

**Rechtbank
Utrecht Sector handels-
en familierecht 8 juli
2009, 236199 / HA ZA 07-
1677**

computerrecht

Partijen:

Vonnis van 8 juli 2009

in de zaak van

de rechtspersoon naar buitenlands recht
RAINDROP INFORMATION SYS-
TEMS LTD,

gevestigd te Londen,

eiseres in conventie,

verweerster in reconventie,

procesadvocaat mr. J.M. van Noort,

advocaat: mr. G. Brunt

tegen:

de besloten vennootschap met beperkte
aansprakelijkheid

ASR VERMOGENSBEHEER B.V.,

(voorheen FORTIS VASTGOED B.V.)

gevestigd te Utrecht,

gedaagde in conventie,

eiseres in reconventie,

procesadvocaat mr. S.P.J.F. Zwanen,

advocaat: mr. E. de Lange.

Partijen zullen hierna Raindrop en
Fortis genoemd worden.

In conventie en in reconventie

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure
blijkt uit:

- het tussenvonnissen van 12 december 2007
- de conclusie van antwoord in reconventie
- het proces-verbaal van comparitie van 1 april 2008, inclusief de brieven van 18 en 27 maart 2008 met producties van de zijde van Raindrop
- de conclusie van dupliek in conventie en van repliek in reconventie, tevens houdende akte vermeerdering van eis
- de conclusie van dupliek in reconventie

editor: Martine de Koning

- akte van depot van 17 september 2008
- de pleidooien, de ter gelegenheid daarvan door Raindrop overgelegde stukken en de akte vermindering van eis van de zijde van Raindrop.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De feiten

2.1. De naam van Fortis Vastgoed B.V. is per 19 december 2008 gewijzigd in ASR Vastgoed B.V. en vervolgens per 9 februari 2009 in ASR Vermogensbeheer B.V.

2.2. In 2001 is Fortis op zoek gegaan naar een leverancier die een (standaard) software pakket kon leveren, ter vervanging van haar verouderde vastgoed-beheersysteem OGA. Raindrop is een softwarebedrijf dat zich richt op de ontwikkeling en levering van software-systemen voor de vastgoed sector.

Raindrop heeft onder meer de software Manhattan Property Management System (hierna: Manhattan software) ontwikkeld.

2.3. Op 26 maart 2003 is tussen partijen de 'Agreement for the supply of software and services' gesloten (hierna: de oorspronkelijke overeenkomst). Hierbij is onder meer overeengekomen dat Raindrop (delen van) de Manhattan software aan Fortis zal leveren en installeren.

2.4. In verband met het voorgenomen in gebruik nemen van de nieuwe software zijn met de betrokken Fortis medewerkers werkgroepen gehouden, waaruit verschillende wensen ten aanzien van de Manhattan software naar voren zijn gekomen ('enhancements').

In oktober 2003 is daarom tussen partijen de 'Manhattan Property System Licence Amendment No.1' opgesteld (hierna: de Amendment), waarin is opgenomen dat Raindrop ermee instemt om bepaalde, in appendix 1 (niet opgenomen, red.) beschreven enhancements, te ontwikkelen. Verder is aangegeven dat de appendix 1 lijst van enhancements definitief wordt vastgesteld wanneer alle werkgroepen zijn gehouden.

2.5. In artikel 17 van de oorspronkelijke overeenkomst is de 'Change Control' procedure opgenomen, waarin onder meer is geregeld dat ieder verzoek van Raindrop of van Fortis om

wijzigingen aan te brengen in het project plan schriftelijk bij de Project Manager van de andere partij moet worden gedaan. Op 30 mei 2003 is door Raindrop een zogenaamde 'Change Control Form' (hierna: CC) opgesteld. In deze CC 01 is als reden voor de wijziging van het project opgegeven:

'Change in overall scope of project and policy decision by Fortis on carrying out all the Financial Processing via Manhattan, instead of an Interface between Manhattan and the current Financial System.'

Verder is opgenomen:

'This change of scope will also have some financial impact on the project due to above reason (extra development required).'

2.6. Op 24 juni 2004 hebben partijen een 'Letter of Intent' opgesteld (hierna: LoI). Hierin is onder meer het volgende opgenomen:

'The objective of this Letter of Intent is to have the software as specified in the original contract, together with the enhancements as listed in the amendment to the original contract 'Manhattan Property System Licence Amendment I entered into between parties in October 2003 (...) in production on or before 1 February 2005.'

The software as specified in the original contract together with the enhancements listed in the amendment is hereinafter referred to as software Phase 1.

The delivery of all activities and products concerning specifications, development, realisation and RIS QA of software enhancements phase 2 will be referred to as software Phase 2.'

2.7. Na CC 01 zijn er door Raindrop nog 32 andere CC's opgesteld, naar aanleiding van verzoeken tot wijziging van Fortis, die zijn goedgekeurd door Fortis met uitzondering van CC017 die uiteindelijk niet door Fortis is doorgezet en CC014 waarvoor geen goedkeuring van Fortis is verkregen. De laatste CC033 is op 10 april 2006 opgesteld.

2.8. Op 2 september 2004 zendt Fortis om

een brief aan Raindrop. Hierin is onder meer het volgende opgenomen:

'With this letter we, the members of the nOGA Steering Committee, would like to respond to the recent developments. (...)

We are extremely worried about this state of affairs. (...)

We therefore assume that we will have the agreed software available on time and working properly, so that we can avoid having to activate the penalty clause agreed upon.'

2.9. Op 15 februari 2005 zendt Fortis weer een brief aan Raindrop, waarin onder meer het volgende is opgenomen:

'On behalf of the Fortis members of the Steering Committee, I would like to make the following observations in response to your letter of 24 January 2005 and last week's discussions: (...)

Fortis therefore wants to make clear that we except from RIS delivery of software enhancements and changes in conformity with planning; in other words on or before 31 March 2005 for E-banking and DOSIS and on or before 30 April for Managing Agent Reconciliation including the specific DOSIS template. (...)

Fortis is still confident about the success of the Manhattan project, the quality of the Manhattan software and Raindrop's organisation and staff. We will communicate accordingly in the Dutch market. However, we want to make it absolutely clear to RIS that we can't afford any problems in software delivery anymore.'

2.10. Tot slot hebben partijen rond eind februari 2005 de 'Addendum to the Letter of Intent dated 24th June 2004' getekend (hierna: Addendum LoI). Hierin is onder meer het volgende opgenomen:

'(...) The parties have agreed that the software requirements arising from the Change Controls raised during the course of the project will be developed and delivered by Raindrop on or before the dates shown in Appendix 1 for the respective items. (...)

In the event of items 1 or 2, in Appendix 1 being delivered after the Penalty from Date of the 7th April 2005 shown in Appendix 1 a penalty of €22,400 (20

days) will apply and will be deducted from the final payment of €63,400. (...)

Uit Appendix 1 bij het Addendum LoI blijkt dat item 1 'Electronic Banking' is met als opleveringsdatum 31 maart 2005.

2.11. Uit de Manhattan Status Rapportage per 2 december 2005 (het 'smiley-rapport') blijkt dat op die datum het merendeel van de kernfunctionaliteiten van Manhattan is getest en functioneert. Er zijn op dat moment geen zogenaamde 'showstoppers' aanwezig.

2.12. Op 10 mei 2006 deelt Fortis aan Raindrop mee dat het project wordt stopgezet, welke mededeling is gevolgd door een brief van 15 september 2006 waarbij Fortis de ontbinding van de overeenkomsten inroept.

3. Het geschil

3.1.

1. Raindrop vordert in conventie een verklaring voor recht dat:

- a. de buitengerechtelijke ontbinding van 15 september 2006 geen doel heeft getroffen en de overeenkomsten tussen partijen in stand zijn gebleven;
- b. ook als de rechtbank zou oordelen dat de ontbinding van de overeenkomsten een feit is, Fortis (ernstig) tekort is geschoten in de nakoming van de tussen partijen gesloten overeenkomsten, althans dat Fortis onrechtmatig heeft gehandeld door de wijze waarop zij de uitvoering van de overeenkomsten onmogelijk heeft gemaakt en dat Fortis aansprakelijk is voor alle daaruit voortvloeiende schade – behoudens de onder 2b te noemen schade – nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;

2. Verder vordert Raindrop – samen – veroordeling van Fortis tot betaling:

- a. – na vermindering van eis – van €515.123,54 aan onbetaald gebleven facturen, vermeerderd met contractuele- en wettelijke handelsrente vanaf de vervaldatum van ieder der facturen tot aan de dag der algehele voldoening;
- b. van €252.947,00 als vergoeding van de schade die verband houdt met de staking van het project en die betrekking heeft op het onderhanden

werk betreffende reeds door Fortis verstrekte opdrachten, vermeerderd met contractuele- en wettelijke handelsrente vanaf 10 mei 2006, althans 3 juli 2007 tot aan de dag der algehele voldoening;

3. Ook vordert Raindrop een verwijzing naar de schadestaat procedure ten einde vast te stellen wat het bedrag aan schade is dat Raindrop heeft geleden door het toerekenbaar tekortschieten van Fortis, althans ten gevolge van het onrechtmatig handelen zoals dat in het lichaam van de dagvaarding is beschreven;

4. Ten slotte vordert Raindrop Fortis te veroordelen in de kosten.

3.2. Fortis voert verweer in conventie en verzoekt de rechtbank: primair de vorderingen van Raindrop af te wijzen; en

subsidiair – voor zover de rechtbank van oordeel is dat Fortis gehouden is om (een deel van) de door Fortis betwiste en beweerdelijk openstaande facturen van Raindrop te voldoen – het bedrag dat Fortis dient te betalen te verminderen (verrekenen) met de boetebedragen ter hoogte van €44.800,00 die door Raindrop ingevolge het Addendum LoI aan Fortis zijn verbeurd, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 31 maart 2005 en met veroordeling van Raindrop in de kosten.

3.3.

1. Fortis vordert in reconventie een verklaring voor recht dat de oorspronkelijke overeenkomst, de Amendement, de LoI en de Addendum LoI door Fortis bij brief van 15 september 2006 rechtsgeldig zijn ontbonden, althans subsidiair door de rechtbank zijn ontbonden;

2. Verder vordert Fortis – samengevat – veroordeling van Raindrop om alle bedragen die Fortis aan Raindrop heeft betaald uit hoofde van de bovenstaande overeenkomsten terug te betalen, vermeerderd met contractuele- en wettelijke rente;

3. Ook vordert Fortis veroordeling van Raindrop om de schade te vergoeden die Fortis heeft geleden als gevolg van niet-nakoming door Raindrop van de bovenstaande overeenkomsten, het niet-beschikbaar zijn van Manhattan, de aanvullende investeringen die Fortis heeft moeten doen om haar vastgoed-informatiesysteem OGA operationeel te houden en alle overige kosten die Fortis heeft moeten maken die verband hou-

den met het Manhattan-project, met verwijzing naar de schadestaat procedure om de hoogte van de geleden schade vast te stellen;

4. Ten slotte vordert Fortis Raindrop te veroordelen in de kosten.

3.4. Raindrop voert verweer in reconventie.

3.5. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

4.1. Gelet op de verwevenheid van de vorderingen in conventie en in reconventie ziet de rechtbank aanleiding voor een gezamenlijke behandeling.

Rechtsmacht en toepasselijk recht

4.2. Nu Raindrop gevestigd is op het grondgebied van een andere staat dan Nederland en de vordering uit dien hoofde een internationaal karakter draagt, dient allereerst de vraag te worden beantwoord of de Nederlandse rechter bevoegd is van de vordering kennis te nemen. Deze vraag wordt beantwoord aan de hand van de Verordening (EG) nr. 44/2001 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (hierna: EEX-Vo), omdat zowel Nederland als het Verenigd Koninkrijk hierbij verdragsluitende partij zijn. Nu artikel 24.4 van de tussen partijen gesloten (oorspronkelijke) overeenkomst de Nederlandse rechter exclusief bevoegd verklaart in de zin van artikel 23, eerste lid, EEX-Vo en nu Fortis gevestigd is in het arrondissement van deze rechtbank, acht de rechtbank zich bevoegd tot kennisname van de vordering van Raindrop. In de tussen partijen gesloten overeenkomst is verder, eveneens onder 24.4, een rechtskeuze voor Nederlands recht opgenomen. De vordering van Raindrop zal daarom naar Nederlands recht worden beoordeeld.

Grondslag vorderingen

4.3. Raindrop legt aan haar vorderingen ten grondslag dat de overeenkomsten nog steeds voortduren, omdat de brief van 15 december 2006 van Fortis niet het door haar beoogde rechtsgevolg van ontbinding van de overeenkomst heeft gehad. Van het verlopen van fatale termijnen of een ingebrekestelling is geen sprake geweest. Fortis is tekort geschoten in de nakoming van de overeenkomsten door Raindrop te beletten

de overeengekomen prestaties te verrichten. Raindrop vordert betaling van de uitstaande facturen voor de door haar verrichte werkzaamheden en een vergoeding van de werkzaamheden die door toedoen van Fortis geen doorgang hebben gevonden. Tot slot is Raindrop van mening dat Fortis aansprakelijk is voor de schade die voortvloeit uit het tekortschieten van Fortis, althans de onrechtmatige wijze waarop de uitvoering van de overeenkomst door Fortis is gefrustreerd.

Fortis voert aan dat Raindrop niet in staat was de software tijdig en functionerend aan haar aan te leveren, zodat Raindrop in strijd met de oorspronkelijke overeenkomst handelde. Daarom heeft Fortis de overeenkomsten ontbonden en vordert zij in reconventie terugbetaling van alle aan Raindrop betaalde bedragen, alsmede een door Raindrop te betalen schadeloosstelling.

Inhoud overeenkomst

4.4. Ter onderbouwing van haar vorderingen stelt Raindrop dat in de oorspronkelijke overeenkomst en de Amendment tussen partijen is overeengekomen dat Fortis verschillende onderdelen van de standaardoplossing Manhattan software zou afnemen, waarbij Raindrop voor het implementeren hiervan zou zorgdragen. Door CC01 (weergegeven onder 2.5) kreeg het project volgens Raindrop een aanzienlijk grotere omvang en veranderde het van aard. Het project werd een softwareontwikkelingstraject, waarin behalve het implementeren van de standaard onderdelen ook maatwerkoplossingen voor Fortis werden ontwikkeld, zoals het binnen de Manhattan software inrichten van een financieel systeem. Deze wijziging van het project is vervolgens door partijen vastgelegd in de LoI van 24 juni 2004.

Fortis voert aan dat nooit sprake is geweest van een softwareontwikkelingstraject, maar dat zij gekozen heeft voor een standaardoplossing, die nagenoeg zonder ontwikkeling van maatwerksoftware kon worden geïmplementeerd. Op basis van een door Raindrop ingevulde vragenlijst in het kader van een door Fortis in de periode januari 2002 tot juli 2002 uitgevoerd alternatievenonderzoek mocht Fortis verwachten dat alle door haar gewenste functionaliteiten standaard door Raindrop konden worden aangeboden in de verschillende beschikbare modules, aangevuld met

parametrisering en enige aanpassingen voor de Nederlandse markt.

4.5. Door Raindrop is niet weersproken dat de oorspronkelijke overeenkomst alleen het opleveren van een standaardpakket betrof. Dat Fortis in de aanloop tot het sluiten van de (oorspronkelijke) overeenkomst gericht was op het afnemen van een standaardpakket en zij hiervoor uitdrukkelijk heeft gekozen, zoals Fortis uitgebreid heeft betoogd, sluit hierbij aan. Naar het oordeel van de rechtbank blijkt uit CC 01 en de mede ten aanzien daarvan tussen partijen gesloten LoI echter onmiskenbaar dat de oorspronkelijke overeenkomst (waarbij standaard producten zouden worden opgeleverd, aangevuld met de 'enhancements' uit de Addendum) is aangevuld met het ontwikkelen en opleveren van nieuwe door Raindrop te ontwikkelen software. De bewoordingen van zowel CC 01 ('carrying out all the Financial Processing via Manhattan, instead of an Interface between Manhattan and the current Financial System'), als van de LoI laten geen andere conclusie toe. Uit de LoI blijkt duidelijk dat een onderscheid gemaakt wordt tussen de oplevering van de standaard producten inclusief de enhancements enerzijds en de oplevering van de te ontwikkelen producten anderzijds, waarmee vast staat dat de overeenkomst verder gaat dan het implementeren van reeds bestaande software. Dat bijvoorbeeld 'Electronic Banking' slechts een module is binnen het standaard software pakket, zoals Fortis stelt, volgt niet uit de CC 01 en de LoI. Hiermee wijzigde naar het oordeel van de rechtbank het oorspronkelijke doel tot oplevering van (delen van) een standaardpakket, naar een traject waarin ook software door Raindrop op verzoek van Fortis werd ontwikkeld, zodat er – gelijk Raindrop stelt – tussen partijen sprake was van een overeenkomst tot het ontwikkelen van software. Hiermee was de oorspronkelijke planning achterhaald. Immers nu de intentie van partijen in eerste instantie was het afnemen van een kant en klaar product, maar uiteindelijk het karakter van de overeenkomst(en) één van maatwerk is geworden, is de eerste planning behorend bij het projectplan, waarop Fortis zich beroept, achterhaald.

Ontbinding

4.6. De rechtbank zal vervolgens be-

oordelen of de door Fortis ingeroepen ontbinding het door haar gewenste effect heeft gehad, of dat de overeenkomsten nog steeds voortduren. De bevoegdheid tot ontbinding baseert Fortis allereerst op het in verzuim zijn van Raindrop doordat Raindrop een aantal fatale termijnen heeft overschreden en er een tweetal ingebrekestellingen zijn geweest. Voorts mocht Fortis ontbinden op grond van artikel 4.4 van de oorspronkelijke overeenkomst wegens het niet geslaagd zijn van de acceptatietesten. Ook het door Raindrop niet voldoen aan de garantie van artikel 9.1, onder a, van de oorspronkelijke overeenkomst en de verplichting uit artikel 1.2 LoI leveren volgens Fortis een grond voor ontbinding op. Tevens was er grond tot ontbinding omdat Fortis redelijkerwijs niet meer hoefde te verwachten dat Raindrop in staat zou zijn een goed werkend geheel op te leveren. Tot slot was ontbinding gerechtvaardigd op grond van de redelijkheid en de billijkheid, aldus Fortis.

4.7. De rechtbank stelt voorop dat op grond van artikel 6:265, eerste lid, Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) iedere tekortkoming van een partij in de nakoming van een van haar verbintenissen aan de wederpartij de bevoegdheid geeft om de overeenkomst geheel of gedeeltelijk te ontbinden. Het tweede lid bepaalt dat de bevoegdheid tot ontbinding pas ontstaat wanneer de schuldenaar in verzuim is, tenzij nakoming blijvend of tijdelijk onmogelijk is. Uit artikel 6:82, eerste lid, BW volgt dat het verzuim intreedt, wanneer de schuldenaar in gebreke wordt gesteld bij een schriftelijke aanmaning waarbij hem een redelijke termijn voor de nakoming wordt gesteld en nakoming binnen deze termijn uitblijft. Het verzuim treedt (onder meer) zonder ingebrekestelling in wanneer een voor de voldoening bepaalde termijn verstrijkt zonder dat de verbintenis is nagekomen, tenzij blijkt dat de termijn een andere strekking heeft, aldus artikel 6:83, aanhef en onder a, BW.

4.8. Fortis is van mening dat Raindrop in ieder geval vier fatale data heeft laten verstrijken, namelijk op 1 september 2004, 1 februari 2005, 31 maart 2005 en 1 juli 2005. De rechtbank is van oordeel dat van het verstrijken van (diverse) fatale termijnen in de zin van artikel 6:83, aanhef en onder a, BW geen sprake is. Als het bij het afspreken van de verschillende data al de bedoeling

van partijen is geweest om die data als fataal aan te merken, hetgeen de rechtbank in het midden laat, dan heeft in ieder geval te gelden dat uit de gedingstukken het beeld naar voren komt dat de afgesproken termijnen in de praktijk door partijen niet als zodanig zijn gehanteerd. Bepalend voor dit oordeel is dat nergens uit blijkt dat partijen op het moment van het verstrijken van de termijnen hieraan (juridische) consequenties hebben verbonden. Integendeel: na het verlopen van de diverse termijnen werd er 'normaal' verder gewerkt aan het project. Zo is na het verstrijken van de 'fatale' termijn van 1 september 2004 en 1 februari 2005 door partijen nog de Addendum LoI getekend. Verder zijn er tot en met 10 april 2006 opdrachten van Fortis door Raindrop verwerkt, die waren neergelegd in de diverse CC's. De datum 31 maart 2005 voor de oplevering van het elektronisch bankieren kan verder evenmin als een fatale termijn worden aangemerkt. Ten eerste omdat niet het verstrijken van deze datum, maar het verstrijken van de datum 7 april 2005 tot consequenties zou leiden en ten tweede omdat overschrijding van deze termijn zou leiden tot het verbeuren van een contractueel overeengekomen boete, zodat deze termijn een andere strekking heeft in de zin van artikel 6:83, aanhef en onder a, BW. Onder deze omstandigheden is het (mogelijke) fatale karakter van de door Fortis genoemde termijnen komen te vervallen, zodat Raindrop door overschrijding van deze termijnen niet van rechtswege in verzuim is komen te verkeren.

4.9. Voor zover geen sprake is van fatale termijnen stelt Fortis in ieder geval twee ingebrekestellingen te hebben verzonden aan Raindrop, namelijk de brieven van 2 september 2004 en 15 februari 2005. De rechtbank is van oordeel dat alleen al op basis van de formuleringen in beide brieven (weergegeven onder 2.8 en 2.9) deze brieven niet als ingebrekestellingen kunnen worden aangemerkt. In geen van beide brieven is sprake van een schriftelijke aanmaning waarbij Raindrop nog een redelijke termijn voor nakoming is gesteld, zoals artikel 6:82, eerste lid, BW vereist. Wanneer er veronderstellenderwijs vanuit zou worden gegaan dat de brieven wel als een ingebrekestelling hebben te gelden, dan merkt de rechtbank op dat deze ingebrekestellingen door de feiten achterhaald zijn, omdat

er na deze brieven nog door partijen verder is gewerkt. De rechtbank wijst hiervoor naar hetgeen zij reeds onder 4.8 heeft opgemerkt. Uit het vorenstaande volgt dat er geen sprake is van een situatie als bedoeld in artikel 6:83, aanhef en onder a, BW en Raindrop niet door Fortis in gebreke is gesteld als bedoeld in artikel 6:82 BW. Voort is gesteld noch gebleken dat in het onderhavige geval sprake is van één van de situaties als bedoeld in artikel 6:83, aanhef en onder b en c, BW, zodat Raindrop niet in verzuim is komen te verkeren, hetgeen noodzakelijk is voor het ontstaan van enige bevoegdheid tot ontbinding van de overeenkomst(en).

4.10. Alle beschikbare correspondentie in onderlinge samenhang bezien, kan naar het oordeel van de rechtbank niet tot een andere conclusie leiden. Weliswaar moet het voor Raindrop duidelijk zijn geweest dat Fortis zich zorgen maakte, maar dat Fortis Raindrop op enig moment een (laatste) termijn heeft gesteld voor oplevering van de Manhattan software is niet gebleken. De conclusie is dan ook dat Fortis Raindrop niet door middel van een ingebrekestelling in verzuim heeft gebracht en dat er evenmin sprake is van verzuim van rechtswege in de zin van artikel 6:83 BW, zodat Fortis niet bevoegd was de overeenkomst(en) te ontbinden.

4.11. Tot slot heeft Fortis ten tijde van het pleidooi uiterst subsidiair aangevoerd dat het beroep van Raindrop op het ontbreken van een ingebrekestelling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, dan wel dat moet worden aangenomen dat op grond van de redelijkheid en de billijkheid een ingebrekestelling van de kant van Fortis achterwege mocht blijven en Raindrop zonder ingebrekestelling in verzuim is geraakt. Naar het oordeel van de rechtbank stelt Fortis weliswaar dat Raindrop in verzuim is geraakt zonder ingebrekestelling, maar laat zij na te onderbouwen op grond van welke omstandigheden dat dan het geval zou zijn. Ook hier ontbreekt derhalve een voldoende feitelijke grondslag, zodat de bevoegdheid tot ontbinding ontbreekt.

4.12. Gelet op het voorgaande behoeft dan ook niet te worden toegekomen aan de vraag of er sprake was van een toerekenbare tekortkoming van Raindrop, zodat de rechtbank dit in het midden laat.

Andere wijze van beëindiging

4.13. Fortis heeft zich ten slotte op het standpunt gesteld dat zij op grond van artikel 4.4 van de oorspronkelijke overeenkomst gerechtigd was deze te beëindigen, derhalve kennelijk zonder dat sprake diende te zijn van verzuim aan de zijde van Raindrop. Aan het niet geslaagd zijn van de acceptatietesten als bedoeld in artikel 4.4 van de oorspronkelijke overeenkomst is in artikel 4.4, onder c, van de oorspronkelijke overeenkomst de bevoegdheid verbonden om de overeenkomst onmiddellijk te beëindigen. Raindrop voert aan dat artikel 4.4 van de oorspronkelijke overeenkomst alleen ziet op het opleveren van het standaardpakket. Aangezien gaandeweg geen sprake meer was van een standaardpakket, maar van een softwareontwikkelingstraject, was dit artikel niet meer van kracht, aldus Raindrop. Naar het oordeel van de rechtbank kan uit het feit dat er na het sluiten van de oorspronkelijke overeenkomst tussen partijen geen nieuwe acceptatietesten meer zijn overeengekomen, niet worden afgeleid dat de acceptatietest van artikel 4.4 ook gold voor het testen van alle aanpassingen, zoals Fortis stelt. Van groter belang is echter dat volgens Fortis de acceptatietesten niet zijn gehaald, omdat de Manhattan software vol fouten zat. Deze stelling is door Raindrop gemotiveerd en op detailniveau weersproken. Naar aanleiding hiervan heeft Fortis nagelaten haar stelling dat de Manhattan software ondeugdelijk zou zijn en dat de in 4.4 van de oorspronkelijke overeenkomst bedoelde acceptatietesten niet zouden zijn gehaald (nader te onderbouwen. Uit het onder 2.11 weergegeven 'smiley-rapport' van 2 december 2005 blijkt bijvoorbeeld ook niet dat de Manhattan software in het geheel niet functioneert. Dat de acceptatietesten niet zijn gehaald, is naar het oordeel van de rechtbank niet komen vast te staan. Fortis is derhalve niet op grond van artikel 4.4. van de oorspronkelijke overeenkomst gerechtigd de overeenkomst(en) te beëindigen.

Conclusie

4.14. Aangezien Fortis niet gerechtigd was de overeenkomst(en) te ontbinden, kan de verklaring voor recht (de vordering in conventie onder 1a) dat de buitengerechtelijke ontbinding van 15 september 2006 geen doel heeft getroffen en de overeenkomsten tussen par-

tijen in stand zijn gebleven, worden toegewezen. Gelet hierop komt de rechtbank aan de beoordeling van de vordering in conventie onder 1b niet meer toe.

Ook de vordering in conventie onder 2a, betaling van een bedrag van € 515 123,54 aan onbetaald gebleven facturen, vermeerderd met contractuele wettelijke handelsrente kan worden toegewezen. Raindrop heeft alle facturen en de daarbij behorende urenspecificaties, na de betwisting door Fortis dat de vordering niet was onderbouwd, overgelegd en onweersproken gesteld dat de facturen pas na akkoordverklaring door Fortis aan Fortis werden gezonden. Een verdere betwisting door Fortis is uitgebleven. Uit artikel 8.3 van de oorspronkelijke overeenkomst blijkt verder dat een contractuele rente van 4% boven de wettelijke rente is overeengekomen. Dit is door Fortis niet betwist, zodat de contractuele en de wettelijke rente kunnen worden toegewezen.

De vordering in conventie onder 2b wijst de rechtbank af wegens het ontbreken van een voldoende feitelijke onderbouwing. In de gedingstukken (inclusief het door Raindrop bij akte overgelegde digitale bestand) is naar het oordeel van de rechtbank geen onderbouwing te vinden van het gevorderde bedrag van € 252 947,00 welk bedrag de schade zou zijn die verband houdt met de staking van het project, bestaande uit het onderhanden werk betreffende reeds door Fortis verstrekte opdrachten. Raindrop heeft hiermee niet voldaan aan de op haar rustende stelplicht, zodat de rechtbank niet toekomt aan het toelaten van Raindrop tot bewijslevering op dit punt.

Raindrop vordert ten derde een verwijzing naar de schadestaat procedure ten einde vast te stellen wat het bedrag aan schade is dat Raindrop heeft geleden door het toerekenbaar tekortschieten van Fortis, althans ten gevolge van de onrechtmatige en onregelmatige wijze waarop de uitvoering van de overeenkomst is gefrusteerd. Hieronder moet volgens Raindrop in ieder geval de jaarlijkse licencefee van € 99 257,00 worden gerekend. Aan een vordering tot verwijzing naar de schadestaatprocedure worden geen strenge eisen gesteld. Wel is voor de verwijzing naar de schadestaatprocedure vereist dat de eiser de mogelijkheid van schade aannemelijk maakt. Naar het oordeel van de recht-

bank heeft Raindrop voldoende aannemelijk gemaakt dat zij schade, anders dan de onder vordering 2b omschreven (en afgewezen) schade, heeft geleden en deze vordering kan dan ook worden toegewezen.

4.15. Nu de rechtbank van oordeel is dat Fortis gehouden is om de openstaande facturen van Raindrop te voldoen, zal zij het beroep op verrekening door Fortis bespreken. Fortis stelt dat het door haar te betalen bedrag vermindert/verrekend dient te worden met de boetebedragen ter hoogte van € 44 800,00 die door Raindrop ingevolge het Addendum LoI aan Fortis zijn verbeurd. Raindrop betwist dat de in de bijlage van de Addendum LoI genoemde software niet tijdig zou zijn opgeleverd. Zij heeft onweersproken gesteld dat de module 'Electronic Banking' op 6 april 2005 – dus tijdig – is opgeleverd. Fortis heeft ten aanzien van de overige in de bijlage van de Addendum LoI genoemde software nagelaten een onderbouwing te geven waaruit de conclusie kan worden getrokken dat de software te laat is opgeleverd. Naar het oordeel van de rechtbank is dan ook niet komen vast te staan dat er te laat is opgeleverd en daardoor boetes zijn verbeurd. Het beroep op verrekening van Fortis dient daarom te worden afgewezen.

4.16. Fortis zal als de in conventie in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van Raindrop worden begroot op:

- dagvaarding € 70,85
- vast recht € 4.732,00
- salaris advocaat € 12 900,00 (5,0 punten × tarief € 2580,00)

Totaal € 17 702,85

4.17. Gelet op de toewijzing van de vordering tot verklaring voor recht in conventie zal de gevorderde verklaring voor recht in reconventie dat de oorspronkelijke overeenkomst, de Amendement, de LoI en de Addendum LoI door Fortis bij brief van 15 september 2006 rechtsgeldig zijn ontbonden, althans subsidiair door de rechtbank zijn ontbonden, worden afgewezen. De vordering in reconventie tot terugbetaling door Raindrop van alle door Fortis betaalde bedragen zal derhalve eveneens worden afgewezen. Aangezien de derde reconventionele vordering van Fortis veronderstelt dat Raindrop jegens haar

toerekenbaar tekort is geschoten, hetgeen in deze procedure niet is komen vast te staan, wordt ook deze vordering afgewezen.

4.18. Fortis zal als de in reconventie in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van Raindrop worden begroot op:

– salaris advocaat €1130,00 (5,0 punten × factor 0,5 × tarief €452,00)

Totaal € 1130,00

5. De beslissing

De rechtbank

in conventie

5.1. verklaart voor recht dat de buitengerechtelijke ontbinding van 15 september 2006 geen doel heeft getroffen en de overeenkomsten tussen partijen in stand zijn gebleven,

5.2. veroordeelt Fortis om aan Raindrop te betalen een bedrag van € 515 123,54 (vijfhonderdvijftienduzendéénhonderddrieëntwintig euro en vierenvijftig eurocent), vermeerderd met de contractuele rente van 4% per jaar en de wettelijke handelsrente vanaf de vervaldatum van ieder der facturen tot aan de dag der algehele voldoening,

5.3. veroordeelt Fortis om aan Raindrop te betalen de door Raindrop geleden schade, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet,

5.4. veroordeelt Fortis in de proceskosten, aan de zijde van Raindrop tot op heden begroot op € 17 702,85,

5.5. verklaart dit vonnis in conventie voor wat betreft de onder 5.2, 5.3 en 5.4 vermelde veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad,

5.6. wijst het meer of anders gevorderde af,

in reconventie

5.7. wijst de vorderingen af,

5.8. veroordeelt Fortis in de proceskosten, aan de zijde van Raindrop tot op heden begroot op € 1130,00,

5.9. verklaart dit vonnis in reconventie wat betreft de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. E.A. Messer, mr. Y. Sneevliet en mr. G.V.M. Veldhoen en in het openbaar uitgesproken op 8 juli 2009.

Noot

Voor ICT-juristen zijn kwesties als deze herkenbaar. Een opdrachtgever selecteert standaard computerprogrammatuur en wil deze zo ongewijzigd mogelijk in zijn organisatie invoeren. Dat blijkt in de praktijk niet goed mogelijk te zijn en vanaf dat moment gaan de panelen schuiven. Vertraging, kwalitatief slechtere software-oplossingen en meerkosten zijn het gevolg. Veelal wordt, als een soort 'second best' oplossing, het project wel afgerond. Beëindiging van de relatie komt echter ook geregeld voor. Merendeels eindigen laatstgenoemde gevallen in schikkingen omdat partijen de feiten te complex vinden voor een rechtzaak of niet naar buiten willen met dergelijke rampspoed.¹

In veel gevallen kan goed voor standaardproducten worden gekozen omdat softwarefabrikanten zowel sectorspecifieke softwarepakketten aanbieden, als op een sector toegesneden versies van software als SAP of Oracle. Binnen deze opzet kan de gebruiker eenvoudig wijzigingen aanbrengen door middel van zogenoemde 'parametrisering', waarbij de software zelf niet wordt veranderd. Ook kan hij de software zelf laten wijzigen dan wel software laten 'bijbouwen', in casu vermoedelijk als 'enhancements' aangeduid. In dat geval is er sprake van 'maatwerk' en gaat een deel van het voordeel van de keuze voor een standaardoplossing verloren, bijvoorbeeld omdat het onderhouden van het standaardpakket complexer wordt.

Bij een dergelijke insteek hoort vaak een contractmodel dat het accent legt op de licentie- en de onderhoudsvoorwaarden, terwijl de diensten die de softwareleverancier aanbiedt dikwijls met de verzamelterm 'services' worden aangeduid. Soms worden 'services' zelfs via een apart contract geleverd, omdat de leverancier van het standaardpakket zeker wil stellen dat de klant die software accepteert en – niet te vergeten – betaalt. Een eventueel geschil beperkt zich dan tot de kwaliteit van de afzonderlijke diensten.

Wie voor standaard programmatuur kiest, moet volgens de keuzes die in de architectuur van die software zijn verankerd, kunnen en willen werken. Dat lijkt in veel gevallen eenvoudiger dan het is. De standaard software blijkt toch net niet genoeg functionaliteit te hebben

of de gebruikers weigeren simpelweg volgens de methoden die het pakket voorschrijft te werken. 'Scope creep' is in de ICT-sector een fraaie formulering voor hetgeen ik hiervoor als schuivende panelen aanduidde.

Scope creep lijkt ook in deze zaak aan de orde te zijn, wanneer Raindrop in 2003 meldt dat er sprake is van een 'Change in overall scope of project and policy decision by Fortis' en er vervolgens een aanvullende overeenkomst (aangeduid als 'Letter of Intent') wordt gesloten, gevolgd door weer een aanvulling daarop.

Kennelijk is het eindresultaat voor Fortis onbevredigend. Nadat vijf maanden eerder wel was geconstateerd dat het merendeel van de kernfunctionaliteiten aanwezig was en functioneerde, valt Fortis terug op de oorspronkelijke overeenkomst. Raindrop vindt dat ongepast en stelt met succes dat een beroep op die afspraken niet onverkort mogelijk is. Ook de rechtbank meent dat het project zich heeft ontwikkeld van een (eenvoudige?) software-oplevering tot een software-ontwikkelingstraject, waardoor de oorspronkelijke uitgangspunten en formuleringen van het contract niet meer één op één van toepassing zijn.

Ik kan me inderdaad voorstellen dat Fortis, toen het besluit tot beëindiging van het project eenmaal was gevallen, wellicht een wat legalistische insteek heeft gekozen en is teruggevallen op haar oorspronkelijke doelstellingen en de tekst van de gemaakte afspraken. Waar ICT-juristen de overheidsrechter nog wel eens verwijten dat deze teveel acht slaat op de letterlijke inhoud van het (proces)dossier en niet op de achtergronden van een project en de mores in de ICT-praktijk, kan dat van deze rechtbank niet worden gezegd. Enerzijds ziet de rechtbank in Change CC 01 en de Lol argumenten voor haar constateringen en anderzijds kent zij ook veel betekenis toe aan de feitelijke gang van zaken. Dat laatste bestond eruit dat partijen gewoonweg doorwerkten en de juridische bril op het nachtkastje lieten liggen. Dit laatste stelt de rechtbank vast wanneer zij overweegt dat na het verlopen van diverse termijnen 'normaal' aan het project

¹ Bedrijven als de Free Record Shop, Samas en Batavus kwamen als gevolg van mislukte ICT-projecten wel in het nieuws.

verder werd gewerkt. Het gevolg daarvan is volgens de rechtbank dat de gehanteerde termijnen kennelijk niet de strekking hebben gehad van een fatale termijn in de zin van art. 6:83 BW. Niettemin blijft bij mij wel de vraag achter of de rechtbank te kort door de bocht is gegaan dan wel haar vonnis voldoende heeft gemotiveerd. Door het 'opleveren van een kant-en-klaar product' als prestatie af te zetten tegen 'een overeenkomst van maatwerk' wordt een tweedeling gecreëerd die ik niet zonder meer kan onderschrijven.

Fortis kan wel degelijk, zoals zij kennelijk ook omstandig betoogde, steeds de bedoeling hebben gehad zo veel mogelijk van een 'standaard product' gebruik te willen maken. Heeft zij van die bedoeling afstand gedaan en waaruit is dat gebleken? De verwijzing naar de feitelijke gang van zaken lijkt mij daarvoor onvoldoende omdat een opdrachtgever vaak het gevoel heeft met zijn rug tegen de muur te staan en dus geen andere keus meent te hebben dan mee te gaan op de golven van het project. De melding van Raindrop aan Fortis over Change CC 01, dat *'this change of scope will also have some financial impact on the project due to above reason (extra development required)'*, waar de rechtbank een beroep op doet, zou dan wel als eufemisme moeten worden aangeduid (waar de Engelsen overigens dol op zijn), omdat eerste lezing daarvan toch suggereert dat er geen sprake is van een grote wijziging.

Dezelfde rechtbank oordeelde in de zaak Kwetters/Profuse², waar de implementatie van Baan software aan de orde was, dat de opdrachtgever in redelijkheid van de leverancier mocht verwachten dat deze als opdrachtnemer voor de implementatie en als professioneel bedrijf met de specifieke expertise daarvoor, de opdracht tijdig en overeenkomstig het tussen partijen overeengekomene zou uitvoeren. In de onderhavige kwestie was dat volgens de rechtbank anders omdat partijen gezamenlijk voor een andere aanpak hadden gekozen, waardoor een beroep op de letter van de overeenkomst niet meer opportuun was. Het verschillende oordeel in deze twee casusposities sluit aan op hetgeen ik in mijn publicatie 'Advies is niet altijd goed'³ heb bepleit, namelijk dat er geen 'one size fits all' is voor het beoordelen van verplichtingen van ICT-leveranciers. In dit geval zou het voor

mij de doorslag geven of Raindrop zich aan de doelstellingen van Fortis, om vooral te werken met een standaardpakket, heeft gecommitteerd. De wijze waarop Raindrop het project uitvoert, moet daar dan op aansluiten en op dat vlak heeft Raindrop dan de taak *scope creep* te voorkomen.

W.F.R. Rinzema

- 2 Rb. Utrecht 30 mei 2007, gepubliceerd in *Computerrecht* 2007, 147 m.nt. De Graaf.
3 *Computerrecht* 2001/6.

229 Arbeidshof Brussel (zevende kamer) 5 maart 2009

inzagerecht medisch dossier

Partijen:

Uitspraak in de zaak van
DE ONDERLINGE ZIEKENKAS
VAN DE MAATSCHAPPIJ VOOR
ONDERLINGE BIJSTAND met
maatschappelijke zetel te 1080 Brussel,
Louis Mettwielaan 74-76, appellante,
vertegenwoordigd door ...,

tegen:

K.E., geïntimeerde, vertegenwoordigd
door [...]

velt het Hof het volgend arrest:

I. Relevante feiten en rechtspleging

Samenvatting van een aantal relevante feiten

In de nacht van 27 op 28-8-2004 liep de heer K. een ongeval op. Hij viel van een balkon van het advocatenkantoor waar hij werkzaam was [...]. Het ongeval werd veroorzaakt door het afbreken van de borstwering die slecht verankerd was. [...]

Door de val van ca. 5 meter hoog liep de heer K. ernstige letsels op: kneuzingen, breuken en een hersentrauma. Hij bleef gedurende vijf dagen opgenomen in het Iris ziekenhuis [...] en onderging nog gedurende verschillende maanden bijkomende gespecialiseerde onderzoeken, kinesitherapeutische behandelingen en een cognitief revalidatieprogramma bij de dienst neurologie [...].

Op het ogenblik van het ongeval was de

heer K., jurist met masteropleiding, als advocaat stagiair werkzaam [...]. Als advocaat-stagiair was hij aangesloten bij de dienst dagelijkse vergoedingen van de Onderlinge Ziekenkas [...]. De heer K. heeft tijdig aangifte gedaan van het ongeval aan zijn mutualiteit (VEV) en aan de Onderlinge Ziekenkas en hij heeft tot eind december 2005 maandelijks medische getuigschriften overgemaakt waarin zijn arbeidsongeschiktheid van meer dan 65% werd bevestigd.

Op 1-6-2005 liet de Onderlinge Ziekenkas aan de heer K. weten dat uit het verslag van het evaluatieonderzoek op 26-4-2005 uitgevoerd door [...] neuropsychiater, bleek 'dat hij niet meer voor meer dan 65% arbeidsongeschikt kon worden beschouwd in de zin van art. 12 van het bijzonder reglement van de Onderlinge Ziekenkas' en dat het dossier werd afgesloten op 26-4-2005, datum van het onderzoek.

De heer K. verzocht de Onderlinge Ziekenkas herhaalde malen om inzage te krijgen in zijn medisch dossier, doch dit werd hem geweigerd. De heer K. stelde tegen die beslissing een verhaal in bij de arbeidsrechtbank te Leuven die bij tussenvonnissen van 12-4-2006 Dr. [...] aanstelde als deskundige.

Dr. [...] kwam tot het besluit dat de heer K. voor de periode van 26-4-2005 tot 31-12-2005 een economische en fysiologische invaliditeit vertoonde van meer dan 66% in functie van zijn hoofdberoep van advocaat-stagiair. [...] Beide partijen hebben de conclusie van de deskundige aanvaard.

Beslissing van de eerste rechter

De arbeidsrechtbank sloot zich aan bij de bevindingen van de deskundige en besliste:

- dat de heer K., aangezien hij gedurende een periode van 26-4-2005 tot en met 31-12-2005 een invaliditeit van meer dan 65% vertoonde [...]
- [...]
- dat de aanvraag tot inzage in het medisch dossier overeenkomstig de Wet betreffende de rechten van de patiënt d.d. 22-8-2002 gerechtvaardigd was en er geen reden was om af te wijken van de bepalingen van die wet in het raam van expertise of controlegeneeskunde.

Zij veroordeelde de onderlinge ziekenkas tot betaling aan de heer K. van 1