

ECLI:NL:RBOBR:2013:4678

Instantie	Rechtbank Oost-Brabant
Datum uitspraak	21-08-2013
Datum publicatie	21-08-2013
Zaaknummer	243979 / 12-216
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Bodemzaak Eerste aanleg - meervoudig Op tegenspraak
Inhoudsindicatie	Contradictoir. Complexe, langlopende ICT-opdracht met betrekking tot het ontwikkelen en implementeren van (maatwerk-) software. Ontbindingsverklaring door de klant niet gerechtvaardigd. Verzuim. Ingebrekestelling. Uitleg overeenkomst.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

vonnis

RECHTBANK OOST-BRABANT

Handelsrecht

Zittingsplaats 's-Hertogenbosch

zaaknummer / rolnummer: C/01/243979 / HA ZA 12-216

Vonnis van 21 augustus 2013

in de zaak van

de stichting

STICHTING JEROEN BOSCH ZIEKENHUIS,

gevestigd te 's-Hertogenbosch,

eiseres,

advocaat mr. F.A.M. Knüppe te Arnhem,

tegen

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

ALERT LIFE SCIENCES COMPUTING B.V.,

gevestigd te 's-Hertogenbosch,

2. rechtspersoon naar Portugees recht

ALERT LIFE SCIENCES COMPUTING S.A.,

gevestigd te Vila Nova de Gaia (Portugal),

gedaagden,

advocaat mr. F. van der Woude te Amsterdam.

Eiseres zal hierna JBZ worden genoemd. Gedaagden zullen hierna afzonderlijk worden aangeduid als Alert Nederland (gedaagde sub 1.) en Alert Portugal (gedaagde sub 2.) en gezamenlijk als Alert c.s.

1 De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- het tussenvonnissen van 6 februari 2013
- het proces-verbaal van comparitie van 25 april 2013.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2 De feiten

2.1. JBZ is een groot regionaal ziekenhuis waarin vrijwel alle medische specialisaties vertegenwoordigd zijn. JBZ biedt werk aan 4.000 medewerkers en 240 medisch specialisten en is één van de grootste opleidingsziekenhuizen van Nederland.

2.2. Alert Portugal houdt zich bezig met het ontwikkelen, leveren en onderhouden van software ten behoeve van de gezondheidszorg. Voor ziekenhuizen biedt zij een integraal ICT-systeem waarmee alle zorgprocessen – zoals klinische documentatie, medische orders, verslaglegging, planning, rapportages en facturatie – worden gedigitaliseerd en uiteindelijk een papierloze omgeving ('*paper free hospital*') ontstaat. De software van Alert c.s. bestaat uit verschillende, onderling koppelbare modules.

2.3. Alert Nederland is een dochtervennootschap van Alert Portugal. Zij richt zich op de implementatie van de software van Alert c.s. op de Nederlandse zorgmarkt.

2.4. Op 16 juli 2008 komen JBZ en Alert c.s. overeen dat Alert c.s. aan JBZ een geïntegreerd computersysteem zal leveren dat haar bedrijfsvoering en haar primaire processen zal reguleren en ondersteunen (hierna: Alert®). Het product Alert® bestaat uit een Zorg Logistiek Systeem en een '3e generatie' Elektronisch Patiënten Dossier. De gemaakte afspraken zijn vastgelegd in een raamovereenkomst en een groot aantal bijlagen (hierna gezamenlijk: de ROVK). In de ROVK is onder meer het volgende bepaald:

"Artikel 16. Aansprakelijkheid

16.1. *Indien één der partijen tekort komt in de nakoming van één of meer van zijn verplichting(en) uit deze Overeenkomst, zal de andere partij hem deswege in gebreke stellen, tenzij nakoming van de betreffende verplichtingen reeds blijvend onmogelijk is of er een Milestone uit het Projectplan dan wel een andere expliciet door partijen als fatale termijn aangeduide termijn is overschreden, in welk geval de nalatige partij onmiddellijk in gebreke is. De ingebrekestelling zal schriftelijk geschieden waarbij aan de nalatige partij een redelijke termijn zal worden gegund om alsnog zijn verplichtingen na te komen. Deze termijn heeft het karakter van een fatale termijn.*
(...)

Artikel 23. Ontbinding

- 23.1. *Buiten hetgeen elders in deze Overeenkomst of Nadere Overeenkomsten daaromtrent is bepaald, is ieder der partijen gerechtigd:*
- a) *deze Overeenkomst en/of de Nadere Overeenkomsten door middel van een aangetekend schrijven te ontbinden indien de andere partij, na een deugdelijke, schriftelijke ingebrekestelling stellende een redelijke termijn voor zuivering van de ernstige tekortkoming, in gebreke blijft aan zijn verplichtingen uit deze Overeenkomst respectievelijk uit de Nadere Overeenkomsten te voldoen.*
 - b) *zonder dat enige aanmaning of ingebrekestelling zal zijn vereist, buiten rechte deze Overeenkomst en/of de Nadere Overeenkomsten door middel van een aangetekend schrijven met onmiddellijke ingang geheel of gedeeltelijk te ontbinden indien:*
 - *de andere partij zijn eigen faillissement aanvraagt of in staat van faillissement wordt verklaard;*
 - *de onderneming van de andere partij wordt geliquideerd;*
 - *de andere partij zijn huidige onderneming staakt;*
 - *buiten toedoen van deze partij op een aanmerkelijk deel van het vermogen, Programmatuur van de andere partij executoriaal beslag wordt gelegd,*
 - *de andere partij anderszins niet langer in staat moet worden geacht de verplichtingen uit deze Overeenkomst en/of de Nadere Overeenkomsten na te komen.*
- 23.2. *Opdrachtgever is gerechtigd deze Overeenkomst en eventuele Nadere Overeenkomsten met onmiddellijke ingang te ontbinden door middel van een aangetekend schrijven, (a) indien Leverancier bij herhaling de in de SLA opgenomen service levels niet haalt en er ook na overleg en een laatste waarschuwing van Opdrachtgever geen substantiële en duurzame verbetering optreedt, of (b) indien Leverancier zich terugtrekt van de Nederlandse markt dan wel (c) Alert Portugal stopt met de exploitatie en/of de ontwikkeling van de Programmatuur, of (d) indien Leverancier of Alert Portugal surséance van betaling aanvraagt. Een dergelijke ontbinding laat de overige rechten van Opdrachtgever onverlet.*
(...)
- 23.8. *Indien Leverancier er niet in slaagt om de papierloze status voor alle clusters van Opdrachtgever te realiseren voor 1-1-2012, overeenkomstig de Functionele Specificaties, en/of indien op enig moment aannemelijk wordt dat Leverancier hierin niet tijdig zal slagen, dan kan Opdrachtgever te allen tijde tussentijds de Overeenkomst beëindigen met opgave van reden aan de Leverancier. In dat geval kan Leverancier jegens Opdrachtnemer generlei aanspraak maken op kosten- of schadevergoeding of andere betalingen.*
(...)"

2.5. Voorafgaand aan het ondertekenen van de ROVK hebben partijen gezamenlijk een planning gemaakt voor het aanpassen van het bestaande product Alert® aan de Nederlandse zorgmarkt en aan de specifieke eisen en wensen van JBZ. Op 15 juli 2008 zijn de door Alert c.s. te ontwikkelen aanpassingen vastgelegd in een '*roadmap*' (hierna: de Roadmap). In de Roadmap is uitgewerkt welke functionaliteiten per versie (release) van Alert® beschikbaar zullen komen en wanneer de verschillende functionaliteiten zullen

worden opgeleverd. Partijen hebben besproken dat de ontwikkeling van Alert® en de implementatie daarvan zullen zijn afgerond vóór de verhuizing van JBZ naar de nieuwbouw – in het voorjaar van 2011 – en dat op 2 mei 2011 alle modules zijn ingevoerd en (daarmee) het volledige project is afgerond. De aanpak en planning voor de implementatie van Alert® bij JBZ zijn vastgelegd in een projectplan (hierna: het Projectplan). De Roadmap (Bijlage 11) en het Projectplan (Bijlage 8) vormen onderdeel van de ROVK.

- 2.6. In januari 2010 vindt een bespreking tussen partijen plaats over een aanpassing van de 'overall planning'. Belangrijkste aanleiding daartoe is het vertraagd beschikbaar komen van release v2.6.0. van Alert®. Op 21 juli 2010 bereiken partijen overeenstemming over een nieuwe planning. De gemaakte afspraken worden neergelegd in een document met de titel "Change Proposal" (hierna: CP).
- 2.7. Op 27 juli 2010 en 18 november 2010 komen partijen – in afwijking van de eerder in de ROVK neergelegde betalingsafspraken – overeen dat JBZ aan Alert c.s. een bedrag van in totaal € 3.080.569,92 (incl. BTW) vooruitbetaalt. Alert c.s. geeft in ruil hiervoor twee bankgaranties af, die JBZ uiterlijk op 31 juli 2011 kan inroepen.
- 2.8. Op 21 december 2010 ondertekenen partijen een Addendum. Daarmee wordt het CP van 21 juli 2010 integraal onderdeel van de ROVK (Appendix 28).
- 2.9. In de periode januari tot en met april 2011 verhuist het JBZ naar haar nieuwe locatie in 's-Hertogenbosch.
- 2.10. In januari 2011 komt de projectmanager van JBZ ([A]) met een voorstel voor een nieuwe planning. In dit stuk, getiteld "Status and Outline GoLive", stelt JBZ voor de datum voor GoLive uit te stellen van 1 oktober 2011 tot 1 februari 2012. JBZ schrijft hierin onder meer het volgende:
- (pg. 6)
- It is obvious that the planning for IAT is heavily influenced by the events of the past months. Therefore it can be concluded that the indicated dates for the phases GoLive ER and Care logistics have to be rescheduled. The planning for IAT was included in the Change Proposal and had the indicated dates:*
- April 2011 for ER*
- June 2011 for care Logistics*
- Beginning of 2012 for EHR per specialism*
- Planning for IAT has to be rescheduled due to delay of preparation of pre production environment.*
- Conclusion 1: replanning of GoLive phases ER and Care logistics**
- Conclusion 2: it is assumed that Alert and JBZ both need more preparation time on installation, (fixes, releases, corrections findings), configuration, parameterization.**
- (...)
- (pg. 9)
- 1.5 **Go Live Scenario**
- (...)
- These outcomes and the fact that the IAT was delayed for five months leads to an adjusted Golive scheme with proposed dates: (...)"*
- 2.11. Tijdens de Stuurgroepvergadering van 17 maart 2011 wordt het stuk "Status and Outline GoLive" besproken. Tijdens deze vergadering maakt Alert c.s., bij monde van haar projectleider Niek [B], bewaar tegen het voorgestelde uitstel van de datum voor GoLive tot 1 februari 2012. Naar aanleiding daarvan wordt voor 31 maart 2011 een bespreking gepland tussen de heer [B] en de raad van bestuur van het JBZ over de financiële consequenties van het uitstel voor Alert c.s..
- 2.12. Op 30 maart 2011 laat de heer [C], president en oprichter van Alert Portugal en managing director van Alert Nederland, JBZ weten dat de heer [B] niet langer werkzaam is voor Alert c.s. De heer [D], projectdirecteur, laat [C] daarop namens JBZ weten dat de bespreking op 31 maart 2011 geen doorgang zal vinden en dat JBZ eerst de resultaten van een gesprek tussen Alert c.s. en de bestuurders van haar Nederlandse klanten (waaronder JBZ zelf) wil afwachten.
- 2.13. Bij e-mail van 14 april 2011 laat JBZ Alert c.s. weten, samengevat, dat JBZ nog altijd de absolute intentie heeft om de samenwerking met Alert c.s. en de implementatie van Alert® in haar ziekenhuis voort te zetten, maar dat het plotselinge vertrek van de heer [B] haar – en de andere Nederlandse klanten van Alert c.s. – heeft verrast en dat dit aanleiding is geweest tot overleg tussen deze Nederlandse klanten. JBZ dringt aan op een bilateraal overleg tussen Alert c.s. en (de gehele Raad van Bestuur van) JBZ, onder de voorwaarde dat Alert c.s. haar kritiek op de heer [D] intrekt.
- 2.14. Op 23 april 2011 doet [C] JBZ een financieel voorstel op basis waarvan Alert c.s. bereid is de onderhandelingen over het project te heropenen. In reactie hierop schrijft JBZ op 11 mei 2011:
- (...)
- Of course we understand that the delay in the project means that Alert has to wait longer for the payments. Furthermore we realize that the financial situation in Portugal brings difficulties for your company too. We are therefore willing to do some financial concessions to help Alert and to*

change some of the financial conditions of the agreement. However this will only happen in case they are embedded in a broader agreement, which also contains the guarantees and measurements that need to be taken by Alert in order to give us confidence again in the successful implementation of the Alert software in our hospital.

In our point of view this broader agreement means the following:

First of all we expect Alert meets the requests of the four hospitals, as laid down in attachment 1 to this letter. JBZ fully agrees with these demands.

In addition to this JBZ has the following additional requests to Alert:

Product development and implementation

- *The partial and integral acceptance procedures will be executed in line with the agreement and will be regarded as milestones;*
- *Alert will supply enough qualified people (...);*
- *Alert agrees with the document "Status and outline Go Live" (...);*
- *Alert will take adequate measures to ensure that it has good knowledge of (implementations in) the Dutch hospitals and it will connect the knowledge of its software with the knowledge of the Dutch hospitals for every aspect of the implementation (...);*
- *Alert must acknowledge the fact that implementation of an Electronic Health Record is a continuing process that demands specific expertise and competences;*

Project organization

- *The current project organization of JBZ will remain unchanged (...) and is the responsibility of JBZ only.*
- *The project management of Alert needs to be improved and needs to shift its focus towards an overall management of the project. The continuity of the project management of Alert is crucial in order to realise a successful implementation.*

Financial

- *Alert will respect the existing financial conditions in the agreement, connected to the acceptance procedures and milestones agreed upon, unless the conditions are altered in mutual agreement by means of an addendum to the agreement;*
- *Given the fact that Alert requests considerable extra payments and changes in the payment conditions, JBZ demands – in addition to the request of the 4 hospitals to give insight in the financial position of Alert – Alert to deliver objective and convincing proof (...) that its financial position is sound and healthy and that it has the financial means to keep investing in the Dutch market and to complete the implementation of the software at JBZ.*

In addition, we would like to receive a general guarantee of Alert that it still is fully committed to implement the Alert software at the Dutch market and the JBZ in particular and that it is still willing and able to fulfil all its obligations arising out of the agreements with JBZ.

*We would like to receive your written confirmation that Alert will meet these requests no later than **May 18, 2011**.*

(...)

*Because the execution of the audit and the evaluation of the outcome will take some weeks (the estimate is four weeks), we request Alert to extend the term of the two bank guarantees up to July 15, 2011. This enables us to make a careful assessment of the situation and – if JBZ decides to proceed – to renegotiate the financial conditions and guarantees of the agreement with Alert. Please let us know before **May 18, 2011**, if Alert is willing to cooperate with us. (...)"*

2.15. Op 12 mei 2011 vindt een bespreking plaats tussen JBZ en (de directie van) Alert c.s., waarbij onder meer wordt afgesproken dat Alert c.s. uiterlijk op 30 mei 2011 inhoudelijk zal kunnen reageren op de brief van JBZ van 11 mei 2011.

2.16. Op 20 mei 2011 reageert JBZ op de door Alert c.s. opgestelde concept notulen van de vergadering van 12 mei 2011:

"(...)

We look back at a good meeting with the complete board of Alert at our new hospital last Thursday. We had a good discussion and both parties have tried to find ways to move forward.

(...).

During the meeting we also agreed that Alert will respond to our letter dated May 11th by May 30th, 2011. We have come to the conclusion however, that the date we agreed upon, i.e. May 30th, is too late and too near to the final date on which the bank guarantees can be invoked. We therefore kindly request you to send your answer not later than May 23, 2011.

With regard to the bank guarantees, JBZ kindly requests Alert to extend both bank guarantees until August 1, 2011. As stated in our letter and as explained in our meeting, the outcome of the audit will be of great importance to JBZ in making a decision concerning the continuation of the project, as well as the changes in the agreement and the possible financial concessions to Alert. In the meantime, JBZ needs to preserve its rights and to safeguard its financial position. Due to these facts, we request that you confirm no later than 23 May, 2011, that Alert is willing to extend both bank guarantees. (...)

We are looking forward to your reply and to our further discussions to get the project back on the track again. (...)"

2.17. In een e-mail van 23 mei 2011 laat Alert c.s. aan JBZ weten dat zij akkoord gaat met de gevraagde verlenging van de twee bankgaranties. Op 31 mei 2011 bevestigt JBZ aan Alert c.s. dat de bankgaranties zijn verlengd tot 1 augustus 2011.

2.18. Op 13 juli 2011 schrijft JBZ aan Alert c.s.:

"(...)

Last chance

In view of the above mentioned conclusions and taking into account that the bank guarantees must be invoked ultimately on July 31, 2011, JBZ wants to take a decision about the continuation of the project on very short notice.

We will only be able to take a positive decision, if Alert finally takes its responsibility and accepts that some fundamental changes in the execution of the implementation need to be made on the side of Alert. We need several written unconditional guarantees of Alert on short notice to restore our confidence in the project and Alert.

*As a first step we therefore request the written confirmation of Alert, to be received by us not later than **July 20th, 2011**, regarding the following:*

1. Alert needs to confirm that it is willing to change the way the implementation of the software and the project management at our hospital is executed by Alert and that it is willing to take appropriate steps to realise these changes on short notice.

Appropriate steps could mean either

(a) to strengthen Alert Nederland (...),

(b) to proceed the implementation with a third party, a Dutch IT-company specialized in implementation services, that will act as an intermediate between Alert Portugal and the Dutch customers, or

(c) to accept that the Dutch customers will implement the software themselves, by means of a joint implementation- and customization organization that will take the lead in the implementation, giving directions to the development department of Alert Portugal.

In all three scenario's a new planning is necessary with strict deadlines and penalties and other sanctions (including termination of the agreement) in case Alert does not meet the milestones agreed upon.

Please note that on basis of the E&Y audit, our own assessment, the experiences of the other Dutch customers and the fact that Alert has not reacted upon our requests to take adequate measures to strengthen the position of Alert Nederland during the last months, JBZ and the other Dutch customers do not consider (a) to be realistic anymore.

*2. Alert needs to confirm that it is willing to fully cooperate to an extensive product quality test of its software (...) to be performed by a third party (...) and needs to be completed before **September 15, 2011**. In case the test results point out that the software is not fit for use for JBZ and the problems cannot be solved within a reasonable time, the implementation will be stopped and the agreement will be terminated immediately by JBZ.*

*3. Alert needs to confirm that it will provide before **August 15, 2011**, objective and convincing proof, by means of statements of an independent accountant and/or the bank of Alert, that its financial position is sound and healthy and that Alert has the financial means to keep investing in de Dutch market and to complete the implementation of the software at JBZ.*

4. Alert needs to guarantee that it is still fully committed to implement the Alert software on the Dutch market and at JBZ in particular and that it is still willing and able to fulfil all of its obligations arising out of the agreements with JBZ, taking into account the points mentioned here above.

5. Alert needs to confirm that the project team of JBZ is the responsibility of JBZ (or the joint hospitals if we come to a joint organization as mentioned under point 1 here above).

*6. Alert needs to confirm that it is willing to discuss and negotiate in good faith an addendum to the agreement and a new planning/Outline go live, to be concluded before **September 15, 2011**, in which the abovementioned points are incorporated, as well as the other demands and requests of JBZ that have been brought up in our earlier letters, as far as still applicable after this letter.*

*If we have not received the written confirmation of Alert as requested in all these six points at **July 20, 2011** latest, Alert will be in default and JBZ will be forced to invoke the two bank guarantees, to terminate the agreements and to claim back payments made and additional damages. (...)*

*If we do receive the requested written confirmation, the second step would be to come to an agreement on headlines or a Letter of Intent before **August 1, 2011**. The third and final step would be the signing of an addendum to the agreement and a new planning/Outline go live before **September 15, 2011**, as mentioned in point 6 here above. In case the second or third step is not realized in time, JBZ preserves the right to take the legal measures mentioned here above.*

(...)"

2.19. Op 13 juli 2011 schrijven vier Nederlandse klanten van Alert – drie ziekenhuizen, waaronder JBZ, en een ziekenhuisapotheek – een gezamenlijke brief aan Alert c.s., waarin zij erop aandringen om op korte termijn een bespreking te plannen over de te volgen strategie voor de verdere implementatie van Alert® in Nederland, de kwaliteit van het product Alert®, de financiële situatie van Alert c.s. en aanpassing (qua planning en voorwaarden) van de bestaande overeenkomsten tussen Alert c.s. en haar Nederlandse klanten.

2.20. Naar aanleiding van de onder 2.19. genoemde brief van 13 juli 2011 vinden op 19 en 27 juli 2011, de eerste in Porto en de tweede op Schiphol, besprekingen plaats tussen Alert c.s. en de vier Nederlandse klanten. Afsproken wordt dat laatstgenoemden de tijdens die besprekingen gemaakte afspraken nader zullen uitwerken in een "Letter of Intent" (LOI), welke op korte termijn door alle partijen zal worden ondertekend.

2.21. Bij brief van 15 augustus 2011 leggen de Nederlandse klanten de LOI in concept voor aan Alert c.s.

2.22. Op 20 september 2011 geeft Alert c.s. uitvoerig schriftelijk commentaar op de concepttekst van de LOI.

2.23. Bij brief van 3 oktober 2011 schrijft JBZ onder meer aan Alert c.s.:

"In our letter of July 13, 2011 we have made very clear that the situation had become very urgent as a result of the shortcomings of Alert, the substantial delay that had arisen as a result thereof and the fact that Alert did not take its responsibility and no progress was made with the discussions about a new planning and other demands of JBZ to get the project back on track again.

We have also clearly pointed out the guarantees that had to be given and the three steps that had to be taken by Alert to come to a positive decision about the continuation of the project.

We have also made clear that if the guarantees would not be received or if one of the steps could not be taken within the specified time frame, Alert would be in default and JBZ would be forced to invoke the two bank guarantees, to terminate the agreements and to claim back our payments made and claim additional damages.

Taking the foregoing into consideration, we have to conclude that Alert had not taken the last chance offered in our letter. From your reaction on the draft LOI it has become clear that Alert is not willing to give the requested guarantees and that the other steps can also not be taken, at least not within the terms mentioned in the letter or the terms discussed at Schiphol.

Consequently, we hereby terminate the framework agreement of July, 16, 2008 with Alert, as well as all related agreements between our organizations, including the agreement regarding e-learning. The termination is principally based on article 23.1. Alternatively, in the unlikely event that this ground could not be legally invoked by JBZ, the termination is based on article 23.1b, article 23.8 and article 5.3.

Article 23.1a: Alert has severely breached its obligations

(...)

The following examples can be mentioned (this list is not exhaustive):

- Alert has repeatedly not met deadlines and milestones agreed upon and has delivered less functionality than was agreed upon.
- (...)

The result of these shortcomings is *inter alia* that JBZ could not use the software at the time of the relocation to the new hospital site of JBZ (...).

Article 23.1b – Alert is no longer considered able to fulfil its obligations

(...)

Apart from the grounds that have been mentioned here above to substantiate the shortcomings of Alert, JBZ can substantiate the termination on basis of this provision on the following grounds:

(...)

The fact that Alert has made it clear on several occasions that it is not able and not willing to fulfill its obligations under the agreements with JBZ, unless considerable extra payments are made by JBZ and a new payment schedule is agreed upon that is unfavourable for JBZ.

(...)

Article 23.8 – no paper free status

This article can also be invoked by JBZ, because it is out of the question that the paper free status for all clusters of JBZ will be realized before January 1, 2012, in accordance with the functional specifications. (...)

Although the parties have adjusted the planning a couple of times, this article is deliberately never adjusted.

Article 5.3 – termination with notice period of one year

In the unlikely event that all the grounds for termination mentioned here above would not have the desired effect, the agreement is hereby terminated by JBZ with a notice period of one year, on the basis of article 5.3 of the agreement. This means that the agreement will end in any event no later than October 3, 2012. (...)"

2.24. Bij brief van 10 oktober 2011 schrijft Alert c.s. onder meer aan JBZ:

"We were expecting a mark-up of the Letter of Intent from Jeroen Bosch Ziekenhuis (JBZ) but we received a termination letter instead. This was quite an unpleasant surprise.

Good faith negotiations were ongoing and parties had made considerable progress.

(...)

Therefore, we urge you to resume negotiations. (...) JBZ and ALERT clearly know each other's conditions (we worked them out in the Letter of Intent) so as soon as this is properly reflected in the Letter of Intent, ALERT will resume the project by the push on a button. We will keep ourselves available to meet in the Netherlands at your earliest convenience, ideally even this week.

If resuming the project is no option, which would be a tremendous waste of energy, time and money for both ALERT and JBZ, we still feel that JBZ should meet with ALERT and discuss alternative ways to deal with this crisis.

(...)”

2.25. Bij brief van 31 oktober 2011 schrijft JBZ onder meer aan Alert c.s.:

“In response to your letter of October 10, 2011 I hereby inform you that our decision to terminate our Agreement with Alert is final. This means that we do not see any reason for having a meeting to discuss alternative ways to deal with this situation.”

3 Het geschil

3.1. JBZ vordert (samengevat) dat de rechtbank bij vonnis, zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

primair:

voor recht verklaart dat de ROVK door JBZ op rechtsgeldige wijze is ontbonden bij brief van 3 oktober 2011, dan wel,

subsidiair:

de ROVK per datum vonnis ontbindt,

zowel primair als subsidiair:

Alert c.s. hoofdelijk veroordeelt tot nakoming van de uit de ontbinding voortvloeiende ongedaanmakingsverbintenissen, bestaande uit terugbetaling aan JBZ van een bedrag van € 1.175.854,86 inclusief BTW, te vermeerderen met wettelijke (handels)rente vanaf 15 oktober 2011 tot aan de dag van algehele voldoening,

meer subsidiair:

voor recht verklaart dat JBZ de ROVK bij brief van 3 oktober 2011 rechtsgeldig heeft opgezegd tegen 3 oktober 2012,

primair, subsidiair en meer subsidiair:

- Alert c.s. hoofdelijk veroordeelt tot betaling aan JBZ van een schadevergoeding ter grootte van € 8.000.000,00, te vermeerderen met wettelijke (handels)rente vanaf 15 oktober 2011 tot aan de dag van algehele voldoening,
- Alert c.s. hoofdelijk veroordeelt in de kosten van deze procedure.

3.2. JBZ heeft aan haar vorderingen ten grondslag gelegd dat Alert c.s. ernstig tekort is geschoten in de nakoming van haar contractuele verplichtingen en verzuimd heeft deze tekortkomingen tijdig te herstellen, zodat JBZ ingevolge (1) artikel 23 lid 1 onder a, dan wel (2) artikel 23 lid 1 onder b, dan wel (3) artikel 23.8 van de ROVK gerechtigd was (is) de overeenkomst te (doen) ontbinden. Door deze ontbinding zijn, aldus JBZ, wederzijds ongedaanmakingsverplichtingen ontstaan. JBZ stelt zich in dat verband op het standpunt dat de waarde van de prestaties van Alert c.s. voor JBZ moet worden gesteld op nihil, zodat Alert c.s. (per saldo) is gehouden tot volledige terugbetaling van hetgeen JBZ gedurende het project aan haar heeft voldaan. Daarnaast stelt JBZ dat Alert c.s. is gehouden tot vergoeding van de schade die JBZ heeft geleden als gevolg van de tekortkomingen van Alert c.s.

Zij maakt in dat verband aanspraak op vergoeding van (onder meer) onnodig aangeschafte licenties en hardware, kosten die gemoed waren met een tijdelijke ICT-noodvoorziening rondom de verhuizing van het ziekenhuis, personeelskosten, advies- en consultancykosten, juridische bijstand en kosten van het voortgezet gebruik van bestaande softwaresystemen. De meer subsidiair aangevoerde opzegging heeft JBZ gegrond op artikel 5.3 van de ROVK.

3.3. Alert c.s. voert verweer. Haar meest vérstrekkende verweer houdt in, samengevat, dat zij op 3 oktober 2011 niet in verzuim verkeerde, zodat JBZ niet bevoegd was om de ROVK per die datum buitengerechtigd te ontbinden. Vanaf het moment dat JBZ de ROVK – volgens Alert c.s. ten onrechte – heeft ontbonden, was Alert c.s. niet meer gehouden om de op haar rustende contractuele verplichtingen verder uit te voeren. Zij is dus ook niet op een later moment in verzuim kunnen raken. Dit maakt, aldus Alert c.s., dat zowel het primair als het subsidiair door JBZ gevorderde moet worden afgewezen. Tegen de (meer subsidiaire) opzegging van de ROVK door JBZ tegen 3 oktober 2012 heeft Alert c.s. geen verweer gevoerd.

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

4 De beoordeling

Bevoegdheid en toepasselijk recht

4.1. Nu Alert Portugal in het buitenland is gevestigd, heeft deze zaak een internationaal karakter. Dat maakt dat allereerst ambtshalve moet worden beoordeeld of de Nederlandse rechter bevoegd is van de vordering kennis te nemen. Deze vraag dient te worden

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 Portugal hierbij verdragsluitende partij zijn. Partijen hebben in artikel 24.1. van de ROVK de (Nederlandse) rechter in het arrondissement 's-Hertogenbosch exclusief bevoegd verklaard in de zin van artikel 23, eerste lid, EEX-Vo. Gelet hierop acht de rechtbank Oost-Brabant – onder welke naam de rechtbank 's-Hertogenbosch per 1 januari 2013 is verder gegaan – zich bevoegd om van het geschil kennis te nemen.

- 4.2. De vraag naar het toepasselijk recht dient te worden beantwoord aan de hand van het EEG-Overeenkomstenverdrag (EVO). Partijen hebben in artikel 24.2. van de ROVK uitdrukkelijk bepaald dat op hun rechtsverhouding Nederlands recht van toepassing is en daarmee een rechtskeuze gemaakt als bedoeld in artikel 3 van het EVO. De rechtbank zal de vordering van JBZ daarom beoordelen naar Nederlands recht.
- 4.3. Bij de verdere beoordeling van het geschil stelt de rechtbank het volgende voorop. JBZ en Alert c.s. zijn, na een uitgebreid selectie- en voorbereidingstraject, in juli 2008 gezamenlijk begonnen aan een complex software-ontwikkelproject. Het einddoel van dit project was het implementeren van het oorspronkelijk Portugese softwareproduct Alert® in de organisatie van JBZ. Teneinde dit te kunnen realiseren moest dit product worden aangepast aan de Nederlandse zorgmarkt – die, anders dan de Portugese zorgmarkt, wordt gefinancierd op basis van diagnosebehandelcombinaties (DBC's) – en moesten daarnaast nog diverse individuele functionaliteiten worden ontwikkeld voor JBZ (de 'Roadmap'). Uit het Projectplan van 20 juni 2008 (Bijlage 8 bij de ROVK) blijkt dat partijen zich bij het aangaan van de ROVK rekenschap hebben gegeven van de risico's van dit ambitieuze ontwikkeltraject en de daarmee gemoede financiële en personele investeringen, zowel aan de zijde van JBZ als aan de zijde van Alert c.s. Omdat Alert Nederland nog een jonge, zich zettende leverancier was, werd van Alert Portugal een leidende rol verwacht bij de verdere ontwikkeling van Alert®. De complexe samenwerkingsrelatie die partijen met de ROVK zijn aangegaan, was in hoge mate gebaseerd op wederzijds vertrouwen, en het welslagen van het project was afhankelijk van het voortdurend onderling afstemmen van ieders professionele inbreng.
- 4.4. Ter beoordeling ligt voor de vraag of JBZ bevoegd was om de ROVK per 3 oktober 2011 buitengerechtelijk te ontbinden en daarmee de samenwerkingsrelatie tussen partijen te beëindigen. Indien komt vast te staan dat JBZ die bevoegdheid op dat moment (nog) niet had, zal aan de orde komen of de subsidiair door JBZ gevorderde ontbinding per datum vonnis toewijsbaar is.

(1) Ontbinding op grond van art. 23.1 sub a ROVK, artikel 6:83, aanhef en sub a, BW of artikel 6:83, aanhef en sub c, BW?

- 4.5. De rechtbank zal als eerste het beroep van Alert c.s. op het ontbreken van verzuim beoordelen. Bij die beoordeling zal het wettelijke systeem van ingebrekestelling en verzuim van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) het vertrekpunt zijn, omdat partijen ter comparitie hebben aangegeven dat zij niet hebben beoogd om daaromtrent een afwijkende contractuele regeling te treffen.
- 4.6. JBZ heeft niet, althans niet gemotiveerd, gesteld dat ten tijde van het uitbrengen van haar ontbindingsverklaring (dan wel op enig moment daarna) sprake was van een blijvende of tijdelijke onmogelijkheid van nakoming aan de kant van Alert c.s.. Dat betekent dat het bestaan van verzuim aan de kant van Alert c.s. een vereiste is.

a. Verzuim ingetreden zonder ingebrekestelling?

a.1. Fatale deadlines?

- 4.7. JBZ heeft Alert c.s. in haar ontbindingsverklaring het verwijt gemaakt dat zij bij herhaling de overeengekomen deadlines en milestones niet heeft gehaald. Ter comparitie heeft JBZ dit verwijt ingekleurd als een beroep op artikel 6:83, aanhef en sub a, BW, waarin is bepaald dat verzuim zonder ingebrekestelling intreedt wanneer een voor de voldoening bepaalde termijn verstrijkt zonder dat de verbintenis is nagekomen, tenzij blijkt dat de termijn een andere strekking heeft.
- 4.8. JBZ besteedt in de dagvaarding – onder meer waar zij ingaat op schadepost C (Noodzakelijke tijdelijke ICT-oplossing verhuizing ziekenhuis) – uitvoerig aandacht aan de omstandigheid dat de oplevermomenten in het oorspronkelijke Projectplan (bijlage 8 bij de ROVK) niet zijn gehaald. De rechtbank gaat aan deze omstandigheid voorbij en overweegt daartoe als volgt. Tussen partijen is niet in geschil dat zij in juli 2010 – na uitvoerige onderhandelingen – een nieuwe, volledig herijkte planning van het project zijn overeengekomen, waarin de oorspronkelijke gedachte dat Alert® live zou gaan vóór de verhuizing van JBZ naar de nieuwe locatie, definitief is losgelaten: het 'Change Proposal' (hierna: CP). Uit de gedingstukken blijkt niet dat JBZ hierbij een (juridisch) voorbehoud heeft gemaakt ten aanzien van de – volgens de eigen stellingen van JBZ voor haar toch aanzienlijke – financiële en organisatorische consequenties van het uitstel van de GoLive datum. Dat leidt de rechtbank tot de conclusie dat, indien al zou moeten worden aangenomen dat de in het oorspronkelijke Projectplan opgenomen data tussen partijen waren aan te merken als termijnen met ingebrekestellende kracht, het eventueel door het verstrijken van die data ingetreden verzuim van Alert c.s. is komen te vervallen met de ondertekening door JBZ van het CP op 21 december 2010.

- 4.9. Vervolgens is aan de orde of de (nieuwe) opleverdata die partijen in het CP hebben gekoppeld aan het behalen van bepaalde 'milestones', tussen partijen hebben te gelden als fatale termijnen in de zin van artikel 6:83, aanhef en onder a, BW. JBZ heeft zich ter comparitie op het standpunt gesteld dat alle in het CP genoemde termijnen fataal waren, terwijl Alert c.s. de ingebrekestellende kracht van die termijnen gemotiveerd heeft betwist.
- 4.10. Zoals JBZ terecht heeft gesteld, is het uitgangspunt van de wet dat contractueel vastgelegde termijnen in beginsel fataal zijn. De tekst van het CP wijst naar het oordeel van de rechtbank echter juist op een andere strekking van de daarin genoemde data:
- Uit het schema in het kader op pagina 19 blijkt dat werd uitgegaan van 1 oktober 2012 als nieuwe datum voor GoLive. De tekst direct daaronder luidt: "*Please note: dates are only an indication.*" (De advocaat van) JBZ heeft hierover ter comparitie ook zelf verklaard dat de data op pagina 19 van het CP "geen harde, maar indicatieve opleverdata zijn".
 - In de tabel op pagina 35 zijn de nog niet bereikte milestones, anders dan in het oorspronkelijke Projectplan, niet langer gekoppeld aan een bepaalde einddatum, maar is de status ervan omschreven als "*pending*" (niet afgedaan).
 - Onder de tabel op pagina 35, onder het kopje 'Master Project Planning', staat dat de acceptatie van versie 2.6.0 van de software en de eerste GoLive – twee essentiële milestones – "*for the time being*" staan gepland op 28 februari en 15 april 2011.
 - Op pagina 36 wordt over de planning opgemerkt: "*Detail determination takes place after the Change Proposal has been determined.*"

Ook in het door JBZ zelf opgestelde stuk "Status and Outline GoLive" (dgv. prod. 27, pg. 6), dat voorziet in een voorstel voor het aanpassen van de planning naar aanleiding van de vertraging die is opgetreden tijdens de voorbereiding van de Integrale Acceptatietest (IAT), worden de in het CP genoemde termijnen gekwalificeerd als "*indicated dates*". Niets wijst erop dat JBZ bij die gelegenheid juridische of financiële consequenties heeft verbonden aan de omstandigheid dat de in het CP vastgelegde planning – wat haar betreft – opnieuw moest worden herzien. Ook in de periode daarna, bijvoorbeeld bij gelegenheid van de sommatiebrief van 13 juli 2011 of in de ontbindingsverklaring van 3 oktober 2011, is Alert c.s. niet (formeel) aangesproken op het niet-halen van de termijnen uit het CP. Dit alles leidt de rechtbank tot de conclusie dat de in het CP opgenomen opleverdata in zoverre flexibel waren dat zij gedurende het project steeds vatbaar waren voor (of zelfs uitgangspunt van) nadere onderhandeling. Het enkele verstrijken van deze termijnen heeft aldus niet geleid tot het intreden van verzuim aan de zijde van Alert c.s.. De rechtbank neemt daarbij mede in aanmerking dat partijen steeds gezamenlijk verantwoordelijk zijn geweest voor het projectmanagement en ook allemaal vertegenwoordigd waren in de Stuurgroep.

a.2. Verzuim ingetreden door mededelingen van Alert c.s.?

- 4.11. JBZ heeft in de dagvaarding verder gesteld dat Alert c.s. bij herhaling in woord en geschrift kenbaar heeft gemaakt dat zij niet bereid was om haar uit de ROVK voortvloeiende verplichtingen na te komen. Voor zover JBZ hiermee een beroep heeft willen doen op het bepaalde in artikel 6:83, aanhef en onder c BW, kan dit niet slagen. Blijkens de parlementaire geschiedenis (MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, pg. 290) is voor het intreden van verzuim op basis van dit artikel(lid) vereist dat de schuldenaar mededelingen aan de schuldeiser doet waaruit zonder meer kan worden afgeleid dat zij de gevolgen van haar houding – het intreden van verzuim – willens en wetens voor haar rekening neemt (vgl. ook HR 23 maart 2007, NJ 2007/176). JBZ heeft niet onderbouwd uit welke mededelingen van Alert c.s. zij heeft afgeleid – en ook heeft mogen afleiden – dat Alert c.s. niet langer bereid was om haar contractuele verplichtingen na te komen. Uit de houding van Alert c.s. tijdens de onderhandelingen in de zomer van 2011 en/of de door haar voorgestelde tekstuele aanpassingen van de concept-LOI kan dat in elk geval niet worden afgeleid.
- 4.12. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat Alert c.s. niet van rechtswege in verzuim is geraakt.
- b. Verzuim ingetreden door de brief van 13 juli 2011?*
- 4.13. JBZ heeft daarnaast gesteld dat het verzuim van Alert c.s. is ingetreden doordat JBZ haar bij brief van 13 juli 2011 rechtsgeldig in gebreke heeft gesteld en Alert c.s. niet (tijdig) aan de daarin gestelde voorwaarden heeft voldaan. Alert c.s. heeft dit standpunt van JBZ betwist. Zij heeft in dat verband onder meer aangegeven dat de 'ingebrekestelling' voor een aanzienlijk gedeelte betrekking heeft op andere prestaties dan die welke contractueel zijn overeengekomen en dat uit de betreffende brief bovendien niet duidelijk wordt op welke manier Alert c.s. het intreden van het gestelde verzuim zou kunnen voorkomen.
- 4.14. In haar brief van 13 juli 2011 sommeert JBZ Alert c.s. schriftelijk te bevestigen dat zij bereid is te voldoen aan een pakket van zes eisen. Deze eisen zien niet op specifieke contractuele verplichtingen waarin Alert c.s. zou zijn tekortgeschoten, maar op (samengevat) bereidverklaring door Alert c.s. om mee te werken aan wijzigingen in het implementatieproces en het projectmanagement, te participeren in onderzoek door derden naar de kwaliteit van het product Alert®, informatie te verschaffen over de financiële positie van haar onderneming en met JBZ te blijven onderhandelen over een addendum bij de ROVK en een aangepaste planning. Naar het oordeel van de rechtbank kan de brief van JBZ van 13 juli 2011 aldus niet worden aangemerkt als een deugdelijke ingebrekestelling in de zin van artikel 23.1. sub a van de ROVK. De contractuele relatie tussen partijen ziet, zoals reeds eerder overwogen, op het gezamenlijk uitvoeren van een complex ICT-ontwikkelproject, dat betrekking heeft op het (verder) ontwikkelen en implementeren van een voor de Nederlandse zorgmarkt nieuw softwareproduct. Vanaf de aanvang van het project was voor alle betrokken partijen duidelijk dat de voortgang en het succes van het project in grote

mate mede afhankelijk was van de kennis en inzet van ieder van partijen en het zorgvuldig plannen en afstemmen van de werkzaamheden van de diverse projectgroepen. Uit de gedingstukken blijkt dat partijen de oorspronkelijke Projectplanning in onderling overleg meerdere malen hebben aangepast. Zowel uit het Change Proposal als uit andere gedingstukken blijkt dat er gedurende de loop van het project aan beide zijden verbeterpunten zijn geweest en dat partijen elkaar daarop over en weer – zowel op het niveau van de diverse werkgroepen, alsook op hogere projectniveaus – hebben aangesproken. Bezien tegen die achtergrond, moeten aan een ingebrekestelling hoge eisen worden gesteld ten aanzien van het concretiseren van de door de ander na te komen prestaties. Hieraan heeft JBZ naar het oordeel van de rechtbank niet voldaan: Alert c.s. kan uit de brief van 13 juli 2011 niet afleiden wat JBZ feitelijk van haar verwacht en op welke manier zij het intreden van verzuim kan verhinderen. Daar komt nog bij dat JBZ in deze brief voorwaarden stelt aan haar bereidheid om de samenwerking met Alert c.s. voort te zetten welke niet zonder meer zijn terug te voeren op bestaande contractuele verplichtingen. Alert c.s. heeft er in dit verband terecht op gewezen dat, om te kunnen voldoen aan de eisen van de brief van 13 juli 2011, nakoming van haar contractuele verplichtingen niet voldoende was. Het eventueel niet (tijdig) voldoen aan nieuwe wensen van de schuldeiser kan uiteraard niet zonder meer leiden tot het intreden van verzuim aan de zijde van de schuldenaar. Het staat een schuldeiser immers niet vrij de contractuele verplichtingen van de schuldenaar eenzijdig aan te passen.

- 4.15. JBZ heeft verder aangevoerd dat, voor zover haar eisen in de brief van 13 juli 2011 niet zouden corresponderen met concrete contractuele verplichtingen van Alert c.s., deze brief toch ingebrekestellende kracht heeft voor wat betreft (gestelde) tekortkomingen in de prestaties van Alert c.s. die wél rechtstreeks volgen uit de ROVK. Aan deze stelling gaat de rechtbank voorbij, omdat JBZ niet heeft aangegeven welke concrete (opeisbare) prestaties zij daarbij op het oog heeft, terwijl dat ook niet valt op te maken uit de tekst van de brief van 13 juli 2011.
- 4.16. Ook om een andere reden kan JBZ zich niet (langer) beroepen op verzuim dat zou zijn ingetreden op grond van de brief van 13 juli 2011. Partijen zijn in de periode tussen de brief van 13 juli 2011 en de ontbindingsverklaring van 3 oktober 2011 intensief met elkaar in onderhandeling geweest over de wijze waarop het project uit de impasse kon worden gehaald en hoe de samenwerking mogelijk nog kon worden voortgezet. Zijdens JBZ zijn geen feiten of omstandigheden gesteld waaruit is af te leiden dat de in de sommatiebrief van 13 juli 2011 gestelde termijnen voor 'nakoming', waarvan de laatste verstreek op 15 september 2011, tijdens die onderhandelingen ook maar enige rol van betekenis hebben gespeeld. Verder staat tussen partijen vast dat zij elkaar tijdens de onderhandelingen in augustus en september 2011 over een doorstart van het project zeer dicht zijn genaderd. JBZ heeft naar eigen zeggen zelfs enige tijd in de veronderstelling verkeerd dat overeenstemming was bereikt. Uit die feiten en omstandigheden leidt de rechtbank af dat JBZ heeft ingestemd met overschrijding door Alert c.s. van de in de brief van 13 juli 2011 genoemde data, zodat zij op eventuele rechtsgevolgen van deze overschrijding geen beroep meer kan doen.

c. Is het beroep van Alert op het ontbreken van een ingebrekestelling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar?

- 4.17. JBZ heeft ten slotte nog aangevoerd dat, ook in het geval zij Alert c.s. niet deugdelijk in gebreke zou hebben gesteld, het verzuim is ingetreden aan de zijde van Alert c.s., omdat in de gegeven omstandigheden het beroep van Alert c.s. op het niet deugdelijk in gebreke stellen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. JBZ heeft in dat verband gewezen op de uitspraak van de rechtbank Utrecht van 30 mei 2007 in de zaak [E] (LJN: BM0415, Computerrecht 2007/147). JBZ heeft dit beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid echter niet met bijzondere feiten of omstandigheden onderbouwd, zodat de rechtbank hieraan voorbijgaat.
- 4.18. Dit alles leidt tot de conclusie dat JBZ niet bevoegd was de ROVK per 3 oktober 2011 buitengerechtelijk te ontbinden op grond van het bepaalde in artikel 23.1. onder a van de ROVK, artikel 6:83, aanhef en sub a, BW of artikel 6:83, aanhef en sub c, BW.

(2) Ontbinding op grond van artikel 23.1 onder b ROVK?

- 4.19. De tweede grondslag waarop JBZ de gestelde bevoegdheid tot ontbinding van de ROVK heeft gebaseerd, is artikel 23.1. onder b, laatste gedachtestreepje, ROVK (geciteerd in r.o. 2.4.). JBZ heeft ter comparitie gesteld dat deze bepaling ieder van partijen de bevoegdheid geeft de overeenkomst zonder nadere aanmaning of ingebrekestelling te ontbinden op het moment dat zij het vertrouwen in de andere partij heeft verloren. Een dergelijk verlies van vertrouwen doet zich hier voor, aldus JBZ. Alert c.s. betwist dat artikel 23.1. onder b, laatste gedachtestreepje, ROVK op die wijze moet worden uitgelegd.
- 4.20. De vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding van partijen is geregeld en of dit contract mogelijk een leemte laat die moet worden aangevuld, kan niet worden beantwoord op grond van alleen maar een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van dat contract. Het komt bij de beantwoording van die vraag aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de betreffende bepaling mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Daarbij is mede van belang de hoedanigheid van partijen en de rechtskennis die van zodanige partijen kan worden verwacht.

4.21. Uit hetgeen partijen ter comparitie hebben verklaard over de totstandkoming van de tekst van de ROVK, leidt de rechtbank af dat artikel 23.1 onder b van de ROVK gedurende de onderhandelingen tussen partijen geen bijzonder onderwerp van discussie is geweest. In de eerste vier gedachtestreepjes van het betreffende artikel is voorzien in mogelijkheden tot ontbinding in een aantal duidelijke, objectief vast te stellen situaties, waarin (nog) geen sprake hoeft te zijn van een tekortkoming. Het laatste gedachtestreepje biedt een mogelijkheid tot ontbinding in het geval de andere partij 'anderszins niet langer in staat kan worden geacht' (cursivering rechtbank) om de verplichtingen uit de ROVK na te komen. Dit wijst erop, zoals Alert c.s. terecht heeft aangevoerd, dat deze ontbindingsgrond is bedoeld voor – ten tijde van contractsluiting onvoorziene – situaties die naar hun aard vergelijkbaar zijn met de in de eerste vier gedachtestreepjes genoemde omstandigheden. Indien de door JBZ voorgestane uitleg van de in artikel 23.1. onder b, laatste gedachtestreepje, ROVK zou worden gevolgd, zou het ontstaan van de bevoegdheid tot ontbinding – met alle ingrijpende gevolgen voor beide partijen van dien – volledig afhankelijk zijn van de subjectieve wijze waarop de ontbindende partij de mogelijkheden van haar wederpartij tot nakoming van haar contractuele verplichtingen inschat, zelfs op een moment dat nog niet eens sprake is van een daadwerkelijke tekortkoming. Gelet op de aard en omvang van het project en de inhoud van de overige bepalingen van de ROVK, waarin tot in detail is vastgelegd in welke situaties en op welke manier tot ontbinding van de overeenkomst kan worden overgegaan (na een schriftelijke ingebrekestelling, waarin de nalatige partij een redelijke termijn wordt geboden om alsnog na te komen), ligt een dergelijke uitleg van de betreffende bepaling niet in de rede. Dat betekent dat het feit dat JBZ haar vertrouwen in Alert c.s. heeft verloren, haar niet de bevoegdheid geeft om de overeenkomst op grond van artikel 23.1. sub b, laatste gedachtestreepje, ROVK te ontbinden.

(3) Ontbinding op grond van artikel 23.8 van de ROVK?

- 4.22. JBZ heeft haar bevoegdheid tot ontbinding ten slotte nog gebaseerd op de stelling dat het op het moment van haar ontbindingsverklaring op 3 oktober 2011 voor beide partijen 'volstrekt duidelijk' was dat Alert c.s. er niet op tijd, namelijk vóór 1 januari 2012, in zou slagen om de in artikel 23.8. ROVK beschreven papierloze status voor alle clusters van JBZ te realiseren.
- 4.23. In artikel 23.8. ROVK is, voor zover hier relevant, bepaald dat de opdrachtgever de overeenkomst tussentijds kan beëindigen, met opgave van reden aan de leverancier, indien op enig moment aannemelijk wordt dat de leverancier er niet tijdig in zal slagen om voor 1 januari 2012 de papierloze status te realiseren. Ter zitting heeft de rechtbank vastgesteld dat partijen het erover eens zijn dat artikel 23.8. ROVK moet worden beschouwd als een zelfstandige ontbindingsgrond.
- 4.24. JBZ heeft gesteld dat artikel 23.8. ROVK als aparte ontbindingsgrond in de overeenkomst is opgenomen omdat partijen wilden vastleggen dat het niet bereiken van de papierloze status vóór 1 januari 2012 onacceptabel was. Zij heeft daaraan toegevoegd dat partijen zich realiseerden dat er bij een meerjarenproject enige vertraging zou kunnen ontstaan en dat zij daarom – bij het bepalen van de datum waarop de organisatie van JBZ papierloos moest zijn – een ruime marge hebben genomen ten opzichte van de in het Projectplan opgenomen planning. Alert c.s. heeft deze stellingen van JBZ niet (gemotiveerd) betwist, zodat in rechte van de juistheid daarvan moet worden uitgegaan.
- 4.25. De vraag die vervolgens moet worden beantwoord is of, zoals JBZ heeft gesteld en Alert c.s. heeft betwist, de in artikel 23.8. ROVK genoemde deadline van 1 januari 2012 ten tijde van de ontbindingsverklaring van JBZ nog steeds actueel was. Die vraag beantwoordt de rechtbank ontkennend. Tussen partijen is niet in geschil dat de 'milestone' GoLive bereikt moest zijn alvorens het realiseren van de in artikel 23.8. bedoelde papierloze status aan de orde zou kunnen komen. Verder staat tussen partijen vast dat zij de datum voor GoLive bij gelegenheid van het CP hebben uitgesteld tot 1 oktober 2011. Zoals reeds is overwogen onder r.o. 4.7. tot en met 4.10. betrof deze nieuwe datum voor GoLive geen fatale termijn in de zin van artikel 6:83, aanhef en onder a, BW, maar een datum die vatbaar was voor, en ook onderwerp is geweest van, nadere onderhandelingen. Bezien tegen die achtergrond acht de rechtbank het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar om – zo partijen bij gelegenheid van het CP al niet (ook) de datum voor het bereiken van de papierloze status hebben opgeschoven, zoals Alert c.s. heeft gesteld en JBZ heeft betwist – Alert c.s. op 3 oktober 2011, twee dagen na de in het CP genoemde datum voor GoLive, al te confronteren met een ontbinding op grond van het (mogelijk) niet halen van de deadline van artikel 23.8. ROVK. De rechtbank neemt daarbij tevens in aanmerking dat JBZ in januari 2011 zelf nog aan Alert c.s. heeft voorgesteld de datum voor GoLive uit te stellen tot 1 februari 2012, dus tot ná de in artikel 23.8. ROVK genoemde datum.

Tussenconclusie

- 4.26. Uit het voorgaande volgt dat het beroep van Alert c.s. op het ontbreken van verzuim slaagt en dat JBZ op 3 oktober 2011 ook niet op andere gronden bevoegd was de ROVK buitengerechtelijk te ontbinden.

Ontbinding door de rechter

- 4.27. De subsidiair door JBZ gevorderde ontbinding van de ROVK door de rechter kan evenmin worden toegewezen. Nu zulks door Alert c.s. niet is betwist, staat tussen partijen vast dat JBZ de ROVK bij brief van 3 oktober 2011 heeft opgezegd en dat de contractuele opzegtermijn van één jaar inmiddels is verstreken (zie ook hierna onder 4.31.). Aldus is de

contractuele band tussen partijen reeds door opzegging geëindigd en is ontbinding van de ROVK door de rechter niet meer aan de orde.

Slotconclusie ten aanzien van de vorderingen gegrond op ontbinding

- 4.28. Uit hetgeen hiervoor is overwogen volgt dat aan JBZ niet de bevoegdheid toekwam om de ROVK op 3 oktober 2011 buitengerechtelijk te ontbinden en dat haar vordering tot ontbinding van die overeenkomst door de rechter evenmin kan slagen. Dit leidt ertoe dat de rechtbank niet toekomt aan een beoordeling van de vraag of sprake was van een toerekenbare tekortkoming van Alert c.s. Dit onderwerp zal dan ook onbesproken blijven.
- 4.29. JBZ heeft bewijs aangeboden van de stellingen die zij in het kader van haar beroep op ontbinding heeft ingenomen, maar zij heeft in dat verband geen feiten gesteld of te bewijzen aangeboden die kunnen leiden tot een ander oordeel dan hiervoor is gegeven. Daarom gaat de rechtbank aan haar bewijsaanbod voorbij.
- 4.30. De slotconclusie is dat de primair en subsidiair gevorderde verklaringen voor recht zullen worden afgewezen en dat geen ongedaanmakingsverbintenissen zijn ontstaan. Alert c.s. is evenmin gehouden tot (aanvullende) vergoeding van uit de gestelde tekortkomingen voortvloeiende schade.

Opzegging

- 4.31. Nu Alert c.s., zoals hiervoor onder 4.27. reeds is besproken, geen verweer heeft gevoerd tegen de stelling van JBZ dat zij de contractuele relatie tussen partijen op 3 oktober 2011 door opzegging heeft beëindigd tegen 3 oktober 2012, zal de meest subsidiair door JBZ gevorderde verklaring voor recht worden toegewezen als hierna te melden.
- 4.32. Voor zover de vordering van JBZ aldus moet worden begrepen dat zij óók in het geval de ROVK door opzegging is geëindigd aanspraak maakt op vergoeding van schade door Alert c.s., overweegt de rechtbank dat de ROVK daarvoor geen aanknopingspunten biedt en dat JBZ ook geen (andere) feiten of omstandigheden heeft aangevoerd op basis waarvan een op Alert c.s. rustende schadevergoedingsverplichting zou moeten worden aangenomen.

Proceskosten

- 4.33. JBZ zal als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van Alert c.s. worden begroot op:
- exploitkosten € 0,00
 - griffierecht 3.621,00
 - getuigenkosten 0,00
 - deskundigen 0,00
 - overige kosten 0,00
 - salaris advocaat 6.422,00 (2,0 punten × tarief € 3.211,00)
- Totaal € 10.043,00

5 De beslissing

De rechtbank

- 5.1. verklaart voor recht dat de Raamovereenkomst van 16 juli 2008 (inclusief de Nadere Overeenkomsten en Bijlagen) bij brief van 3 oktober 2011 rechtsgeldig door JBZ is opgezegd tegen 3 oktober 2012,
- 5.2. veroordeelt JBZ in de proceskosten, aan de zijde van Alert c.s. tot op heden begroot op € 10.043,00,
- 5.3. verklaart dit vonnis wat betreft de beslissing omtrent de proceskosten uitvoerbaar bij voorraad,
- 5.4. wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit vonnis is gewezen door mr. E.J.C. Adang, mr. I.L.P. Crombeen en mr. M.W. de Hoon en in het openbaar uitgesproken op 21 augustus 2013.