

ECLI:NL:GHARL:2021:6380

Instantie Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak 29-06-2021

Datum publicatie 01-07-2021

Zaaknummer 200.280.585/01

Rechtsgebieden Civiel recht

Bijzondere kenmerken Hoger beroep

Inhoudsindicatie

Afnemer van ICT-diensten mocht op basis van de overeenkomst er niet gerechtvaardigd vanuit gaan dat zij een 100% gegarandeerde toegang had tot haar digitale werkomgeving dan wel een nagenoeg storingsvrije beschikbaarheid daarvan. ICT-dienstverlener is niet tekort geschoten in wat wel is overeengekomen. Geen schending zorgplicht. Geen schending van een verplichting tot tussentijdse evaluatie en bijstelling dienstverlening.

Vindplaatsen Rechtspraak.nl

Uitspraak

GERECHTSHOF ARNHEM-LEEUWARDEN

locatie Leeuwarden

afdeling civiel recht, handel

zaaknummer gerechtshof 200.280.585/01

(zaaknummer rechtbank Overijssel C/08/233311)

arrest van 29 juni 2021

in de zaak van

Nagtzaam Accountants en Fiscalisten Veghel B.V.,

gevestigd in Veghel,

eiseres in hoger beroep,

bij de rechtbank: eiseres,

hierna: **Nagtzaam**,

advocaat: mr. J. Oerlemans, die kantoor houdt in Den Bosch,

tegen

Arcus IT Holding B.V.,

gevestigd in Zwolle,

gedaagde in hoger beroep,

bij de rechtbank: gedaagde,

hierna: **Arcus**,

advocaat: mr. J.B. Schmaal, die kantoor houdt in Amsterdam.

1 Het verdere verloop van de procedure in hoger beroep

- 1.1 Het hof neemt de inhoud over van het tussenarrest van 23 februari 2021, waarin een mondelinge behandeling is bepaald.
- 1.2 Op 2 juni 2021 heeft de mondelinge behandeling plaatsgevonden. Het hiervan opgemaakte proces-verbaal maakt deel uit van het procesdossier.
- 1.3 Vervolgens heeft het hof arrest bepaald op het voorafgaand aan het arrest van 23 februari 2021 overgelegde procesdossier, aangevuld met het proces-verbaal (de spreeknotities van partijen daaronder begrepen).

2 Wijziging van de naam van Nagtzaam

De procedure bij de rechtbank is gevoerd door "Nagtzaam Accountants en Fiscalisten B.V." In hoger beroep is gebleken dat geen besloten vennootschap bestaat onder de naam "Nagtzaam Accountants en Fiscalisten B.V." en dat de aanduiding

"Nagtzaam Accountants en Fiscalisten" één van de door Nagtzaam Accountants en Fiscalisten Veghel B.V. gebruikte handelsnamen betreft. Partijen zijn het er verder over eens dat de in geschil zijnde overeenkomst is gesloten met Nagtzaam Accountants en

Fiscalisten Veghel B.V. en dat de procedure gevoerd had moeten worden op naam van die laatste vennootschap. Met een wijziging van de naam in hoger beroep is daarmee geen sprake van een andere rechtspersoon die in rechte zou optreden. Arcus heeft verder onderschreven dat zij met een herstel in de aanduiding van haar processuele wederpartij niet in haar belangen wordt geschaad. Het hof komt met een en ander tot de conclusie dat is voldaan aan de vereisten die in de zogenaamde deformaliseringsjurisprudentie worden gesteld aan de naamswijziging van een procespartij nadat de procedure in een volgende instantie aanhangig is gemaakt¹.

3 Waar het in deze zaak om gaat

De centrale vraag in deze procedure is of Nagtzaam op basis van de met Arcus gesloten overeenkomst er vanuit mocht gaan dat zij een 100% gegarandeerde toegang had tot haar bij Arcus ondergebrachte werkomgeving, inclusief de door haar gebruikte applicaties, dan wel dat steeds sprake zou zijn van een nagenoeg storingsvrije beschikbaarheid daarvan. In navolging van de rechtbank is het hof van oordeel dat Arcus niet zo'n verplichting had en dat er geen reden is om aan te nemen dat Arcus in enige verplichting tegenover Nagtzaam tekort is geschoten. Het hof zal die beslissing hierna uitleggen.

4 De vaststaande feiten

Het hof gaat in hoger beroep uit van de navolgende feiten:

- 4.1 Nagtzaam is een accountantskantoor met drie vestigingen in Den Bosch, Oss en Veghel. De heer [de bestuurder] is enig bestuurder van Nagtzaam.
- 4.2 Arcus is de rechtsopvolger van onder meer Loyall ICT Group B.V. (hierna: Loyall), een ICT-dienstverlener die haar diensten verleende aan met name middelgrote ondernemingen.
- 4.3 In aanloop naar een mogelijke samenwerking tussen Loyall en Nagtzaam heeft Loyall een quickscan uitgevoerd ter inventarisatie van de situatie bij Nagtzaam en welke diensten Loyall mogelijk zou kunnen leveren aan Nagtzaam om haar ICT-omgeving te verbeteren. De bevindingen van deze quickscan zijn neergelegd in een rapport van 15 september 2011, onder uiteenzetting van de mogelijkheden die het datacentrum 'Boiler Park' van Loyall aan Nagtzaam kan bieden.
- 4.4 Op 27 september 2011 heeft Loyall aan Nagtzaam een aanbieding gedaan. In de inleiding daarvan is vermeld dat Nagtzaam aan Loyall heeft gevraagd een voorstel te doen voor de inrichting van betrouwbare, veilige en altijd beschikbare ICT voorzieningen. De aanbieding houdt onder meer in dat Nagtzaam gebruik gaat maken van het datacentrum 'Boiler Park' van Loyall. De supportdiensten en het periodiek beheer zijn eveneens onderdeel van het aanbod. De supportdiensten dienen om vragen of incidenten het hoofd te bieden. Het periodiek beheer heeft tot doel dat er periodiek onderhoudsactiviteiten en controles worden uitgevoerd. Loyall hanteert drie serviceniveaus: platinum, goud en zilver.
- 4.5 In het aanbod is opgenomen dat Loyall onder meer de volgende algemene uitgangspunten hanteert als het gaat om oplossingen en systemen:

Bedrijfszekerheid

(...) Systemen moeten een gegarandeerde continuïteit kunnen bieden, afgestemd op de eisen van de organisatie.

(...)

Gegarandeerde Service- en onderhoud

Preventief onderhoud en controle voorkomt dat de organisatie gehinderd wordt door storingen. Zorgen ervoor dat de systemen optimaal blijven presteren. Loyall adviseert bovendien in innovatie, efficiëntie en security.

- 4.6 Loyall en Nagtzaam hebben op 23 november 2011 een service level agreement (hierna: SLA) gesloten, die ertoe strekt dat Loyall gedurende 60 maanden systeembeheer en -onderhoud en support voor de digitale werkomgeving van Nagtzaam verzorgt. Over de serviceniveaus voor beheer en support zijn partijen overeengekomen: zilver voor support en goud voor beheer.

4.7 De ICT-omgeving van Nagtzaam is daarop verplaatst naar Loyalls datacentrum. De medewerkers van Nagtzaam kregen daarmee via werkomgeving Citrix toegang tot de door Nagtzaam gebruikte applicaties en data op de server in het Boiler Park.

4.8 In onderdeel 1.1 'Algemeen' van de SLA is onder meer te lezen:

Om uitval tot een minimum te beperken en verzekerd te zijn van adequate ondersteuning bij storingen heeft Nagtzaam er voor gekozen om (delen van) het systeembeheer, onderhoud en support van haar ICT infrastructuur te beleggen bij Loyall ICT (Group) B.V.

(...)

Deze [SLA] is onderdeel van de Dienstverleningsovereenkomst die Nagtzaam en Loyall ICT (Group) zijn aangegaan. (...) De specifieke details van de diensten in deze overeenkomst worden uitgewerkt in het Dossier Afspraken en Procedures.

4.9 In onderdeel 1.4 'Goedkeuring, evaluatie en wijzigingen' van de SLA staat onder meer vermeld:

De SLA wordt ten minste één maal per 3 maanden door de contactpersonen van beide organisaties geëvalueerd. Indien beiden van mening zijn dat een aanpassing in de SLA noodzakelijk is, wordt een wijzigingsvoorstel neergelegd bij de contracthouders. Na hun goedkeuring wordt de wijziging opgenomen in de SLA, (...).

4.10 In onderdeel 2.3 'Gewenste situatie' van de SLA worden de hiervoor in de 4.5 weergegeven uitgangspunten herhaald.

4.11 In onderdeel 3 'De oplossing' van de SLA is onder meer vermeld:

Voor de centrale voorzieningen wordt gebruik gemaakt van de diensten die Loyall aanbiedt vanuit haar eigen datacentrum Boiler Park in Zwolle. Hier vandaan worden gestandaardiseerde diensten aangeboden vanuit twee uitgangspunten: betaalbaarheid en betrouwbaarheid. (...)

De Boiler Park oplossingen zijn kosteneffectief en uitermate praktisch vorm gegeven zodat ze voor de meeste bedrijven bruikbaar zijn. Aan de andere kant zijn de diensten ontwikkeld vanuit het principe van betrouwbaarheid. De Boiler Park systemen zijn minimaal dubbel uitgevoerd en van diverse beveiligingsmaatregelen voorzien. Hierdoor is de beschikbaarheid optimaal en is de kans op misbruik van uw gegevens zo goed als uitgesloten.

De aanbidding van Boiler Park diensten is gebaseerd op een single location hostingcentrum.

Dit betekent dat géén continuïteit kan worden geboden in geval van grootschalige calamiteiten, waarbij de volledige locatie van Boiler Park niet beschikbaar is. Desgewenst kan Boiler Park een aanvullende dienst leveren waarbij de dienstverlening vanaf een andere locatie gecontinueerd kan worden.

4.12 In onderdeel 4.2 'Beheer en onderhoud Boiler Park' staat onder meer:

Als gevolg van gepland of ongepland onderhoud kan het voorkomen dat Boiler Park dienstverlening tijdelijk verminderd of niet beschikbaar is.

Ongepland onderhoud dat leidt tot verminderde beschikbaarheid of onbeschikbaarheid van systemen wordt tot een minimum beperkt en mag tijdens kantoortijden jaarlijks maximaal 4x voorkomen gedurende maximaal 8 uur per keer.

4.13 Onderdeel 4.3 "Netwerkverbindingen" van de SLA luidt voor zover relevant:

De dienstverlening is bij aanvang gebaseerd op de bestaande lijnverbindingen. (...) Indien de verbindingen met Boiler Park afwezig zijn, kan de gebruiker - afhankelijk van de gebruikte werkplekapparatuur - slechts over beperkte functionaliteit beschikken. In de initiële overeenkomst wordt ervan uitgegaan dat bestaande verbindingen en verbidingscontracten in stand blijven. Indien gewenst kan Loyall dienstverlening voor monitoring en management van netwerkverbindingen aanbieden. Een aanvullend voorstel hiertoe kan op verzoek van Nagtzaam

opgesteld worden.

- 4.14 In onderdeel 4.4 'Netwerkttoegang' is vermeld dat Loyall niet verantwoordelijk is voor beveiliging van externe werkplekken.
- 4.15 In onderdeel 5.1 'Service Level' van de SLA zijn de 'service levels' uiteengezet die Loyall hanteert. Service level 'zilver' is het laagste niveau dat Loyall biedt, wat onder meer inhoudt dat er (buiten kantoor tijden) geen bereikbaarheidsdienst wordt aangeboden en dat 'calls' (ofwel hulpvragen) ook in geval van 'hoge prioriteit' naar 'best effort' worden verholpen, zonder dat daarvoor een tijdslimiet geldt. In onderdeel 5.1.1. 'Helpdesk' is uitgewerkt wat onder prioriteit 'hoog', 'middel' en 'laag' wordt verstaan. Een prioriteit 'hoog' wordt toegekend aan een situatie waarin alle medewerkers niet kunnen werken met systeem, een prioriteit 'middel' wordt toegekend als een afdeling grote hinder ondervindt of in het geheel niet kan werken en een prioriteit 'laag' geldt indien (een) enkele medewerker(s) niet kan/kunnen werken met het systeem of medewerkers kunnen wel werken maar (enige) hinder ondervinden van de storing en voorts bij alle overige vragen en wensen'.
- 4.16 In onderdeel 6 'Applicatie management diensten' is geschreven dat in het Dossier Afspraken en Procedures wordt opgenomen welke applicaties door Loyall worden ondersteund en welke diensten per applicatie worden geleverd, waarbij verschillende vormen van dienstverlening worden onderscheiden. Eén van die genoemde vormen is die van 'Beschikbaarheid', waarna staat beschreven 'Loyall garandeert de beschikbaarheid van de applicatie, welke wordt aangeboden vanuit Boiler Park.'
- 4.17 De kosten van de dienstverlening van Loyall bedroegen volgens de SLA eenmalig € 36.720,- exclusief btw voor de migratie van het systeem van Nagtzaam naar het Boiler Park en maandelijks € 7.885,- exclusief btw voor de kosten van het gebruik van het Boiler Park, inclusief vergoedingen voor het beheer en support.
- 4.18 De Dienstverleningsovereenkomst, gedateerd op 2 november 2011, is niet ondertekend.
- 4.19 Nagtzaam, in de persoon van [de bestuurder] , heeft de SLA ondertekend. Hij heeft naast zijn handtekening geschreven:
- deze handtekening geldt voor de investeringen en de maandtermijnen. Partijen wensen overeen te komen over de algemene voorwaarden en de overige bepalingen: indien geen akkoord bereikt over deze bepalingen is deze overeenkomst niet geldig.
- 4.20 Het document 'Dossier Afspraken en Procedures' is niet door partijen ondertekend. In dat document is in onderdeel 10 'Overzicht opgeleverde applicaties' een opsomming gegeven van de 65 door Nagtzaam gebruikte applicaties die zijn geïnstalleerd op de aan haar ter beschikking gestelde serverruimte.
- 4.21 In een brief van 25 januari 2013 en een e-mail van 22 februari 2013 wijst Nagtzaam Loyall op haar standpunt dat over onder meer de toepasselijkheid van algemene voorwaarden geen overeenstemming is bereikt.
- 4.22 In een brief van 10 december 2013 heeft Nagtzaam Loyall te kennen gegeven *"niet tevreden [te] zijn over de dienstverlening en met name de performance van verschillende programma's en de storingen van de door Loyall ICT Group geleverde omgeving"* en Loyall aansprakelijk gesteld *"voor alle schade die uw toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst tot gevolg heeft gehad en nog zal hebben"*. Op deze brief heeft Loyall op 20 december 2013 gereageerd en daarin onder meer geschreven *"dat het vrijwel is uitgesloten dat de door [Nagtzaam] geconstateerde problemen hun oorzaak vinden in de door Loyall geleverde infrastructuur en bijbehorende diensten en dat die oorzaak vermoedelijk is gelegen in de (inrichting van de) (...) programmatuur van derden en/of het*

gevolg is van de wijze waarop de infrastructuur en programmatuur door medewerkers van Nagtzaam wordt gebruikt.”

- 4.23 Onderhandelingen van partijen om tot een nieuwe SLA te komen, ter vervanging van de SLA die op 31 december 2016 zou aflopen, hebben niet tot een nieuwe overeenkomst geleid, waarna de SLA op 31 december 2016 is geëindigd.
- 4.24 In het concept voor een nieuwe SLA, met dagtekening 15 januari 2016, is in onderdeel E.1.3 'Service window datacenter' onder het sub-opschrift 'beschikbaarheid' beschreven welk niveau van beschikbaarheid van 99,6%, 99,9% onderscheidenlijk 99,99% kan gelden. Daarbij is vermeld dat dat niveau de na te streven beschikbaarheid van de systemen aangeeft en dat het geen betrekking heeft op de beschikbaarheid en juiste werking van de geïnstalleerde applicaties.
- 4.25 In een brief van 21 februari 2017 heeft Nagtzaam Arcus aansprakelijk gesteld voor de gevolgen die zij heeft ondervonden van de storingen in de door Arcus geleverde diensten.

5 Het geschil en de beslissing in de procedure bij de rechtbank

- 5.1 Nagtzaam heeft - samengevat en na herhaalde vermeerdering van eis - gevorderd de veroordeling van Arcus tot betaling aan Nagtzaam van € 572.526,05 aan hoofdsom, vermeerderd met de wettelijke rente hierover vanaf 1 januari 2017 en € 4.074,64 aan buitengerechtelijke incassokosten, met veroordeling van Loyall in de (na)kosten van deze procedure.
- 5.2 De rechtbank heeft in een vonnis van 18 december 2019 de vordering van Nagtzaam afgewezen en haar veroordeeld in de proceskosten.

6 De vordering in hoger beroep

Nagtzaam vordert in het hoger beroep - samengevat - de vernietiging van het vonnis van 18 december 2019 en - na opnieuw wijziging van eis - een verklaring voor recht dat Arcus toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van haar verplichtingen uit de SLA en schadeplichtig is voor de schade die Nagtzaam als gevolg daarvan heeft geleden, nader op te maken bij staat, en de veroordeling van Arcus tot terugbetaling van wat Nagtzaam ter uitvoering van genoemd vonnis aan Arcus heeft voldaan, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de dag van betaling, met veroordeling van Arcus in de kosten van beide instanties.

7 De beoordeling van de grieven en de vordering

Vooraf

- 7.1 In het navolgende zal voor de leesbaarheid Nagtzaams wederpartij steeds als "Arcus" worden aangeduid, ook als het gaat om de periode waarin zij "Loyall" was genaamd. Dit geldt niet als het gaat om citaten.

Omvang van het hoger beroep

7.2 Nagtzaam heeft veertien grieven opgeworpen tegen het vonnis van 18 december 2019 en daarbij haar vordering gewijzigd en de grondslag daarvan uitgebreid. Een en ander leent zich voor de volgende thematische bespreking:

- heeft Arcus haar aansprakelijkheid voor de door Nagtzaam gestelde schade al erkend?
- wat is over toegang tot de werkomgeving van Nagtzaam en de daarin gebruikte applicaties overeengekomen en is Arcus daarin tekortgeschoten?
- rustte op Arcus een zorgplicht en zo ja, is Arcus daarin tekortgeschoten?
- had Arcus de SLA moeten evalueren en moeten bijstellen?

7.3 De rechtbank heeft in het aangevallen vonnis, zo moet naar het oordeel van het hof rechtsoverweging 5.2 worden verstaan, tot uitgangspunt genomen dat noch de dienstverleningsovereenkomst noch de door Arcus gebruikte algemene voorwaarden tussen partijen van toepassing zijn. Dit heeft het hof tot uitgangspunt genomen, waarbij gold dat als één of meer van de grieven doel zouden hebben getroffen de andersluidende stellingen van Arcus daarover vanwege de devolutieve werking van het hoger beroep alsnog waren beoordeeld.

Heeft Arcus haar aansprakelijkheid voor de door Nagtzaam gestelde schade al erkend?

7.4 Nagtzaam heeft als meest verstrekkend argument aangevoerd dat Arcus - in de persoon van de heer [A] (hierna: [A]) - tijdens een bespreking op

25 oktober 2016 en in het bijzijn van de door Nagtzaam ingeschakelde heer [B] , werkzaam bij Nagtzaams verzekeringstussenpersoon (hierna: [B]), de aansprakelijkheid heeft erkend voor de schade die Nagtzaam heeft geleden als gevolg van diverse storingen in haar ICT-infrastructuur. Ter onderbouwing van deze stelling heeft zij verwezen naar een daartoe overgelegde schriftelijke verklaring van [B] .

7.5 Nagtzaam heeft echter niet weersproken dat zij op dat moment een aanzienlijke achterstand had in de betaling van de door Arcus voor haar dienstverlening verzonden facturen, dat de insteek van [A] voor deze bespreking was dat Nagtzaam alsnog tot betaling van de achterstallige facturen overging en dat die achterstand tijdens die bespreking is besproken. Daaraan wordt in de - kennelijk ruimschoots na de bespreking opgemaakte - verklaring van [B] geen enkele aandacht besteed. Over wat toen over en weer is gezegd over de door Nagtzaam ervaren storingen in haar ICT-infrastructuur en de verantwoordelijkheid daarvoor, geeft de verklaring van [B] evenmin inzicht. [B] schrijft niet meer dan "*Loyall erkende dat zij aansprakelijk was voor deze schade en wilde dat deze schade werd vergoed.*" Veelzeggend is echter wat [B] daarna schrijft: "*In het gesprek is aan mij de vraag voorgelegd of de schade die Nagtzaam heeft geleden ondergebracht zou kunnen worden bij één van de verzekeringen van Nagtzaam of Loyall. Ik heb toen aangegeven dat géén van de verzekeringen van Nagtzaam dekking biedt voor de schade van Nagtzaam, maar dat de beroepsaansprakelijkheidsverzekering van Loyall hier mogelijk wel dekking voor zou kunnen bieden. Loyall heeft toen aangegeven de schade daar te zullen melden. (...)*" Het ging er dus om dat Nagtzaam de schade wilde afwentelen op een verzekering, op die van haarzelf dan wel op die van Arcus, en dat [A] (voor Arcus) bereid is gebleken om een claim daartoe bij haar verzekeraar neer te leggen. Arcus heeft daarover aangevoerd dat zij daaraan wilde meewerken om Nagtzaam zover te krijgen dat de achterstallige facturen werden betaald. Dit laatste wordt ook bevestigd in de mailberichten van [A] aan Nagtzaam van 14 maart 2017 en 31 mei 2017, waarin (verdere) medewerking aan een claim bij de verzekeraar verbonden wordt aan betaling van openstaande facturen. Andere mailberichten of bescheiden waaruit redelijkerwijs valt op te maken dat Arcus - afzonderlijk van haar verzekeraar - schuldenaar of anderszins aansprakelijk wilde zijn voor de door Nagtzaam gestelde schade, ontbreken echter.

7.6 Onder de hiervoor genoemde omstandigheden had op de weg van Nagtzaam gelegen om feiten en omstandigheden te stellen op grond waarvan de medewerking van [A] aan het voorleggen van Nagtzaams claim aan Arcus' verzekeraar als een (onvoorwaardelijke en onherroepelijke) erkenning van aansprakelijkheid moet worden uitgelegd. De schriftelijke verklaring van [B] alleen is niet

voldoende. Deze verklaring is niet alleen enkele jaren na de bespreking van 25 oktober 2016 opgesteld maar mist ook inzicht in de context van wat is besproken en tot stand gekomen. Verdere stukken waaruit een erkenning van aansprakelijkheid kan worden afgeleid, ontbreken. Bij gebrek aan feitelijke onderbouwing van de gestelde erkenning, komt het hof niet toe aan het horen van [B] , zoals Nagtzaam heeft aangeboden. Dat aanbod kan dat gebrek aan feitelijke onderbouwing immers niet repareren. Aan het beroep op een buitengerechtelijke erkenning gaat het hof dan ook voorbij.

Wat is over toegang tot de werkomgeving van Nagtzaam en de daarin gebruikte applicaties overeengekomen?

7.7 Nagtzaam heeft aangevoerd dat zij op basis van de folder van Arcus, de uitgevoerde quickscan, de aanbieding van Arcus, de SLA en de DAP er gerechtvaardigd vanuit mocht gaan dat een gegarandeerde beschikbaarheid van haar werkomgeving, inclusief de daarin aanwezige applicaties en data, was overeengekomen dan wel dat sprake zou zijn van een nagenoeg storingsvrije beschikbaarheid daarvan.

Arcus heeft dit gemotiveerd betwist en er in dat verband er onder meer op gewezen dat de gestelde mate van overeengekomen beschikbaarheid nergens is vermeld, dat die in de branche ook niet gebruikelijk is, zo al mogelijk, dat uit de SLA al blijkt dat Arcus niet

verantwoordelijk was voor alle elementen in de ICT-keten van Nagtzaam en dat de nu gestelde mate van beschikbaarheid niet valt te rijmen met de uit oogpunt van betaalbaarheid overeengekomen service levels.

7.8 Nagtzaam stelt daarmee de uitleg van wat is overeengekomen aan de orde. Bij die uitleg komt het niet alleen aan op een taalkundige uitleg van de bewoordingen van de bepalingen in wat tussen partijen als overeenkomst is vastgelegd, maar is ook van belang welke bedoeling partijen in de omstandigheden van het geval over en weer redelijkerwijs aan die bepalingen mochten toekennen. In praktisch opzicht is de taalkundige betekenis van de bewoordingen bij de uitleg vaak echter wel van groot belang (de zogenaamde Haviltex-maatstaf).

7.9 De SLA, door partijen ondertekend op 23 november 2011, is omvangrijk document van 21 pagina's met één bijlage van 2 pagina's (zijnde een overzicht van de kosten en investeringen die gemoeid zijn met de dienstverlening). De SLA is opgebouwd in negen paragrafen.

7.9.1 In de inleiding (§ 1) is verwoord dat de afhankelijkheid van ICT is toegenomen, dat de gevolgen van storingen ook veel ingrijpender zijn geworden en dat Nagtzaam, om uitval tot een minimum te beperken en verzekerd te zijn van adequate ondersteuning bij storingen, ervoor heeft gekozen om (delen van) systeembeheer, onderhoud en support van haar ICT-infrastructuur te beleggen bij Loyall. In § 2.2 is de toen bestaande ICT-situatie beschreven, inclusief risico's, waarna in § 2.3 de gewenste situatie volgt met opgaaf welke algemene uitgangspunten Arcus hanteert voor de aan Nagtzaam voorgestelde oplossing. In § 3 is vervolgens die oplossing beschreven die eruit bestaat dat de door Nagtzaam gebruikte informatiesystemen en data worden overgebracht naar de door Arcus geëxploiteerde datacentrum (serverruimte) waarmee *"gestandaardiseerde diensten worden aangeboden vanuit twee uitgangspunten: betaalbaarheid en betrouwbaarheid"*. Uit wat daarna volgt in SLA blijkt dat geen continuïteit wordt geboden in geval van een grootschalige calamiteit (§ 3, 5e alinea), dat het als gevolg van gepland of ongepland onderhoud kan voorkomen dat het datacentrum tijdelijk verminderd of niet beschikbaar is (§ 4.2, 2e bulletpoint), dat de dienstverlening van Arcus niet ziet op netwerkverbindingen tussen de vestigingen van Nagtzaam en het datacentrum van Arcus (§ 4.3), dat Arcus niet verantwoordelijk is voor de beveiliging van de externe werkplekken van Nagtzaam (§ 4.4) en dat Nagtzaam zelf verantwoordelijk is voor de licenties van de door haar gebruikte applicaties (§ 4.5).

7.9.2 In § 5 wordt vervolgens beschreven welke service levels mogelijk zijn, met inhoudelijke beschrijving daarvan, waarna is vermeld dat Nagtzaam voor de laagst mogelijke service level ('zilver') heeft gekozen. Uit die keuze volgt dat Nagtzaam alleen tijdens kantoor tijden om support kan vragen, dat die support ook ziet op storingen, dat er geen bereikbaarheidsdienst is buiten kantoor tijden, dat Nagtzaams calls om support per maand maximaal 35 eenheden van 15 minuten mogen inhouden, dat Nagtzaam voor het meerdere in beginsel moet betalen en dat een hulpvraag ook bij een hoge prioriteit (dat is "Alle medewerkers kunnen niet werken met het systeem") naar 'best effort' worden behandeld, zonder dat een limiet in tijd is gegeven.

7.9.3 In § 6 van de SLA is vermeld dat in de DAP wordt opgenomen welke applicaties door Loyall worden ondersteund en welke diensten per applicatie worden geleverd, waarna wordt beschreven welke vormen van dienstverlening worden onderscheiden. Uitgaande van de stelling van Nagtzaam dat de DAP ook tussen partijen van toepassing is, wat Arcus overigens bestrijdt, geldt dat de DAP niet meer bevat dan een overzicht van de configuratie van de hardware in het datacentrum en een opsomming van de 65 applicaties die Arcus ten behoeve Nagtzaam in haar werkomgeving heeft geïnstalleerd. Over de applicaties is in de DAP verder niet meer te lezen dan dat Arcus de applicaties op de server plaatst en wijzigt. In de DAP is verder niet beschreven dat Arcus voor die applicaties diensten verleent op het terrein van helpdesksupport of beschikbaarheid. Dat in § 6 van de SLA 'beschikbaarheid' als één van de vormen van dienstverlening wordt beschreven met als inhoud "*Loyall garandeert de beschikbaarheid van de applicatie, welke wordt aangeboden vanuit Boiler Park*" is dan ook in de DAP niet opgevolgd of uitgewerkt en daarmee als inhoudsloos zonder betekenis gebleven.

7.10 Een redelijke uitleg van deze passages houdt in dat partijen destijds hebben beoogd de betrouwbaarheid van Nagtzaams werkomgeving ten opzichte van de toen bestaande omgeving te verbeteren en het risico op uitval te verminderen door deze werkomgeving op afstand te plaatsen op de servers van Arcus. De verdere dienstverlening op het terrein van beheer en support is vervolgens op een manier vorm gegeven dat Nagtzaam relatief beperkt was in haar hulpvraag aan Arcus, ook in geval van zich voordoende storingen en uitval die voor haar bedrijfsvoering serieuze gevolgen had. Met een en ander is gegeven dat Nagtzaam rekening moest houden met situaties van tijdelijk verminderde of niet beschikbaarheid van haar werkomgeving, door onderhoud of storingen (incidenten daaronder begrepen). Bedoelde passages geven daarmee een onvoldoende aanknopingspunt voor de stelling van Nagtzaam dat zij met de SLA er vanuit mocht gaan dat te allen tijde toegang tot haar werkomgeving en applicaties was gegarandeerd dan wel dat sprake zou zijn van nagenoeg storingsvrije beschikbaarheid. Voormelde uitleg is ook redelijk omdat Arcus niet verantwoordelijk was voor alle onderdelen van de ICT-keten tussen de vestigingen en haar datacentrum, zodat ook de beschikbaarheid van Nagtzaams werkomgeving en de door haar daarin gebruikte applicaties afhankelijk was (van de prestaties) van derden. Daarbij komt dat het uitgangspunt van de dienstverlening is uitval tot minimum te beperken en dat die dienstverlening is gebaseerd op betrouwbaarheid én betaalbaarheid.

7.11 De door Nagtzaam aangewezen teksten in de quickscan, de folder en Arcus' aanbod van 27 september 2011 zijn daarbij duidelijk wervende teksten waaraan een professionele partij als Nagtzaam niet zomaar de verwachting mocht verbinden dat zij - op basis van wat zij uiteindelijk in de SLA met Arcus overeenkwam - na het overbrengen van haar digitale werkomgeving naar de servers van Arcus een nagenoeg storingsvrije toegang daartoe zou hebben. Als dat zo belangrijk was, dan had Nagtzaam dit concreter en nauwkeuriger moeten bedingen.

7.12 De omvang van de kosten van de dienstverlening door Arcus, zoals die blijkt uit de bijlage van de SLA, is bij gebrek aan vergelijkende cijfers evenmin reden om anders te oordelen. Nagtzaam heeft niet onderbouwd dat andere ICT-dienstverleners voor een bedrag vergelijkbaar met de door haar

maandelijks aan Arcus verschuldigde vergoeding van € 7.785,- exclusief btw wel bereid en in staat waren geweest een mate van toegang of beschikbaarheid toe te zeggen als door Nagtzaam gesteld.

- 7.13 Nagtzaam heeft nog gewezen op de in de concept-SLA van 15 januari 2016 opgenomen beschikbaarheidspercentages maar dat kan haar evenmin baten. Die SLA is niet tussen partijen overeengekomen. Verder valt niet in te zien dat dat concept zou invullen wat in de eerdere SLA van 2011 aan concrete norm van beschikbaarheid ontbreekt. Daarbij ziet Nagtzaam er aan voorbij dat de in de concept-SLA genoemde percentages zijn opgenomen in de paragraaf over gepland en ongepland onderhoud, dat het beschikbaarheidsniveau alleen ziet op de werkomgeving en niet ook op de daarbinnen geïnstalleerde applicaties en dat het genoemde niveau 'de na te streven beschikbaarheid' aangeeft. Arcus heeft verder in dat verband, onder verwijzing naar diverse mailberichten, onweersproken aangevoerd dat de insteek van Nagtzaam voor een nieuwe SLA een lager kostenniveau was en niet een hoger service level of betere beschikbaarheid en support.
- 7.14 Tegen de achtergrond van het voorgaande kan de stellingname van Nagtzaam over gegarandeerde toegang of nagenoeg storingsvrije beschikbaarheid als een door Arcus op zich genomen verplichting geen stand houden.
- 7.15 Uit het voorgaande volgt dat niet kan worden aangenomen dat tussen partijen een concrete norm was afgesproken over de mate van toegang tot dan wel beschikbaarheid van de door Arcus aan Nagtzaam aangeboden digitale werkomgeving.

Is Arcus tekortgeschoten in wat zij met Nagtzaam is overeengekomen?

- 7.16 Gelet op het voorgaande geldt in dit geval de algemene norm van artikel 7:401 BW dat een opdrachtnemer bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht moet nemen en moet handelen zoals een redelijk bekwaam en redelijk handelend branche-genoot onder gelijksoortige omstandigheden zou hebben gedaan. Nagtzaam heeft echter ook in het hoger beroep onvoldoende concreet onderbouwd dat de voorgevallen incidenten en/of storingen het gevolg zijn van (een) tekortkoming(en) van Arcus in de hier bedoelde verplichting dan wel dat Arcus in geval van incidenten en/of storingen niet heeft gehandeld zoals Nagtzaam conform het overeengekomen service level mocht verwachten. Het enkele feit dat zich incidenten en/of storingen hebben voorgedaan, is, zo volgt uit wat hiervoor is overwogen, immers niet voldoende voor een conclusie dat Arcus tekort is geschoten.

Is Arcus in een zorgplicht tekortgeschoten?

- 7.17 Volgens Nagtzaam heeft Arcus de op haar, als professioneel leverancier van ICT-diensten en de meest deskundige partij ter zake, rustende zorgplicht tegenover haar klant, Nagtzaam, geschonden door Nagtzaam niet tijdig te waarschuwen dat wat tussen partijen overeengekomen was niet voorzag in wat Nagtzaam verlangde, te weten een nagenoeg storingsvrije toegang tot haar werkomgeving, dan wel door onvoldoende onderzoek te doen naar wat Nagtzaam verlangde.
- 7.18 Dat Arcus een zorgplicht heeft geschonden als door Nagtzaam gesteld, is onvoldoende onderbouwd. In de SLA is in paragraaf 3 in duidelijke bewoordingen weergegeven dat Arcus vanuit haar servercentrum gestandaardiseerde diensten aanbiedt vanuit de twee uitgangspunten van betaalbaarheid en betrouwbaarheid. In de SLA is niet (expliciet of impliciet) vermeld dat wat met het niveau van beheer (goud) en support (zilver) werd overeengekomen, neerkwam een garantie op beschikbaarheid van de werkomgeving dan wel een nagenoeg storingsvrije toegang tot die werkomgeving. Dit geldt te minder omdat uit SLA duidelijk volgt dat Arcus niet de gehele keten van Nagtzaams ICT-infrastructuur onder haar beheer en support nam, terwijl ook uit andere onderdelen van de SLA voldoende duidelijk volgt dat uitval, tijdelijk verminderde of niet beschikbaarheid (van delen) van het systeem zich konden voordoen, in welk geval Nagtzaam - met de nodige beperkingen die volgen uit het (laagste) service level 'zilver' - een beroep kon op de

helpdesk van Arcus, zodat Nagtzaam er vanuit moest gaan dat er zich storingen en ander uitval konden voordoen.

Bij zo'n beschreven dienstverlening en tegenover een professionele wederpartij als Nagtzaam, behoefde Arcus dan ook niet uit zichzelf nog eens te waarschuwen dat die dienstverlening niet zou inhouden een gegarandeerde dan wel een nagenoeg storingsvrije toegang tot haar werkomgeving. Anderzijds mocht Nagtzaam er in deze omstandigheden niet zonder meer van uitgaan dat Arcus zo'n waarschuwing zou doen. De gestelde schending van de zorgplicht kan hier dan ook niet op worden gebaseerd. Dat de afgesproken dienstverlening zodanig was dat Arcus redelijkerwijs had moeten twijfelen of dit wel zou beantwoorden aan wat Nagtzaam stelt te hebben mogen verwachten, en meer onderzoek had moeten doen, acht het hof, gezien het voorgaande, eveneens onvoldoende onderbouwd.

Is Arcus tekortgeschoten in een verplichting de SLA te evalueren en bij te stellen?

- 7.19 Anders dan Nagtzaam meent, volgt uit de SLA niet dat specifiek op Arcus de verplichting rustte om de SLA periodiek aan de orde te stellen. Zowel in § 1.4 als in § 5.1 van de SLA is vermeld dat de SLA gezamenlijk - dus door Arcus én Nagtzaam - periodiek wordt geëvalueerd. Het gaat er daarbij kennelijk om dat wat in de SLA is overeengekomen (§ 1.4) dan wel specifiek aan service level is afgesproken (§ 5.1) periodiek wordt (na)besproken, waarna, als beide partijen dat gewenst vonden, de SLA / het service level konden bijstellen, met, zo blijkt uit § 1.4, een aanpassing van de kosten van de dienst-verlening. Het stond Nagtzaam dus vrij om het initiatief te nemen voor een (na)bespreking van de dienstverlening en een mogelijke aanpassing van de SLA. Nagtzaam heeft niet gesteld dat zij ooit zo'n evaluatie vergeefs aan de orde heeft gesteld en evenmin dat zij bereid was voor een hoger service level meer te betalen. Zij heeft verder niet weersproken dat bij de bespreking van de nieuwe SLA, zoals hiervoor overwogen, haar insteek een lager kostenniveau was en niet een hoger service level of betere beschikbaarheid en support. Dit verwijt is daarmee eveneens onvoldoende onderbouwd.

8 De slotsom

- 8.1 Zowel de grieven als de nader in hoger beroep aangevoerde gronden falen, zodat het bestreden vonnis zal worden bekrachtigd.
- 8.2 Als de (overwegend) in het ongelijk te stellen partij zal het hof Nagtzaam in de kosten van het hoger beroep veroordelen.
- 8.3 De kosten voor de procedure in hoger beroep aan de zijde van Arcus zullen worden vastgesteld op € 5.517,- aan griffierecht en € 2.228,- aan salaris advocaat (2 punten x tarief II à € 1.114,-).

9 De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep:

bekrachtigt het vonnis van de rechtbank Overijssel, locatie Zwolle, van 18 december 2019;

veroordeelt Nagtzaam in de kosten van het hoger beroep, tot aan deze uitspraak aan de zijde van Arcus vastgesteld op € 5.517,- voor verschotten en op € 2.228,- voor salaris overeenkomstig het

liquidatietarief;

verklaart dit arrest voor zover het de hierin vermelde proceskostenveroordeling betreft uitvoerbaar bij voorraad;

wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit arrest is gewezen door mrs. W.F. Boele, M. Willemse en A. Elgersma en is door de rolraadsheer, in tegenwoordigheid van de griffier, in het openbaar uitgesproken op 29 juni 2021.

¹ zie HR 13 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:1881 (Montis)
