



# vonnis

AFSCHRIJF

RECHTBANK NOORD-HOLLAND

Afdeling privaatrecht  
Zittingsplaats Haarlem

zaaknummer / rolnummer: C/14/135160 / HA ZA 12-58

**Vonnis van 26 juni 2013**

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
**NIVO IM- & EXPORT BEVERWIJK B.V.**,  
gevestigd te Beverwijk,  
eiseres,

advocaat mr. F.C.M. Leentfaar te Eindhoven,

tegen

1. [REDACTED] **HODN 4BIZZ BUSINESS SOLUTIONS**,  
wonende te [REDACTED],  
gedaagde,  
advocaat mr. R.V.C.F. Dingemans te Maarsssen,
2. [REDACTED]  
wonende te [REDACTED],  
gedaagde,  
niet verschenen.

Partijen zullen hierna Nivo, [REDACTED] 4BIZZ genoemd worden.

## 1. De procedure

- 1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:
  - het tussenvonnis van 2 mei 2012
  - het proces-verbaal van comparitie van 19 december 2012
- 1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

## 2. De feiten

- 2.1. Nivo is een groothandel in import en export van Aziatische levensmiddelen. 4BIZZ is een door [REDACTED] voornoemd gevoerd organisatie-adviesbureau in interim- en projectmanagement op het gebied van ICT. Tot 1 september 2011 werd 4BIZZ gedreven als een vennootschap onder firma met [REDACTED] voornoemd als vennoten. Per 1 september 2011 is [REDACTED] uitgetreden en heeft [REDACTED] de onderneming als eenmanszaak

---

voortgezet. Met 4BIZZ worden in het navolgende de mede de voormalige vennootschap onder firma alsmede haar vennoten aangeduid.

2.2. Medio 2010 is Nivo met 4BIZZ in overleg getreden over de vervanging van de tot dat moment door haar gebruikte software voor de administratie van haar bedrijfsprocessen door een nieuw pakket. Insteek voor het overleg was de vervanging van deze software door Microsoft Dynamics NAV software.

2.3. Het overleg heeft na het in kaart brengen van de functionele wensen en eisen van Nivo geleid tot een volledig uitgewerkte offerte d.d. 19 november 2010. De offerte ging uit van een Microsoft Dynamics NAV Business Essentials ("NAV BE") licentie.

2.4. In de offerte is gespecificeerd welk deel van de te leveren oplossing door standaardfunctionaliteit wordt gedekt, door 4BIZZ binnen de standaard applicatie wordt geconfigureerd, beschikbaar is als add-on op NAV BE, dan wel gedekt wordt door een koppeling met een externe applicatie of als maatwerk wordt ontwikkeld.

2.5. Nadat Nivo de offerte heeft geaccordeerd is tussen partijen een achttal overeenkomsten gesloten, strekkende tot levering van de in de offerte gespecificeerde oplossing met bijbehorende licenties, bedrijfsspecifieke add-ons en onderhoud.

2.6. Na livegang op 20 mei 2011 heeft Nivo geconcludeerd dat de geleverde software nog niet voldeed aan de gestelde eisen. De omgeving vertoonde nog veel gebreken, gegevens ontbraken en functies die zouden moeten voldoen aan de eisen van Nivo waren ronduit inefficiënt.

2.7. Na overleg met Nivo heeft 4BIZZ bij email van 3 juni 2011 aangegeven een aantal gebreken (kennelijk de belangrijkste) te rekenen vanaf 6 juni 2011 binnen twee weken te kunnen herstellen en voor de tussenliggende periode een tijdelijke werkwijze voorgesteld.

2.8. Bij email van 24 juni 2011 heeft Nivo 4BIZZ laten weten dat zij tot de conclusie was gekomen dat de implementatie van de geleverde software oplossing was mislukt. Zij voegde daaraan toe: "Te veel belangrijke zaken werken nog niet zoals het hoort waardoor we niet live kunnen gaan met het nieuwe programma. Aangezien wij niet verwachten dat deze zaken binnen een voor ons aannemelijke periode voor mekaar komen, en de bedrijfscontinuïteit inmiddels echt in gevaar komt, hebben we besloten om terug te gaan naar het oude systeem."

2.9. Nivo heeft vervolgens bij een gecertificeerde distributeur van Microsoft Dynamics een second opinion gevraagd. Zij heeft uit die opinion - die zij niet aan 4BIZZ ter kennis heeft gebracht - geconcludeerd dat 4BIZZ geen door Microsoft gecertificeerde Microsoft Dynamics partner is en daarnaast de verkeerde Dynamics NAV versie heeft geleverd. Zij had niet de Business Essentials versie maar de Advanced Management versie ("AM") moeten hebben.

Zij heeft in een bespreking met 4BIZZ d.d. 2 september 2011 op deze gronden aangegeven van opvatting te zijn dat BIZZ tekortgeschoten was in de nakoming van haar verplichtingen uit hoofde van de tussen partijen gesloten overeenkomsten.

2.10. Verder heeft Nivo 4BIZZ bij brief van 6 september 2011 het volgende bericht:

“Gezien de door ons geconstateerde tekortkomingen in de nakoming van uw verplichtingen, stellen wij u met deze brief formeel en voor zover nodig in gebreke respectievelijk stellen wij vast dat u in verzuim bent. Wij hebben u reeds schriftelijk meegedeeld om die reden al onze betalingsverplichtingen te zullen opschorten. Indien op korte termijn voor ons bedrijf in deze geen bevestigende oplossing wordt voorgesteld zullen wij ons beraden over de verder te nemen maatregelen, waaronder het claimen van schadevergoeding en/of het intrekken van de ontbinding van de met u gesloten overeenkomst(en).

Wij geven er echter de voorkeur aan om in goed overleg met u te komen tot een minnelijke regeling en willen u daartoe onder voorbehoud van alle rechten het volgende voorstel doen.

1. 4BIZZ betaalt de door ons aan u betaalde licentievergoeding en bijbehorende jaarlijkse onderhoudskosten voor de geleverde software (...) terug, en
2. Alle nog openstaande facturen van 4Bizz aan ons bedrijf (...) worden door 4BIZZ gecrediteerd en 4BIZZ verklaart niets meer van Nivo te vorderen te hebben en partijen verlenen elkaar over een weer finale kwijting.

Gaarne vernemen we uiterlijk vóór 14 september 2011 of u bereid bent dit voorstel te aanvaarden, bij gebreke waarvan het komt te vervallen.”

2.11. 4BIZZ heeft het voorstel bij brief van 16 september 2011 afgewezen.

2.12. Bij brief van 11 november 2011 is namens Nivo onder verwijzing naar de sub 2.8 vermelde email betoogd dat de overeenkomst op de sub 2.9 vermelde gronden buitengerechtelijk is ontbonden per 24 juni 2011 en terug betaling van alle betaalde bedragen gevorderd. Aan die sommatie is niet voldaan.

### 3. Het geschil

3.1. Nivo vordert - samengevat – na vermeerdering van haar oorspronkelijke eis:

- *primair* te verklaren voor recht dat zij de hiervoor genoemde overeenkomsten rechtsgeldig heeft ontbonden, op grond waarvan ongedaanmakingsverplichtingen zijn ontstaan;

- *subsidiar* de tussen partijen gesloten overeenkomsten gerechtelijk te ontbinden tegen een door de rechtbank vast te stellen datum;

- *meer subsidiar*, de tussen partijen gesloten overeenkomsten te vernietigen op grond van dwaling;

- *primair, subsidiar en meer subsidiar*: gedaagden hoofdelijk te veroordelen tot:

- restitutie van gedane betalingen ad € 46.887,48 excl. BTW, te vermeerderen met rente;
- betaling van schadevergoeding als nader in de dag vaarding gespecificeerd;
- betaling van buitengerechtelijke kosten ad € 1.500,- excl BTW.

3.2. 4BIZZ voert verweer.

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

#### 4. De beoordeling

4.1. Samengevat maakt Nivo 4BIZZ de volgende drie verwijten:

- 4BIZZ heeft doen voorkomen dat zij gecertificeerd partner van Microsoft Dynamics was, hetgeen niet zo blijkt te zijn; zij blijkt ook geen geldige licenties te kunnen leveren;
- 4BIZZ heeft Nivo geadviseerd om de (goedkopere) BE versie van de NAV software te kopen en die uit te breiden met maatwerkoplossingen, terwijl nadien is gebleken dat alleen de uitgebreidere versie geschikt was voor Nivo's bedrijfsprocessen.
- Nivo heeft ook overigens ondeugdelijk gepresteerd.

4.2. 4BIZZ heeft gemotiveerd verweer gevoerd op gronden die hierna zullen worden besproken.

#### *Ontbinding*

4.3. De buitengerechtelijke ontbinding als genoemd in de brief van 11 november 2011 heeft alleen effect, en een gerechtelijke ontbinding kan alleen plaatsvinden, indien er sprake is van een tekortkoming aan de zijde van 4BIZZ. Daarvoor is, voor zover thans van belang, nodig dat de nakoming onmogelijk is. Indien daarvan geen sprake is, kan slechts worden ontbonden indien de schuldenaar in verzuim is.

4.4. Allereerst moet dan worden ingegaan op de stelling van Nivo dat er sprake is van een situatie waarin 4BIZZ nimmer rechtsgeldig kon leveren conform de overeenkomst, omdat zij niet in staat was om software met een geldige licentie te leveren.

4.5. De rechtbank acht tegenover hetgeen van de zijde van 4BIZZ ter comparitie is opgemerkt onvoldoende feiten gesteld om aan te nemen dat de via Dynamore geleverde licenties niet rechtsgeldig zouden zijn. Uit de stukken blijkt niet dat twijfel daaraan aan 4BIZZ is voorgelegd en dat 4BIZZ aldus in de gelegenheid is gesteld om te zorgen voor helderheid op dit vlak. Verder had 4BIZZ haar vermoedens omtrent niet geldige licenties eenvoudig kunnen onderbouwen door navraag bij Microsoft te doen, hetgeen zij heeft nagelaten. De rechtbank acht ook niet aannemelijk dat het probleem voor Nivo wezenlijk zat of zit in deze licenties. Het probleem was gelegen in het niet deugdelijk functioneren van de software, zoals uit de hiervoor vermelde weergave van de loop der gebeurtenissen onontkoombaar blijkt. Dit is dan ook geen valide grond voor ontbinding.

4.6. De tweede grond waarop de ontbinding is gebaseerd betreft het verwijt dat het gekochte softwarepakket tengevolge van een volstrekt onjuist advies van 4BIZZ niet aansluit op de bedrijfsbehoeften van Nivo.

Uit de toelichting op dit verwijt blijkt dat niet zozeer de software als zodanig, maar de geleverde versie (BE) daarop niet aansluit. Nivo meent dat haar toch de uitgebreidere versie (AM) had moeten worden geadviseerd. Zij heeft zich in dat verband beroepen op een door haar ingewonnen second opinion, die zij echter niet in het geding heeft gebracht.

4.7. 4BIZZ heeft zich daarover beklagd met de opmerking dat het aldus voor haar onmogelijk is om te beoordelen waarom zij volgens die opinion in de fout is gegaan. Zij heeft verder benadrukt dat zij meent met de BE versie een deugdelijk systeem aan Nivo te

---

hebben geadviseerd, waarmee op volstrekt toereikende en flexibele wijze aan de wensen van Nivo tegemoet kan worden gekomen, zoals ze naar aanleiding van haar offerte ook uitvoerig aan Nivo heeft toegelicht. Zij wijst erop dat met name de functionaliteit ten behoeve van de goederenstroom in het magazijn voor Nivo belangrijk was en dat er juist op dat punt in beide versies het nodige extra maatwerk moest worden geleverd, zodat uiteindelijk de BE-versie ook in prijstechnisch opzicht een veel aantrekkelijker optie bleek te zijn. Verder heeft 4BIZZ ter comparitie opgemerkt dat de heer Jansen, die het project vanuit Nivo aanstuurde, heel goed wist wat er in BE en in AM zat.

4.8. De rechtbank acht tegenover dit verweer volstrekt onvoldoende gesteld om een verder onderzoek te rechtvaardigen naar de beweerde (inherente) ondeugdelijkheid van de geleverde versie.

Om te beginnen betreft het twee versies van dezelfde software, hetgeen op zichzelf al onwaarschijnlijk maakt dat met maatwerk add-ons niet de functionaliteit is te realiseren die in een veel uitgebreider (en dus duurder) pakket standaard is inbegrepen. Gelet op het op zichzelf niet weersproken betoog omtrent de noodzaak van maatwerk in beide versies wint dit argument nog aan kracht. Daarbij stelt de rechtbank vast dat Nivo niet heeft betwist dat de heer [REDACTED] de beide versies kende en dus op de hoogte moet zijn geweest dat het mogelijk was om te kiezen voor een uitgebreider pakket met functionaliteit voor delen waarvoor in het door Nivo gekozen pakket maatwerkoplossingen moesten worden gebouwd. Verder had Nivo haar betoog kunnen onderbouwen door de second opinion over te leggen, hetgeen zij heeft nagelaten. De enkele verwijzing naar de overgelegde verklaring van Theo Maas, verbonden aan het bedrijf dat de thans door Nivo gebruikte oplossing heeft geleverd, volstaat niet, omdat daaruit niet volgt dat de door Nivo gekozen oplossing niet ook tot een deugdelijk resultaat had kunnen leiden, indien de kinderziektes er uit waren gehaald. Ook valt op dat deze grond voor het verzuim van rechtswege in de brief van 11 november 2011 niet is genoemd als ontbindingsgrond.

4.9. Tenslotte gaat het niet aan dat Nivo 4BIZZ dit verwijt maakt zonder haar ter zake in gebreke te stellen en in ieder geval de gelegenheid te geven aan te tonen dat de gewenste functionaliteit wel degelijk ook met de BE-versie kan worden gerealiseerd. Gesteld noch gebleken is immers dat er sprake was van een fatale termijn. Dat brengt mee dat het verzuim -ook wanneer dat is toe te schrijven aan de hiervoor besproken inherente ondeugdelijkheid- eerst door ingebrekestelling intreedt.

4.10. Nivo heeft (subsidiar) betoogd dat 4BIZZ per 14 september 2011 in gebreke was. Zij doelt met die stelling kennelijk op de termijn die zijn 4BIZZ heeft gesteld in de brief van 6 september 2011.

Die termijn is echter gesteld voor het verkrijgen van instemming van 4BIZZ met een in de brief voorgestelde "bevredigende oplossing", die uitgaat van ontbinding van de overeenkomst. Voor zover de brief ook ruimte zou bieden voor andere oplossingen dan door Nivo voorgesteld, lijkt Nivo daarbij te denken aan oplossingen die erin zouden moeten bestaan dat andere software wordt geleverd dan is gekocht.

Een ingebrekestelling op de voet van art 6:82 lid 1 BW is echter alleen rechtsgeldig indien daarin een termijn wordt gesteld voor nakoming van de overeenkomst, anders gezegd voor verbetering van de *overeengekomen* prestatie. Daarop is in de brief van 6 september 2011 niet aangedrongen, hetgeen meebrengt dat het verzuim ook niet kan worden gegrond op het uitblijven van de gewenste reactie op deze brief.

4.11. De slotsom van het voorgaande is dat er geen sprake is van een situatie waarin nakoming onmogelijk was en dat ook overigens van verzuim geen sprake is. Dat betekent dat aan de vereisten voor ontbinding niet is voldaan en dat de primaire en subsidiaire vorderingen niet toewijsbaar zijn.

#### *Dwaling*

4.12. Het beroep op dwaling is gegrond op de stelling dat Nivo de overeenkomsten nimmer zou hebben gesloten indien zij had geweten dat 4BIZZ geen Microsoft Dynamics NAV gecertificeerd partner was.

4.13. Het beroep faalt wegens gebrek aan feitelijke onderbouwing. Die onderbouwing bestaat enkel uit de stelling dat 4BIZZ bij de eerste onderhandelingen heeft aangegeven gecertificeerd partner te zijn en een verwijzing naar een pagina van de website van 4BIZZ met navenante vermelding.

4BIZZ heeft betwist dat zij de gestelde mededeling heeft gedaan en stelt dat de webpagina van na de datum van de overeenkomst dateert; inmiddels is zij wel gecertificeerd. Verder heeft zij onweersproken aangevoerd dat zij door Microsoft zou zijn aangesproken als zijn onbevoegdlijk software van Microsoft op de markt zou brengen, hetgeen echter niet is gebeurd.

4.14. De door Nivo overgelegde webpagina van 4BIZZ is ongedateerd en kan reeds om die reden de door Nivo gestelde pretentie van 4BIZZ niet onderbouwen. Verder blijkt uit de overgelegde offerte niet dat 4BIZZ zelf pretendeert een gecertificeerd partner te zijn. (Ook) uit de overige stukken is niet af te leiden dat Nivo in de veronderstelling verkeerde en kon verkeren dat zij dit wel was. Dat rechtvaardigt de slotsom dat de status van de leverancier niet een zo essentieel onderdeel van de overeenkomst was dat een beroep op dwaling kan worden gegrond op de omstandigheid dat de certificering niet aan de contractuele wederpartij maar aan een aan die partij gelieerde entiteit is verleend.

#### *De geldvordering*

4.15. Nu alle grondslagen voor aantasting van de overeenkomsten falen, is er geen grond voor toewijzing van de gevorderde bedragen.

#### *Slotsom*

4.16. Alle vorderingen worden afgewezen, met veroordeling van Nivo in de proceskosten.

4.17. De kosten aan de zijde van 4BIZZ worden begroot op:

- griffierecht	€ 1.436,--
- salaris advocaat	€ 4.000,--

4.18. De kosten aan de zijde van de niet verschenen gedaagde [REDACTED] worden begroot op nihil.

---

4.19. De rechter, ten overstaan van wie de comparitie is gehouden, heeft dit vonnis niet kunnen wijzen om organisatorische redenen.

## 5. De beslissing

De rechtbank

5.1. wijst de vorderingen af,

5.2. veroordeelt Nivo in de proceskosten, aan de zijde van [REDACTED] tot op heden begroot op € 5.436,-- en aan de zijde van [REDACTED] tot op heden begroot op nihil,

5.3. verklaart dit vonnis wat betreft de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad,

Dit vonnis is gewezen door mr. A.H. Schotman en in het openbaar uitgesproken op 26 juni 2013.



Voor eensluidend afschrift.  
De griffier van de Rechtbank  
Noord-Holland