

Contractuele sancties in ICT-dienstverleningscontracten

147 *In ICT-contracten worden vaak typische contractuele sancties opgenomen, zoals service credits. Een privaatrechtelijke analyse van deze sancties maakt duidelijk wat de rechtsgevolgen daarvan zijn.*

1. De kwalificatie van contractuele sancties

In de ICT-sector is het vaak moeilijk om zonder duidelijke handvatten de kwaliteit van de dienstverlening te toetsen. Daarom worden in ICT-dienstverleningscontracten doorgaans objectieve parameters opgenomen waaraan de dienstverlening moet voldoen.

Aan de niet-nakoming van die parameters zijn vaak sancties verbonden om te verzekeren dat de dienstverlener ook daadwerkelijk zijn verplichtingen nakomt. De juridische kwalificatie van de contractuele sancties is tevoren niet altijd helder, terwijl het wettelijk kader wel vanuit een duidelijke systematiek is opgesteld. Sommige bepalingen kunnen bijvoorbeeld als partiële ontbindingsmogelijkheid worden gezien, andere als exoneratie, of juist als contractuele boete. Deze juridische kwalificatie van een clause in een dienstverleningscontract kan, als gevolg daarvan, onverwachte gevolgen hebben.

In deze bijdrage brengen wij de belangrijkste contractuele sancties in ICT-dienstverleningscontracten in kaart, analyseren de juridische kwalificatie daarvan en bespreken vervolgens de consequenties van deze kwalificatie. Op deze wijze hopen wij een beeld te schetsen van de ware betekenis van een aantal vaak voorkomende contractuele sancties in ICT-dienstverleningscontracten en zodoende bij te dragen aan het formuleren van bepalingen die aansluiten bij de bedoelingen van partijen.

2. De betekenis van ICT-dienstverleningscontracten

De ICT-sector is van aanvang af een bedrijfstak geweest waarin naast het verstrekken van softwarelicenties en het verkopen van computerapparatuur, dienstverlening een belangrijke rol heeft gespeeld. De dienstverlening was doorgaans ondersteunend, bijvoorbeeld in het kader van de selectie van systemen of de invoering daarvan. De voortschrijding van de techniek, de opkomst van het internet en de integratie van ICT met bedrijfsprocessen heeft er echter voor gezorgd dat steeds meer bedrijven en overheden in afnemende mate eigen ICT-systemen of -afdelingen hebben. Liever maken zij gebruik van de diensten van professionele derden, wier bedrijfsvoering uitsluitend is gericht op hoogwaardige ICT-dienstverlening, en die waar dan ook ter wereld gehuisvest kunnen zijn. Dat is vaak kostenefficiënt en bevordert meestal ook de kwaliteit van die dienstverlening.² De keerzijde van het gebruikmaken van de ICT-diensten³ van een derde (zeker bij 'outsourcing'), is dat de opdrachtgever sterk afhankelijk wordt van die derde. De bedrijfsvoering van

moderne ondernemingen is inmiddels in hoge mate gegrond op het adequaat functioneren van de automatisering. Als een bank voor het voeren van haar grotendeels geautomatiseerde administratie bijvoorbeeld een beroep moet doen op derden, kan zij in het hart van haar bedrijfsvoering worden geraakt wanneer die derde tekort schiet in de nakoming van zijn verplichtingen. Deze tekortkoming kan vervolgens ook grote financiële gevolgen hebben: door een hapering kunnen geautomatiseerde betaalsystemen immers stilvallen en kan belangrijke informatie verloren gaan.⁴ Daar komt nog bij dat ICT-systemen vaak kwetsbaar zijn en het – gezien het geleverde maatwerk en/of de niet volledig gedocumenteerde expertise – niet eenvoudig is om van leverancier te wisselen. Ook staat de opdrachtgever qua kennisniveau vaak op achterstand en is de inhoud van de dienstverlening moeilijk meetbaar. De opdrachtgever kent de onderliggende technieken of werkwijzen niet (meer) en kan mede daarom ook niet altijd waarnemen of de leverancier wel aan zijn verplichtingen heeft voldaan, en zo nee, of dit aan de leverancier toe te rekenen is. Hoe kan bijvoorbeeld worden gemeten of een website die door een leverancier wordt beheerd de afgesproken 7 × 24 uur 'in de lucht' is geweest? Het is vaak diezelfde leverancier die daarover moet rapporteren.

Gezien de kennisvoorsprong van de leverancier, de geringe invloed van de opdrachtgever op de wijze van dienstverlening, en de mogelijke verstrekkende gevolgen van een hapering in de ICT-dienstverlening, wil de professionele opdrachtgever daarom zoveel mogelijk risico's bij de dienstverlener neerleggen. Die dienstverlener heeft uiteraard een tegengesteld belang. Vooral indien de dienstverlener een relatief geringe vergoeding ontvangt in verhouding tot de hoogte van de mogelijke schade die zijn opdrachtgever of derden kunnen lijden, is de dienstverlener niet bereid of in staat volledige aansprakelijkheid te aanvaarden voor mogelijke tekortkomingen. Van belang is hierbij dat de kwaliteit van de dienstverlening niet alleen afhankelijk is van hetgeen de dienstverlener technisch kan waarmaken, maar ook van de prijs die de opdrachtgever hiervoor wil betalen. Om een simpel voorbeeld te noemen: wanneer een opdrachtgever niet alleen gebruikmaakt van een rekencentrum, maar ook een uitwijkdienst afneemt, zal de storingsgevoeligheid van een

1 Mr. W.F.R. Rinzema en mr. H.N. Schelhaas zijn beiden advocaat bij Stibbe in Amsterdam.

2 Zie nader L. Moerel en B. van Reeken, *Outsourcing, een juridische gids voor de praktijk*, Kluwer: Deventer 2006, o.m. p. 7-10.

3 Wij doelen met deze term op een veelheid aan diensten zoals outsourcing, rekencentra, webhosting, Application Service Providing, Managed Services e.d.

4 Uiteraard hebben banken hiervoor allerhande voorzieningen getroffen zoals back-up of uitwijksystemen. Niettemin blijken systemen, zoals die voor het verrichten van pintransacties, om velerlei redenen van tijd tot tijd niet beschikbaar te zijn.

computerdienst vrijwel zeker lager zijn. Als een computernetwerk 'redundant' wordt uitgevoerd, zal een tweede verbinding de uitval automatisch overnemen. Met andere woorden: indien de opdrachtgever voor een lagere prijs een minder omvangrijk ICT-product koopt, kunnen de kansen op storingen groter zijn. Het aanvaarden van de volledige aansprakelijkheid van de dienstverlener, indien deze kans zich ook manifesteert, is dan niet redelijk: de afnemer had ervoor kunnen kiezen de kans op storingen en/of schade te verkleinen. Indien deze kans zich verwezenlijkt, komt dit geheel of gedeeltelijk voor zijn risico. Ook al kan een opdrachtgever miljoenen schade lijden wanneer zijn computernetwerk langdurig 'down' is, de dienstverlener die maandelijks € 10 000 factureert zal gezien deze relatief geringe tegenprestatie niet bereid en in staat zijn deze schade te vergoeden.

Eén van de problemen bij de vraag of de dienstverlener tekort is geschoten in zijn dienstverlening, is de omstandigheid dat de inhoud en de wijze van uitvoering van de dienstverlening dus moeilijk meetbaar zijn. Op grond van de bewijsrechtelijke hoofdregel uit art. 150 Rv zal degene die zich op de tekortkoming beroept (de opdrachtgever) dit ook moeten bewijzen. Omdat de opdrachtgever vaak geen zicht heeft op de inhoud van de werkzaamheden van de opdrachtnemer en bewijs van de tekortkoming daarom moeilijk is, heeft zich in de praktijk een aantal contractuele instrumenten ontwikkeld om de meetbaarheid van de dienstverlening te verhogen. Aan deze contractuele parameters zijn vervolgens sancties gekoppeld om de prestaties (buitengerechtelijk) af te dwingen, of althans om ervoor zorg te dragen dat de dienstverlener zich onder druk van deze contractuele sancties aan zijn verplichtingen houdt. Wij gaan in de navolgende paragraaf eerst kort op een aantal van deze contractuele parameters in, waarna wij de sancties in beeld zullen brengen.

3. Meetbaarheid en zekerheid

Eén van de meest gehanteerde contractuele parameters die de meetbaarheid van de prestaties van de ICT-dienstverlener verhoogt, is de zogenoemde 'Service Level Agreement' oftewel 'SLA'.⁵ In een Service Level Agreement wordt gepreciseerd welk niveau verschillende technische componenten van de geleverde dienst moeten behalen.

Van SLA's wordt wel gesteld dat deze 'zijn te onderscheiden van andere contracten, omdat zij zich concentreren op meetbare, zij het niet binaire, prestaties in een duurrelatie'.⁶ Dat is echter niet altijd het geval. Want of deze SLA's werkelijk de kwaliteit van de prestaties vastleggen, is afhankelijk van de bewoordingen van het contract. Zo wordt in een SLA geregeld vastgelegd dat een helpdesk gedurende een aantal uren per dag beschikbaar moet zijn, of dat een storingsoplossing binnen een bepaalde tijdsspanne een aanvang moet hebben genomen, bij gebreke waarvan een contractuele sanctie dreigt. Beide bepalingen leggen uiteraard niet de *kwaliteit* van de gecontracteerde dienstverlening vast, maar richten zich louter op de vraag naar de wijze en mate van herstel van de gebreken in de prestatie.⁷ Een goede SLA is daarom een mix van enerzijds gedetailleerde regelingen over talloze onderwerpen waarvan de uitvoering beheersbaar is, zoals de snelheid waarmee met het verhelpen van storingen wordt aangevangen of waarmee noodmaatregelen ('patches') beschikbaar worden gesteld en anderzijds 'absolute' garanties, zoals de zekerheid omtrent het functioneren van een ICT-

systeem. In feite is er dus sprake van twee samenhangende assen; enerzijds die van de gegarandeerde procedures en anderzijds die van de gegarandeerde resultaten. In de ICT kan dit duo niet zonder elkaar.

Omdat het behalen van een technische *Service Level* van bepaalde delen van een ICT-dienst niet automatisch betekent dat een ICT-dienst als zodanig perfect werkt in het bedrijf van de cliënt, wordt vaak gebruik gemaakt van een ander instrument om prestaties meetbaar te maken, namelijk zogenoemde 'key performance indicators' oftewel 'KPI's'.⁸ KPI's zijn doorgaans aspecten van de dienstverlening of onderdelen van de Service Levels die voor de organisatie van de opdrachtgever cruciaal zijn en waarop hij de dienstverlener wil kunnen afrekenen. Het gaat dan niet zozeer om het niveau van een technisch aspect van de dienst, maar om de voor de cliënt meetbare toepassing ervan. Om een voorbeeld te geven: voor een opdrachtgever is niet relevant of een *deel* van de technische applicatie van een dienst al dan niet goed werkt, maar of hij de dienst in zijn geheel goed kan *toepassen* in zijn bedrijfsvoering. De KPI's kunnen liggen in de sfeer van de techniek zelf, zoals de beschikbaarheid van een ICT-systeem, maar ook in de sfeer van de dienstverlener zoals 'tevredenheid van de feitelijke gebruikers van de diensten' of de snelheid waarmee wijzigingsverzoeken kunnen worden opgevolgd. Een andere manier om te trachten de dienstverlening meetbaar te maken, is het koppelen van de betaling voor de dienstverlening aan de oplevering van zekere producten (zoals rapportages), of aan 'acceptaties', dat wil zeggen door de opdrachtgever en de dienstverlener gezamenlijk uitgevoerde testprocedures. Ten slotte kunnen ook 'audits' en 'Third Party Statements' soelaas bieden: het geleverde ICT-systeem wordt dan (extern) getoetst.

In het contract worden vervolgens vaak sancties opgenomen indien de normen voor de dienstverlening niet worden gehaald.

4. Het wettelijk regime

De vraag rijst welke mogelijkheden de opdrachtgever heeft als de dienstverlener zich niet aan SLA's houdt, of de KPI's niet haalt. Om dit goed te kunnen duiden, gaan wij eerst in op het wettelijk privaatrechtelijk systeem met betrekking tot contractuele sancties bij niet-nakoming, waarna wij de specifieke gevolgen voor de hierboven besproken sanctiemechanismen in ICT-contracten bespreken.

5 Zie over SLA's onder meer V.J.A. Sütö, 'Prestatieafspraken', in: B. Wessels (red.), *Contracten maken*, Kluwer: Deventer 2007, p. 121 en 122; P. Wit en C.E. Drion, 'De Service Level Agreement: een bijzondere overeenkomst', *Contracteren* 2005/2, p. 32 e.v.

6 Aldus het redactioneel commentaar bij voornoemde publicatie.

7 Eerstgenoemde auteur van deze bijdrage heeft eerder de visie verkondigd dat een overeengekomen norm van beschikbaarheid van een ICT-dienst van bijvoorbeeld 98% (bijv. de server moet 98% van de tijd in de lucht zijn) inhoudt dat de leverancier zich wel dient te richten op het realiseren van 100% beschikbaarheid maar dat geen sancties mogelijk zijn als de overeengekomen norm van 98% wel wordt gehaald: zie W.F.R. Rinzema, 'De juridische kwalificatie van outsourcingovereenkomsten', *Computerrecht* 2005, 26, p. 173-176. L. Moerel en B. van Reeken, *Outsourcing, een juridische gids voor de praktijk*, Kluwer: Deventer 2006, p. 123 bestrijden deze visie en menen dat de zorgplicht van de leverancier 'dan ook op die service levels zal zien'. Volgens hen dient anders uitdrukkelijk te worden bepaald dat de dienstverlening niet-temin op 100% beschikbaar is gericht.

8 Zie nader o.m. Moerel en Van Reeken, a.w., p. 122 e.v.

Allereerst is van belang om onder ogen te zien dat een ICT-dienstverleningscontract moet worden beschouwd als een overeenkomst van opdracht (art. 7:400 BW). Dit betekent onder meer dat de opdrachtgever te allen tijde de overeenkomst kan opzeggen (art. 7:408 BW), althans voor zover de opdrachtnemer nog een 'redelijk loon' wordt verschafte (art. 7:411 BW). Voorts heeft deze kwalificatie tot gevolg dat de leverancier de 'zorg van een goed opdrachtnemer' in acht moet nemen (art. 7:401 BW), bij gebreke waarvan hij schadelijktig is. Wanneer handelt hij dan niet als een 'goed opdrachtnemer'? Bijvoorbeeld indien hij de in het contract opgenomen *Service Levels of KPI's* niet haalt.⁹

Indien de opdrachtnemer tekortschiet in de nakoming van zijn verplichtingen, biedt het BW de opdrachtgever een aantal remedies, waar hij naar vrije keuze¹⁰ gebruik van kan maken. In de eerste plaats kan de opdrachtgever tijdelijk, totdat aan de verplichtingen is voldaan, de betaling van de contractprijs opschorten (art. 6:52 en 6:262 BW). In de tweede plaats kan hij de overeenkomst gerechtelijkt of buitengerechtigkt ontbinden (art. 6:265 BW), tenzij de opdrachtnemer aantoonde dat ontbinding gezien de bijzondere aard of geringe betekenis van de tekortkoming niet gerechtvaardigt is. Hoewel de Hoge Raad de laatste tijd terughoudendheid predikt ten aanzien van gebruikmaking van de uitzondering op het recht van ontbinding ('tenzij'),¹¹ geeft deze vluchtroute wel aan dat de enkele schending van een Service Level niet altijd recht geeft op ontbinding.¹² Om deze onzekerheid te voorkomen, leggen partijen dan ook geregeld vast onder welke omstandigheden, en bij welke tekortkomingen, recht bestaat om de overeenkomst te ontbinden. Ook een partiële ontbinding is overigens mogelijk: het contract wordt dan ontbonden voor zover het ondeugdelijk is nagekomen. Dat heeft als praktisch gevolg dat de opdrachtgever een gedeelte van de betaalde contractprijs kan terugvorderen (de *actio quanti minoris*). In beide gevallen is in de regel nodig dat de dienstverlener in 'verzuim' is, hetgeen doorgaans betekent dat de opdrachtnemer eerst nog een termijn moet worden gegund om alsnog na te komen (art. 6:80 e.v. BW). Dat is niet nodig indien correcte nakoming permanent onmogelijk is: van een dergelijke situatie is bijvoorbeeld sprake indien een deel van de schade zich permanent heeft gemanifesteerd.¹³ In dat geval is (partiële) ontbinding 'rauwelijkt' mogelijk. Ontbinding van een ICT-dienstverleningsovereenkomst is echter niet vaak de meest voor de hand liggende mogelijkheid, omdat de opdrachtgever immers vaak in hoge mate afhankelijk is van de dienstverlener. Een volledige ontbinding van de ICT-dienstverleningsovereenkomst is in dat geval in zoverre geen aantrekkelijke optie, dat bezwaarlijk of slechts tegen hoge kosten een nieuwe dienstverlener kan worden gevonden.

Naast de mogelijkheid van opschorting en ontbinding, kan de crediteur, eventueel onder dwang van een door de rechter opgelegde dwangsom, correcte nakoming vorderen, vergezeld van een vordering tot vertragingsschade. Voor ICT-dienstverleningscontracten is een vordering tot nakoming echter niet altijd een interessante mogelijkheid, omdat meestal pas geruime tijd ná de tekortkoming blijkt dat zich in het verleden een tekortkoming heeft voorgedaan die al blijvende schade heeft veroorzaakt. Voor die blijvende tekortkoming uit het verleden biedt een vordering tot nakoming geen soelaas. Wel kan, indien reeds aanstonds duidelijk is of een concreet vermoeden bestaat dat zich in de toekomst een tekortkoming zal gaan voordoen, onder verbeurte van een

dwangsom nakoming worden gevorderd voor toekomstige verbintenissen.¹⁴

Voorts kan de crediteur (vervangende) schadevergoeding eisen. Voor een schadevergoedingsverbintenis is wel nodig (zie art. 6:74 BW) dat de debiteur *toerekenbaar* tekort schiet, oftewel, de tekortkoming moet aan zijn schuld zijn te wijten, of op grond van wet of rechtshandeling voor zijn rekening komen. Het staat partijen echter vrij om overeen te komen dat degene die een prestatie moet verrichten *altijd* aansprakelijk is voor de schade, zodra hij het beloofde resultaat niet behaalt: in dat geval is sprake van een resultaatsverbintenis en is niet nodig dat de opdrachtnemer toerekenbaar tekort is geschoten. Art. 6:74 BW vereist voorts dat de debiteur in verzuim is, hetgeen zoals hierboven reeds uiteen is gezet normaliter betekent dat hem eerst nog een termijn moet worden gegund om alsnog na te komen, vooraleer hij schadevergoeding dient te betalen.¹⁵

Het manco van de hiervoor aangestipte wettelijke sancties is dat hier vaak een gerechtelijke procedure voor nodig is, bijvoorbeeld om te beoordelen of ontbinding gerechtvaardigt is, of om de hoogte van de schade vast te stellen. Commerciële contractanten trachten een dergelijke route geregeld af te snijden door de sancties in het contract vast te leggen. Eén van de vaak voorkomende contractuele sancties is de contractuele boete (art. 6:91 e.v. BW), die bij voorbaat vastlegt welk bedrag de wederpartij dient te betalen indien hij tekort schiet in de nakoming van zijn verplichtingen. Partijen kunnen hiermee tweërlei doel nastreven. In de eerste plaats dient het boetebeding er vaak (primair) toe om de omvang van de schadevergoeding door een mogelijke tekortkoming bij voorbaat vast te stellen. Komt het tot een tekortkoming, dan weten partijen direct welk bedrag de schadeveroorzaker dient uit te keren en behoeft een rechter niet te worden geadieerd. In de tweede plaats is het boetebeding vaak ook bedoeld als extra prikkel om na te komen: er wordt gepoogd om onder dreiging van een financiële prikkel een tekortkoming van de wederpartij te voorkómen. Partijen spreken in dit geval een bedrag af dat de mogelijke schade overstijgt, of komen overeen dat het bedrag dat bij een tekortkoming moet worden betaald losstaat van enige schadevergoeding. In het laatste geval spreekt men wel van een 'zuiver' boetebeding en kan náást de contractuele boete de volledige wettelijke schadevergoeding worden gevorderd. Omdat het boetebeding in potentie nadelige effecten kan sorteren voor de tekortschietende contractspartij, kent de wet (art. 6:94 BW) de rechter een matigingsbevoegdheid toe: indien de billijkheid dit eist, kan de rechter de contractuele boete matigen. Van deze matigingsbevoegdheid wordt in de regel terughoudend gebruik

9 Zie nader o.m. Rinzeema, a.w., p. 173 e.v.; Wit en Drion, a.w., p. 34.

10 Partijen kunnen in hun contract evenwel anders bepalen, en bijvoorbeeld een vordering tot schadevergoeding uitsluiten, of bepalen dat een overeenkomst niet mag worden ontbonden.

11 Vgl. onder meer HR 22 oktober 1999, NJ 2000, 208, m.nt. JH; HR 4 februari 2000, NJ 2000, 562, m.nt. JMBV.

12 Vgl. ook Wit en Drion, a.w., p. 36.

13 Zie HR onder meer HR 27 november 1998, NJ 1999, 389 (*Van der Meer/Beter Wonen*); HR 22 oktober 1999, NJ 2000, 208.

14 Wit en Drion, a.w., p. 35 wijzen in dit verband op het (reële) gevaar dat opdrachtnemers het contract op een zodanige wijze inrichten, dat slechts een vordering tot nakoming mogelijk is.

15 Zie voor uitzonderingen onder meer art. 6:83 BW. Indien nakoming bijv. blijvend onmogelijk is, is geen ingebrekestelling nodig.

gemaakt.¹⁶ Indien een sanctie in een ICT-dienstverleningscontract kwalificeert als een boetebeding, dan heeft dit een aantal consequenties. Zo heeft dit tot gevolg dat een geadieerde rechter de sanctie op voet van art. 6:94 BW kan verminderen, en dat de overeengekomen sanctie in beginsel¹⁷ in de plaats komt van een wettelijke schadevergoedingsvoeding. Voor de opdrachtgever is dat uiteraard nadelig indien deze sanctie *lager* is dan de schade die hij lijdt.

Wij gaan in het navolgende nader in op de belangrijkste contractuele sancties die vaak in ICT-dienstverleningscontracten voorkomen.

5. Contractuele sancties en de juridische kwalificatie daarvan

5.1. Service credit

De eerste vaak voorkomende sanctie die aan de orde komt, is de zogenoemde 'service credit', een korting die bij tekortschietende dienstverlening aan de opdrachtgever wordt verleend. Deze service credit wordt doorgaans gekoppeld aan KPI's, omdat die 'indicatoren' nu juist het voor de opdrachtgever belangrijke aspect van de dienstverlening vastleggen. De dienstverlener is bijvoorbeeld gehouden om 10% korting te verlenen op de verschuldigde prijs voor de dienstverlening indien hij het overeengekomen serviceniveau of KPI niet behaalt. Een dergelijke afspraak moet doorgaans als een contractuele boete in de zin van art. 6:91 e.v. BW worden beschouwd: partijen spreken immers af dat degene die tekortschiet in de nakoming, een bepaalde prestatie moet verrichten. Deze prestatie behelst in wezen de betaling van een geldsom, die wordt verrekend met de contractprijs. Spreken partijen verder niets af, dan betekent dit dat de opdrachtgever *louter* aanspraak kan maken op deze korting, en niet ook nog (aanvullende) schadevergoeding op grond van de wet kan vorderen. Dat volgt uit art. 6:92 lid 2 BW, op grond waarvan de contractuele boete (hier: service credit) in de plaats komt van de wettelijke schadevergoeding.¹⁸ Partijen kunnen van art. 6:92 lid 2 BW afwijken, maar moeten dit in expliciete bewoordingen doen. Vooral voor de opdrachtgever is het aantrekkelijk om van art. 6:92 lid 2 af te wijken: hij zal doorgaans willen bepalen dat de *service credit* het recht om daarnaast wettelijke schadevergoeding te vorderen, onverlet laat. Laten partijen dat na, dan komt de contractuele boete in de plaats van de schadevergoeding. Is de hoogte van de contractuele boete op een lager niveau vastgesteld dan de schade, dan is dat nadelig voor de opdrachtgever:¹⁹ de contractuele boete werkt dan veeleer als een exoneratie. Weliswaar kan de opdrachtgever op grond van art. 6:94 lid 2 BW verzoeken om de boete aan te vullen tot het niveau van de werkelijk geleden schade, maar hier is een gerechtelijke procedure voor nodig, waarbij geldt dat een dergelijk aanvullingsverzoek zelden wordt ingewilligd. Een langdurige en kostbare juridische procedure te dien einde is geen aantrekkelijk vooruitzicht voor de opdrachtgever die de dienstverlening snel op een adequaat niveau gehandhaafd wil zien, en die vaak de dienstverlening wil continueren. Vanuit het perspectief van de opdrachtgever is het zodoende zaak om zich voor de contractssluiting een goed beeld te vormen van de omvang van de schade bij een tekortkoming, en hier de boete op af te stemmen.

Een andere manier om de opdrachtnemer aan te sporen te voldoen aan de KPI's wordt wel gezien in de bepaling dat

betaling van de contractprijs pas verschuldigd raakt indien de afgesproken KPI's zijn gehaald, of indien een bepaald systeem kan worden opgeleverd. Pas op dat moment is de betaling opeisbaar en kan de opdrachtnemer betaling afdwingen. Dit is zodoende een effectief instrument om de opdrachtnemer aan te sporen tijdig aan zijn verplichtingen te voldoen.

5.2. Exoneraties

Voorts komen met regelmaat exoneraties in ICT-contracten voor: de opdrachtnemer beperkt hierin zijn aansprakelijkheid. Dat kan op een aantal manieren gebeuren. In de eerste plaats door te bepalen dat de opdrachtgever slechts tot een beperkt bedrag aansprakelijk kan worden gehouden. In de tweede plaats door zich vrij te tekenen voor bepaalde soorten schade. Zo wordt in veel contracten bepaald dat de opdrachtnemer geen aansprakelijkheid aanvaardt voor indirecte schade. Ofschon de inhoud van het begrip 'indirecte schade' onduidelijk is, wordt wel aangenomen dat hier in ieder geval bedrijfsstagnatieschade onder valt.²⁰ Dergelijke exoneraties zijn geldig en afdwingbaar, tenzij deze in een voorkomend geval 'naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is' (art. 6:248 lid 2 BW). Dat is bijvoorbeeld het geval indien de opdrachtnemer opzettelijk of bewust roekeloos de schade veroorzaakt: in dat geval kan hij zich niet beroepen op zijn exoneratie en zal hij gehouden zijn om de volledige schade te vergoeden.

5.3. Enige clausules uit de praktijk

In het hiernavolgende gaan wij in op een aantal clausules die wij in de praktijk geregeld tegenkomen, en bespreken wij de juridische kwalificatie en de gevolgen daarvan.

In de eerste plaats wijzen wij op de volgende bepaling in een groot ICT-contract, waarop Nederlands recht van toepassing was:

1.1. *In case of a failure to meet the Service Levels, supplier shall pay to the customer any applicable Service Level Credit in accordance with the terms of the schedule.*

1.2. *The parties agree that (i) the service level credits are not a private penalty but a genuine and reasonable pre-estimate of*

16 Zie recent nog HR 27 april 2007, NJ 2007, 262 (Bart Smit/Intrahof). Zie nader over deze terughoudendheid H.N. Schelhaas, *Het boetebeding in het Europees Contractenrecht* (diss. UU), Kluwer: Deventer 2004, p. 80 e.v.

17 Wel bestaat nog de mogelijkheid om een contractuele boete aan te vullen op grond van art. 6:94 lid 2 BW. De wet dicteert echter een terughoudend gebruik van deze aanvullingsmogelijkheid ('indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist'). In de praktijk wordt dan ook zelden een beroep op deze mogelijkheid gedaan: vgl. Schelhaas, a.w., p. 80 e.v.

18 Zie ook Moerel en Van Reeken, a.w., p. 124.

19 Moerel en Van Reeken, a.w., p. 125, plaatsten nog een aantal andere kanttekeningen bij boeteclausules in ICT-dienstverleningscontracten: zo zijn contractuele boetes die aan een service level zijn gekoppeld minder effectief, bijvoorbeeld omdat bij een slechte presentatie in het begin van de looptijd de boete direct al verbeurd raakt en er zodoende geen financiële prikkel bestaat om voor de resterende weken adequaat na te komen. Dit euvel kan natuurlijk worden voorkomen door het contract nauwkeurig op te stellen.

20 Zie T.F.E. Tjong Tjin Tan, 'Directe schade in het contractenrecht', *MvV* 2007/11, p. 226 e.v. Zie voor ICT-contracten verder Moerel en Reeken, a.w., p. 202. Zij suggereren aan te sluiten bij de begrippen 'zaakschade', 'letselschade', 'gevolgenschade', of 'zuivere vermogensschade.' Ook over deze begrippen, en dan met name het onderscheid tussen gevolgenschade en zuivere vermogensschade, bestaat echter geen absolute helderheid.

the loss which the customer is likely to suffer if the relevant Service Levels are not met, and (ii) the payment of any Service Level Credits shall be without prejudice to any other right or remedy of the customer in this agreement, and (iii) in calculating the loss the customer suffers as a result of breach of contract by the supplier, Service Level Credits paid to the customer in respect of the breach of contract for which the customer is seeking to recover its loss shall be deducted from the damages to which the customer would be entitled.

De hier toegepaste Service Level Credit dient onder het Nederlandse recht zonder meer als een boetebeding ex art. 6:91 BW te worden beschouwd: het voorziet immers in de betaling van een geldsom bij een tekortkoming door de 'supplier'. Partijen hebben art. 6:92 lid 3 en art. 6:93 BW niet van toepassing uitgesloten, hetgeen betekent dat, alvorens de contractuele boete kan worden opgeëist, de 'supplier' eerst in verzuim moet zijn (zie hierboven onder paragraaf 4), en dat de contractuele boete pas opeisbaar is indien de 'supplier' ook toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van zijn verplichtingen: is de tekortkoming te wijten aan overmacht (zie art. 6:75 BW), dan kan de contractuele boete niet worden opgeëist. Het is in het belang van de opdrachtgever om, ter voorkoming van discussies over de toerekenbaarheid van de tekortkoming en de noodzaak van een ingebrekestelling, expliciet te bepalen dat de boete opeisbaar is zonder verzuim, en zonder dat sprake behoeft te zijn van een *toerekenbare* tekortkoming. Partijen zijn in de bovenstaande clause wel van art. 6:92 BW afgeweken (contractuele boete komt in de plaats van de wettelijke schadevergoeding), door te bepalen (art. 1.3 (iii)) dat, voor zover de wettelijke schadevergoeding *hoger* is dan de contractuele boete, de opdrachtgever dit meerdere ook mag vorderen. Deze hogere schade moet natuurlijk wel worden bewezen.

De Service Credits worden vaak conform een schema berekend. Een voorbeeld hiervan:

<i>Server Availability</i>	<i>Service Credit</i>
99% – 99.9% in one calendar month	10%
94% – 98.9% in one calendar month	25%
90% – 93.9% in one calendar month	50%
89.9% or below in one calendar month	100%

Credits will be applied within 30 days as of your credit request. Credits to your account shall be the sole and exclusive remedy in the event that there is no server availability.

De laatste toevoeging maakt duidelijk dat, indien er geen *server availability* is, de *service credit* de enige remedie is. Niet alleen kan een vordering tot nakoming niet meer worden ingesteld, maar de overeenkomst kan evenmin worden ontbonden, noch kan (aanvullende) schadevergoeding worden gevorderd. De vraag is natuurlijk wel wat onder 'no server availability' moet worden verstaan: geldt deze harde bepaling bij elke situatie waarin de 'server availability' niet het vereiste niveau haalt, of slechts indien er *in het geheel geen* 'server availability' is? In het laatste geval, waarbij de opdrachtnemer volledig tekortschiet in zijn verplichtingen, is de uitsluiting van vooral de ontbindingsmogelijkheid vergaand: het zou weliswaar betekenen dat 100% van de contractprijs kan worden teruggevorderd, maar dat het contract (voor de toekomst) in stand blijft. In een dergelijk geval achten wij een

succesvol beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid, op grond waarvan bepalingen terzijde kunnen worden gesteld (art. 6:248 lid 2 BW) voorstelbaar. Verder wijzen wij erop dat deze bepaling tevens een verkapte exoneratie inhoudt: aanvullende schade, die hoger is dan de afgesproken contractprijs, komt niet voor vergoeding in aanmerking.

In het verlengde van het voorgaande, wijzen wij op de volgende bepaling:

As part of the overall service delivery to our customers X provides a Service Level Agreement on critical infrastructure components present in the data centers. X offers a Service Level Agreement scheme to customers in which service credits will be paid in case X is not able to operate the data centers to the service levels as presented below. Service credits can solely be used to purchase engineering hours at the data center where the customer is located at.

Ook deze bepaling is een contractuele boete: hoewel het gaat om een prestatieverplichting in natura (de *service credit* moet worden gebruikt om *engineering hours* te kopen), is deze verplichting gesteld op de niet-nakoming van het afgesproken *Service Level*. Ook de verplichting tot betaling van een boete in natura wordt krachtens art. 6:91 BW expliciet als boete-clausule beschouwd. Omdat partijen de bepalingen omtrent het boetebeding (art. 6:91 e.v. BW) niet van toepassing hebben uitgesloten, kunnen deze *service credits* pas worden opgeëist indien sprake is van i) verzuim (art. 6:93 BW), en ii) een *toerekenbare* tekortkoming (art. 6:92 lid 3 BW). Voorts kan de opdrachtnemer niet zowel de *service credit* als nakoming vorderen van dat deel van de verbintenis dat niet (adequaat) is nagekomen (art. 6:92 lid 1 BW) en kan de opdrachtgever geen (aanvullende) wettelijke schadevergoeding vorderen (art. 6:92 lid 2 BW). De mogelijkheid de overeenkomst te ontbinden wordt echter niet uitgesloten: die optie staat de opdrachtgever nog wél ten dienste.²¹

Tot slot vestigen wij de aandacht op de volgende clause:

'Indien de beschikbaarheid van de helpdesk minder is dan het overeengekomen percentage, dan zal contractant een boete van X verbeuren. Indien de gerealiseerde beschikbaarheid een afwijking in negatieve zin van meer dan 1% bedraagt, dan heeft de opdrachtgever het recht de overeenkomst met een opzegtermijn van 6 maanden te beëindigen, zonder dat hieruit voor contractant enig recht tot schadevergoeding ontstaat. De boete laat de overige rechten van opdrachtgever, waaronder die op schadevergoeding en/of volledige nakoming, onverlet.'

Hoewel deze clause op het eerste gezicht een *recht* op beëindiging toekent, beperkt deze clause in werkelijkheid het recht op ontbinding dat de wet de opdrachtgever al toekent. Want waar de opdrachtgever normaliter bij elke tekortkoming mag ontbinden (art. 6:265 BW: zie hierboven), kan dat krachtens deze bepaling pas bij een afwijking van de be-

21 Voor de vraag of naast de ontbinding, ook een contractuele boete kan worden gevorderd: zie Schelhaas, a.w., p. 271 e.v.

schikbaarheid van 1%. Voorts schrijft deze bepaling een opzegtermijn van 6 maanden voor, waar het wettelijke regime geen termijn stelt, maar hooguit de verzuimregeling van toepassing is.

Deze korte verkenning van een aantal clausules dat in de praktijk wordt gehanteerd, laat zien dat de juridische kwalificatie van een beding grote privaatrechtelijke consequenties kan hebben.

6. Conclusie

In deze bijdrage hebben wij besproken dat het opnemen van contractuele sancties in ICT-dienstverleningscontracten essentieel is om te verzekeren dat de dienstverlener zijn verplichtingen nakomt. Tegelijkertijd hebben wij laten zien dat de juridische kwalificatie van clausules in ICT-dienstverleningscontracten niet altijd op voorhand duidelijk is, maar wel essentieel is om de vaak verstreckende rechtsgevolgen te be-

palen. Omdat een *service credit* bijvoorbeeld meestal als een contractuele boete kwalificeert, dient de opdrachtgever die zeker wil stellen dat hij bij een tekortkoming niet slechts de boete kan vorderen maar ook de – hogere – wettelijke schadevergoeding, dit expliciet op te nemen in het contract. Ook dienen contractpartijen die een contractuele boete willen opnemen bij een contract, maar niet willen dat het contract in dit geval kan worden beëindigd, dit expliciet in hun contract op te nemen. Bij gebreke van een dergelijke bepaling kunnen partijen immers de overeenkomst bij een tekortkoming ontbinden.

Met de bovenstaande ‘tour d’horizon’ van het privaatrechtelijke systeem en van enige vaak voorkomende contractuele sancties in ICT-contracten, hopen wij inzichtelijk te hebben gemaakt welke gevolgen *Service Credits*, boeteclausules, en beëindigingsclausules kunnen hebben, voor welke rechtsgevolgen partijen beducht moeten zijn en hebben wij laten zien dat het redigeren van contractuele sancties – om in ICT termen te spreken – maatwerk is.