NJ 1991/45*; HR 12 mei 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5774, *JOR 2000/146* en HR 9 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA6159, *NJ 2000/460*. Dit houdt onder andere in dat van een professionele opdrachtnemer verwacht wordt dat deze beschikt over de deskundigheid die redelijkerwijs mag worden verwacht. De opdrachtnemer moet handelen als een persoon met gezond inzicht en begrip voor de situatie, T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel IV. Opdracht, incl. de geneeskundige behandelingsovereenkomst en de reisovereenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer 2022/94 onder verwijzing naar *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 7 titels 1, 7, 9 en 14 1991*, p. 324.

[36] Hof 's-Gravenhage 8 maart 1984, *Computerrecht* 1984, afl. 2, p. 29 (*RBC/Brinkers*), r.o. 22 e.v., bekrachtigd door HR 11 april 1986, *Computerrecht* 1986, afl. 3, p. 174, betrof een adviesopdracht voor de decentralisatie van gegevensverwerking mocht de IT-dienstverlener op grond van zijn zorgplicht het onderzoek naar de bedrijfsvoering niet overslaan, ook al waren de IT-dienstverlener en zijn opdrachtgever het erover eens om dit onderzoek achterwege te laten vanwege de tijdsdruk en had de IT-dienstverlener wel gewaarschuwd dat er in dat geval moest worden uitgegaan van de toen bekende, beperkte gegevens.

[37] De informatieplicht volgt ook uit art. 7:403 BW.

[38] Vgl. Rb. Noord-Holland 14 november 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:10021, r.o. 4.14; Rb. Den Haag 3 juni 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:4735, m.nt. W.F.R. Rinzema, r.o. 4.21 en 4.24.

[39] Hof 's-Hertogenbosch 3 november 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4428 (*Alert Life Sciences/Stichting Jeroen Bosch Ziekenhuis*), r.o. 3.8.4; Rb. Amsterdam 18 december 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:9635, *Computerrecht* 2020/85, m.nt. W.F.R. Rinzema (*Smart Connection/Allsafe*).

[40] W.F.R. Rinzema & F.B. Melis, 'Hoe kan de kwaliteit van ICT-systemen juridisch meetbaar worden gemaakt?', *Computerrecht*, 2014/150. Zie ook Hof Amsterdam 9 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1764, r.o. 3.2.6; Rb. Amsterdam 26 april 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:3566, r.o. 4.5-4.6; Rb. Amsterdam 18 december 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:9635, r.o. 4.5.

[41] Vgl. Rb. Limburg 21 juni 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:6454, r.o. 2.6. Zie ook T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel IV. Opdracht incl. de geneeskundige behandelingsovereenkomst en de reisovereenkomst*, Deventer Kluwer 2014/104 en de aldaar genoemde rechtspraak.

[42] Rb. Den Haag 3 juni 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:4735, *Computerrecht* 2021/64, m.nt. W.F.R. Rinzema, r.o. 4.24.

[43] Rb. Amsterdam 14 november 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:10124, *Computerrecht* 2020/225, m.nt. C.A.M. van de Bunt (*O'Clance*), r.o. 4.5; Rb. Den Haag 3 juni 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:4735, m.nt. W.F.R. Rinzema, r.o. 4.21. Hoewel er niet naar verwezen wordt in voornoemde uitspraken, zou deze beëindiging (ook) gebaseerd kunnen worden op art. 7:408 lid 2 BW, dat bepaalt dat de leverancier mag opzeggen wegens "gewichtige redenen".

[44] Rb. Oost-Brabant 16 september 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:3965, *Computerrecht* 2021/64, r.o. 4.7. Wij nemen aan dat deze verplichting wordt aangenomen op grond van de zorgplicht, hoewel de rechtbank dit niet expliciet stelt.

[45] In Rb. Midden-Nederland 16 januari 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BY7960 (r.o. 3.5) had een

computerwinkel moeten opmerken dat de klant geen tot weinig verstand had van computers, en uit eigen beweging moeten adviseren dat de klant een back-up zou maken van de gegevens op zijn computer voordat het besturingssysteem de door de klant verzochte upgrade onderging. Zie in dit verband ook: Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2022/93 onder verwijzing naar HR 28 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0303, NJ 1992/420; vgl. HR 29 maart 2002, ECLI:NL:PHR:2002:AD8175, NJ 2002/270, nader nr. 99.

[46] Zie par. 3 en De Graaf 2006/4.1.1.

[47] Rb. Utrecht 30 mei 2007, ECLI:NL:RBUTR:2007:BM0415, r.o. 2.28; Rb. Rotterdam 2 maart 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:1641, r.o. 4.13. Vgl. wat dat betreft Hof Amsterdam 25 januari 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:152, r.o. 3.3.3 en 3.3.9 en Rb. Overijssel 20 februari 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:1387, r.o. 4.8.

[48] Mr. P.G. van der Putt & J.J.H. Vos, 'Ontwikkelingen rechtspraak IT-wanprestatie - papier versus praktijk', *Computerrecht* 2023/211, par. 7; Rb. Overijssel 10 mei 2023, ECLI:NL:RBOVE:2023:1731 waarin de rechtbank oordeelde dat partijen geen security monitoring waren overeengekomen en dat de leverancier dus niet was tekortgeschoten in de verplichtingen uit hoofde van de overeenkomst van partijen: " *De zorgplicht van een ICT-beheerder gaat niet zover dat waar functionele monitoring is overeengekomen, security monitoring daar (kennelijk gratis) onderdeel van uitmaakt. Via de achterdeur van de zorgplicht kunnen de bepalingen van BIG en BIO die zien op security aspecten die bij monitoring van de performance, capaciteit en beschikbaarheid van de servers, opslag en netwerkvoorzieningen niet aan het licht komen, niet tot verplichtingen voor [bedrijf 1] worden gemaakt*" (r.o. 4.4.2). Zie ook: Rb. Gelderland 27 november 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:4796, waarin de rechtbank oordeelde dat de leverancier de afnemer niet hoefde te waarschuwen dat haar werkwijze zou leiden tot een licentietekort (r.o. 5.5 en 5.6); Hof Amsterdam 28 april 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1635, waarin de rechtbank onder verwijzing naar de overeenkomst niet meeding in de stelling van de afnemer dat van een zorgvuldig systeembeheerder mag worden verwacht dat hij zorg draagt voor de aanwezigheid van een volledige back-up, althans dat op hem de verantwoordelijkheid rust zich ervan te vergewissen dat de klant zich beseft dat de back-up in eigen beheer zal worden gedaan (r.o. 3.11 en 3.12); Rb. Noord-Holland 9 maart 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:997, waarin de rechtbank oordeelde dat omdat partijen uitdrukkelijk in de overeenkomst hadden opgenomen dat een vooronderzoek achterwege zou blijven, de leverancier geen onderzoeksverplichting had geschonden (r.o. 5.5); Hof Arnhem-Leeuwarden 7 april 2020, 200.243.622, waarin het hof oordeelde dat de leverancier niet hoefde te waarschuwen over het feit dat haar software geen standaardsoftware betrof die "plug and play" bij de afnemer zou kunnen worden ingezet zonder veel aanpassingen (r.o. 3.8); Rb. Overijssel 7 juni 2023, ECLI:NL:RBOVE:2023:2138, waarin de rechtbank oordeelde dat de overeenkomst op niets anders betrekking had dan op het beschikbaar stellen van capaciteit ten behoeve van de ontwikkeling van een online platform, en niet de ontwikkeling van een product met een bepaalde levensduur (r.o. 5.5); Rb. Noord-Holland 15 december 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:11735, waarin de rechtbank oordeelde dat de leverancier geen handleiding hoefde te verstrekken (r.o. 4.12).

[49] " *Voorop gesteld wordt dat de beheer-activiteiten van [bedrijf 1] hebben plaatsgevonden op basis van een overeenkomst, gesloten naar aanleiding van een Europese aanbesteding. De verplichtingen die uit een dergelijke overeenkomst voortvloeien moeten, zoals hiervoor is overwogen, worden uitgelegd tegen de achtergrond van het EU-rechtelijke transparantiebeginsel. In zoverre is het dan ook de vraag of daarnaast aan de prestaties die [bedrijf 1] op basis van een dergelijke overeenkomst verricht, nog andere eisen kunnen worden gesteld op basis van de zorgplicht en artikel 6:162 BW. Daarmee zou de uitleg van een overeenkomst aan de hand van het EU-rechtelijke beginsel van transparantie immers kunnen worden ondergraven en zulks zou aldus op gespannen voet kunnen staan met de (EU-rechtelijke) uitgangspunten van het Europese aanbestedingsrecht*", Rb. Overijssel 10 mei 2023, ECLI:NL:RBOVE:2023:1731, r.o. 4.4.1. Zie hierover kritisch: C. van Seeters & O. Schalk, annotatie bij Rb. Overijssel 10 mei 2023, ECLI:NL:RBOVE:2023:1731, JAAN 2023/145.

[50] Art. 7:413 BW; *KamerstukkenII* 1982/1983, 17779, nr. 3, p. 2.

[51] Als zou worden overeengekomen dat de opdrachtnemer geheel geen zorg hoeft te besteden aan de uitvoering van de opdracht, dan zou hij ook niet aansprakelijk zijn in geval van schade als gevolg van opzet of bewuste roekeloosheid, hetgeen wat resultaat betreft gelijkstaat aan een verboden exoneration voor opzet of

bewuste roekeloosheid (Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2022/98 onder verwijzing naar HR 18 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6913, NJ 2004/585 (Kuunders/Swinkels).

[52] Dit doet denken aan de opstelling van een 'dwangcrediteur' in een faillissement, die een (praktische, maar niet wettelijke) voorrangpositie geniet door de mate waarin de onderneming feitelijk afhankelijk is van deze schuldeiser. Zie bijvoorbeeld HR 2 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2744 (CTAC/Curatoren Free Record Shop).

[53] Rb. Midden-Nederland 23 mei 2019, C/16/481095/KG ZA/19-316.

[54] Rb. Midden-Nederland 23 mei 2019, C/16/481095/KG ZA/19-316, r.o. 4.7.

[55] Rb. Amsterdam 18 augustus 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:4059.

[56] HR 10 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1134; HR 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:141.

[57] Rb. Amsterdam 18 augustus 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:4059, r.o. 4.3.

[58] Rb. Amsterdam 18 augustus 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:4059, r.o. 4.5.

[59] Zie anders: HR 10 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1276, r.o. 2.9.1 en 2.9, waarin de Hoge Raad heeft overwogen dat de maatschappelijke functie van banken een bijzondere zorgplicht meebrengt, naast de verplichtingen die bijvoorbeeld uit art. 6:248 lid 1 BW en art. 7:401 BW voortvloeien.

[60] Ook als een overeenkomst voorziet in een regeling van de opzegging, kunnen de eisen van redelijkheid en billijkheid in verband met de aard en inhoud van de overeenkomst in de omstandigheden van het geval in de weg staan aan respectievelijk opzegging, opzegging zonder zwaarwegende grond, opzegging op een bepaald moment, of opzegging zonder aanbod tot betaling van een (schade)vergoeding, zie bijv. HR 10 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1134, r.o. 4.4.2; HR 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:141, r.o. 3.5. Zie hierover bijvoorbeeld I.S.J. Houben, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel X. Onbenoemde overeenkomsten*, Deventer: Wolters Kluwer 2019/116-132; A. van Duijn-Koopman & E.J. van de Pas, 'Opzegging van duurovereenkomsten en de redelijkheid en billijkheid', *Contracteren* 2018-3, p. 80-85.

[61] Zie paragraaf 4 en over dit laatste bijvoorbeeld in Rb. Oost-Brabant 16 september 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:3965, *Computerrecht* 2021/64, m.nt. K. Vonk & L. Leemeijer.

[62] Dit geldt met name voor aantal grote Amerikaans spelers die om die reden ook op verscherpte aandacht kunnen rekenen in het mededingingsrecht en regelgeving op gereguleerde markten, zie bijvoorbeeld de nieuwe verordening (EU) 2022/2554 betreffende digitale operationele weerbaarheid voor de financiële sector.

[63] Zie over kwalificatie van overeenkomsten voetnoot 33.

[64] Zie in dit kader bijvoorbeeld recent: Rb. Oost-Brabant 12 juli 2023, ECLI:NL:RBOBR:2023:3581, waarin de zorgplicht van de IT-leverancier in r.o. 5.2 t/m 5.4 op verhelderende wijze wordt uiteengezet.

[65] Zie bijv. Rb. Rotterdam 2 maart 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:1641, r.o. 3.1.1; Rb. Overijssel 9 maart 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:717, r.o. 4.3 en 5.5; Rb. Overijssel 9 maart 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:718, r.o. 5.3; Rb. Oost-Brabant 16 september 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:3965, r.o. 3.2; Rb. Rotterdam 31 augustus 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:7377, r.o. 5.1.2.

[66] Zie ook Hartlief, *NJB* 2017/965, p. 1241.