

(Dreigende) tekortkoming en verzuim van IT-dienstverleners

*Polo G. van der Putt*¹

Amsterdam, 5 januari 2011

Gepubliceerd op IT en Recht, nr. IT 199

1. Inleiding

- 1.1. IT-projecten nemen al snel enkele maanden in beslag en soms zelfs jaren, voordat het eindproduct volledig werkend is. Veel projecten lopen uit, kosten meer dan begroot of leveren niet de gevraagde functionaliteit. Vaak vertoont een project al tijdens de rit de eerste tekenen van mislukking. De wet biedt de afnemer dan soms de mogelijkheid om er tussentijds uit te stappen. Uiteraard zijn daar wel voorwaarden aan verbonden. Niet iedere twijfel over de goede afloop is voldoende om ontbinding te rechtvaardigen. Aan voortijdige ontbinding zitten dan ook de nodige haken en ogen en zorgvuldigheid is geboden.
- 1.2. Ook een afnemer die een opleverdatum wel afwacht en pas na een gebrekkige oplevering wil ontbinden, dient zorgvuldig te werk te gaan. Opleverdata blijken door rechters toch niet altijd fataal te worden gevonden en het ontbreken van een ingebrekestelling kan een zaak onderuit halen.
- 1.3. In dit artikel wordt stil gestaan bij de vraag wanneer er sprake is van een (dreigende) tekortkoming en verzuim van een IT-dienstverlener. Onderzocht wordt ook welke acties de afnemer kan instellen. Over deze onderwerpen zijn handboeken vol te schrijven. Het artikel beoogt dan ook niet alle aspecten volledig te doorgronden, maar om een handzaam overzicht te geven van de belangrijkste leerstukken, waar mogelijk aan de hand van jurisprudentie in IT-zaken.² Dit artikel laat daarom noodgedwongen vele aanpalende onderwerpen links liggen, zoals de vraag welke verplichtingen er rusten op een IT-dienstverlener en de vraag wanneer een tekortkoming ernstig genoeg is om een overeenkomst te ontbinden.
- 1.4. IT-dienstverleningsovereenkomsten kennen doorgaans een eigen, van de wet afwijkend regime terzake van tekortkoming en verzuim. Zo wordt vaak bepaald dat aansprakelijkheid voor schade of een recht op ontbinding pas ontstaat nadat de schuldeiser de schuldenaar schriftelijke in gebreke heeft gesteld stellende een redelijke termijn van maximaal 30 dagen, en de schuldenaar ook daarna te kort blijft schieten. Overeenkomsten voorzien doorgaans niet in een automatisch verzuim bij (dreigende) niet-nakoming. De ruimte ontbreekt hier om de vele contractuele regelingen die de praktijk kent te behandelen.

2. Nakoming

- 2.1. De wet verstaat onder een overeenkomst een meezijdige rechtshandeling waarbij een of meer partijen jegens een of meer andere een verbintenis aangaan (art. 6:213 lid 1 BW). De wet definieert niet wat onder een verbintenis wordt verstaan. Algemeen wordt onder een verbintenis begrepen een verplichting om te geven, te doen en/of na te laten. De wet bepaalt ook niet wat het effect is als iemand een verbintenis aangaat. Algemeen wordt aangenomen dat degene die een verbintenis aangaat, zich verplicht om de daaronder begrepen handeling te verrichten.

¹ Advocaat bij Vondst Advocaten N.V., Amsterdam.

² Zie voor een nuttig overzicht van deze leerstukken ook C.A. Streefkerk, *Ingebrekestelling en verzuim bij wanprestatie*, Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht nr. 1, 2004, p. 2-32 en V. van den Brink, *Verzuim en ingebrekestelling (delen I en II)*, Maandblad voor het Vermogensrecht 2005, respectievelijk nr. 10, p. 182-186 en nr. 11, p. 198-203.

- 2.2. Alhoewel de wet dit niet met zoveel worden bepaalt, wordt aangenomen dat zodra de schuldenaar de prestatie heeft uitgevoerd waartoe hij was verplicht, sprake is van nakoming en dat de schuldenaar van de verbintenis is gekweten.
- 2.3. In de definitie van de overeenkomst spreekt de wet over één verbintenis per partij. De praktijk ziet het vaak anders. De verbintenis om simpelweg "een IT-dienst te leveren conform de overeenkomst" zou dermate weinig specifiek zijn, dat een overeenkomst de inhoud van de verbintenis altijd in groter detail zal omschrijven. In een IT-dienstverleningsovereenkomst ontleden partijen hun respectievelijke verbintenis vaak tot diverse deelverplichtingen. Zo kan een overeenkomst voorschrijven dat de diensten dienen te voldoen aan de Service Level Agreement, wet- en regelgeving dient te worden nagekomen, personeel over voldoende ervaring dient te beschikken, etc. Een niet-nakoming van een dergelijke deelverplichting levert dan een niet-nakoming op van de verbintenis van de betreffende partij.
- 2.4. Partijen kunnen tot meer verplicht zijn dan het nakomen van de door hun overeengekomen verplichtingen. De wet bepaalt in art. 6:248 BW dat een overeenkomst niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen heeft, maar ook die welke, naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien. Het is dus mogelijk dat de inhoud van een verbintenis op grond van deze bepaling wordt aangevuld (of beperkt).
- 2.5. Wanneer dient een verbintenis te worden nagekomen? Tenzij anders overeengekomen, of anders voortvloeit uit art. 6:248 BW, kan een verbintenis "terstond" worden nagekomen en kan "terstond" nakoming worden gevorderd (art. 6:38 BW).

"Het woord "terstond" moet natuurlijk niet naar de letter worden genomen; aan de schuldenaar moet naar het beginsel van goede trouw zoveel tijd worden gelaten als hij redelijkerwijs voor het verrichten van zijn prestatie nodig heeft." (T.M. Parl. Gesch. Boek 6, p. 170)

"In het voorlopig verslag werd gevraagd wat is bedoeld met het woord "terstond". De ondergetekende meent dat dat woord hier uitdrukt dat in beginsel noch de schuldeiser aanspraak kan maken op enig uitstel voor het ontvangen van de prestatie, noch de schuldenaar op enig uitstel voor het verrichten van de prestatie. Anderzijds spreekt het vanzelf dat degene die "terstond" nakomt of nakoming vordert, daarbij niet aldus te werk mag gaan dat de wederpartij de gelegenheid wordt ontnomen de prestatie in ontvangst te nemen dan wel deze vrijwillig te voldoen." (M.v.A. II Parl. Gesch. Boek 6, p. 171)

- 2.6. Als partijen een tijdstip voor de nakoming zijn overeengekomen, dan wordt vermoed dat dit slechts belet dat eerdere nakoming wordt gevorderd (art. 6:39 BW).
- 2.7. Het wettelijke systeem komt er bij IT-contracten dus op neer dat gepresteerd dient te worden binnen de overeengekomen termijn. Is geen termijn bepaald, dan is de prestatie weliswaar direct opvorderbaar, maar dient de prestatie binnen redelijke tijd te worden nagekomen, mede afhankelijk van de aard van de overeenkomst en de gewoonte. Wordt een opvorderbare prestatie niet tijdig nagekomen, dan is er sprake van een tekortkoming (zie ook paragraaf 3 hierna).
- 2.8. Op basis van de wet is voortijdig presteren toegestaan, tenzij anders is overeengekomen of anders voortvloeit uit art. 6:248 BW. De aard van IT-dienstverleningscontracten zal al snel in de weg staan aan voortijdig presteren. Zo maken partijen bij een software-implementatieproject vaak gedetailleerde afspraken over het moment van implementatie. Dat zal zeker het geval zijn als een acceptatieprocedure is overeengekomen, de implementatie risico's geeft op verstoring van de bedrijfsvoering van de afnemer en/of de afnemer noodzaakt om zijn personeel trainingen te geven. Implementatie zal dan doorgaans gepland worden in een 'rustige' periode en de organisatie van afnemer zal worden opgelijnd voor de acceptatietest en voorbereid op de nieuwe software en de eventuele verstoringen gedurende het geplande tijdstip van implementatie (en daarna).

Als een leverancier gerechtigd zou zijn om eerder te implementeren, dan zou dat onverantwoorde risico's kunnen opleveren. Art. 6:248 BW zal dan ook bij de meeste IT-contracten in de weg staan aan voortijdig presteren.

3. (Dreigende) tekortkoming

- 3.1. De wet gebruikt verschillende bewoordingen om niet-nakoming van een opvorderbare prestatie aan te duiden. Zo wordt in de wet gesproken van tekortkoming in de nakoming van een verbintenis,³ maar bijvoorbeeld ook over het uitblijven van een opeisbare prestatie,⁴ of een gebrek in een prestatie.⁵ Gemakshalve spreekt dit artikel van tekortkoming.
- 3.2. De wet bepaalt niet wat onder een tekortkoming wordt verstaan. Algemeen wordt onder tekortkoming verstaan het achterblijven van een prestatie bij wat de overeenkomst vergt.⁶ Kort gezegd kan dat achterblijven een tijdsaspect (te laat) hebben en/of een kwaliteitsaspect (gebrekig).⁷
- 3.3. In sommige gevallen hoeft de feitelijke tekortkoming niet te worden afgewacht voordat de gevolgen van niet-nakoming intreden. De wet (art. 6:80 BW) schakelt een aantal gevallen gelijk met een tekortkoming, namelijk:
- (a) indien vaststaat dat nakoming zonder tekortkoming onmogelijk zal zijn; of
 - (b) indien de schuldeiser uit een mededeling van de schuldenaar moet afleiden dat deze in de nakoming zal tekortschieten; of
 - (c) indien de schuldeiser goede gronden heeft te vrezen dat de schuldenaar in de nakoming zal tekortschieten en deze niet voldoet aan een schriftelijke aanmaning met opgave van die gronden om zich binnen een bij die aanmaning gestelde redelijke termijn bereid te verklaren zijn verplichtingen na te komen.
- 3.4. In deze gevallen kan de schuldeiser onder meer aanspraak maken op schadevergoeding of ontbinding.
- Ad (a) Correcte nakoming onmogelijk?*
- 3.5. Met name bij softwareontwikkelovereenkomsten kan de situatie zich voordoen dat de finale opleverdatum nog niet is verstreken, maar dat er al wel tekenen zijn dat de oplevering niet zal slagen. Dat zal met name het geval zijn indien eerdere deeloplossingen niet overtuigen, de planning niet overtuigend is of tijdens de ontwikkeling dermate ernstige problemen opkomen, dat het maar de vraag is of deze ooit tijdig kunnen worden hersteld.
- 3.6. Wanneer staat vast dat nakoming zonder tekortkoming onmogelijk zal zijn? In de wetgeschiedenis en literatuur wordt in dit geval doorgaans het voorbeeld aangehaald van de specieskoop waar het object van koop teniet gaat voorafgaande aan levering. In dat geval bestaat absolute zekerheid dat niet meer correct kan worden nagekomen. Een vergelijkbare evidente situatie zal zich bij softwareontwikkeling niet snel voordoen.

³ Zie bijv. artt. 6:74 of 6:265 BW.

⁴ Art. 6:81 BW.

⁵ Art. 6:89 BW.

⁶ Zie onder meer Asser 6-I*, bewerkt door A.S. Hartkamp en C.H. Sieburgh, Kluwer, Deventer 2008, p. 236. Vergelijk ook T.M. Parl. Gesch. 6, p. 258, waar de tekortkoming wordt omschreven als "het geval waarin hetgeen de schuldenaar verricht in enig opzicht ten achter blijft bij hetgeen de verbintenis vergt".

⁷ Zie Streefkerk, t.a.p., p. 6.

- 3.7. Het zal in de praktijk niet eenvoudig zijn om voldoende aannemelijk te maken dat tekort zal worden geschoten. Doorgaans zal het de afnemer aan voldoende expertise en wetenschap ontbreken om aan te kunnen tonen dat correcte nakoming onmogelijk zal zijn. Bovendien zal, zeker bij langlopende projecten waar de leverancier nog een lange termijn heeft om te presteren, altijd wel een gezaghebbende expert gevonden kunnen worden die met kracht van argument kan betogen dat correcte nakoming wel mogelijk is.

Zie voor een geval waarin een beroep op onmogelijkheid werd gedaan bij een opvorderbare prestatie (een regeling die vergelijkbaar is met de hier besproken regeling, zie ook paragraaf 6 hierna) Gerechtshof 's-Hertogenbosch 30 maart 2010 (Cubeware/A-Line), IT en Recht nr. IT 84: "16.4 De deskundige komt, kort samengevat, tot de volgende bevindingen en conclusies: [...] Ad 3 "Gebreken in ERP-programmatuur kunnen naar hun aard nagenoeg altijd worden hersteld volgens standaard methoden en technieken. Beperkingen hierbij zijn: tijd benodigd om de gebreken op te lossen, doorlooptijd, geld en expertise bij de leverancier." [...]19.7 Uit de beantwoording van vraag 3 door de deskundige blijkt dat correcte nakoming niet blijvend of tijdelijk onmogelijk was." Toch neemt het hof uiteindelijk aan dat A-Line terecht de conclusie heeft getrokken dat niet correct kan worden nagekomen (zie de paragraaf 3.10 hieronder).

- 3.8. Zelfs indien de afnemer de nodige aanwijzingen heeft dat geen correcte nakoming mogelijk is, kan een verklaring waaruit "enig vertrouwen spreekt" over correcte nakoming een beroep op artikel 6:80 lid 1 onder (a) frustreren.

Zie Rb Den Haag 18 augustus 2010 (Nextprint/TU Delft), IT en Recht nr. IT 79: "4.16. De rechtbank volgt TU Delft voorts niet in haar stelling dat "van TU Delft niet in redelijkheid kon worden verwacht dat er tot 15 april 2007 opnieuw zonder enig concreet bewijs van vooruitgang werd afgewacht terwijl Nextprint op goed geluk probeert de zaak te verbeteren. Anders dan TU Delft - ter rechtvaardiging van de ontbinding - stelt waren er, vóór dat TU Delft de buitengerechtelijke ontbindingsverklaring uitbracht, wel concrete aanwijzingen dat er vooruitgang was: niet alleen de in r.o. 4.13 weergegeven slotopmerking van KPMG, waaruit enig vertrouwen spreekt over de inspanningen die Nextprint verrichtte in het kader van het verbeterplan, maar tevens de op 20 februari 2007 door Nextprint toegezonden voortgangsrapportage met tussenresultaten."

- 3.9. Het enkele verlies aan vertrouwen in de goede afloop naar aanleiding van een tegenvallende acceptatietest is in de regel onvoldoende om tot onmogelijkheid van correcte nakoming te concluderen.

Zie Rb Amsterdam 10 maart 2010 (Waterdrinker/SAP), IT en Recht nr. IT 54: "4.6. Waterdrinker stelt dat sprake is van een blijvende (de rechtbank begrijpt) onmogelijkheid van nakoming aan de kant van SAP. De rechtbank verwerpt deze stelling. Ook indien met Waterdrinker zou worden aangenomen dat het Systeem ondeugdelijk is, heeft Waterdrinker onvoldoende onderbouwd dat de tekortkoming van blijvende aard is. Waterdrinker stelt dat zij zich na het uitvoeren van de testen (ernstige) zorgen maakte of het Systeem er wel kon komen. Dit betekent evenwel nog niet dat nakoming in geen geval meer mogelijk was. Dit beeld wordt bevestigd door de brief van Waterdrinker van 4 november 2008 (zie 2.14). Daarin wordt uitgedrukt dat de geconstateerde tekortkomingen mogelijk nog te verhelpen (en dus kennelijk niet van blijvende aard) zijn, maar dat Waterdrinker wegens een gebrek aan vertrouwen kiest voor beëindiging van het Project. Nu de stelling dat sprake is van een blijvende onmogelijkheid van nakoming geen doel treft, is het bestaan van verzuim aan de kant van SAP een vereiste voor toewijzing van de vordering van Waterdrinker."

- 3.10. Toch slaagt een enkele afnemer erin om aannemelijk te maken dat niet correct zal worden nagekomen. Dit lijkt met name gevallen te betreffen waar een project stroef verloopt en afnemer en leverancier uitvoerig hebben gecorrespondeerd over de problemen en mogelijke oplossingen en de afnemer gemotiveerd kan betogen dat het aannemelijk is dat niet kan worden nagekomen en dat de aanstaande tekortkoming wezenlijk is. In die gevallen lijken rechters te neigen naar een verzwaarde motiveringsplicht van leverancier. De leverancier zal gemotiveerd moeten aantonen dat

hij wél kan nakomen. Slaagt hij daarin niet, dan wordt aangenomen dat hij tekort zal schieten.

Zie Gerechtshof Amsterdam 4 december 2007 (Verka/Business Base), IT en Recht nr. IT 170: "4.15 Het hof is met Verka van oordeel dat de reactie van Business Base in haar e-mail van 12 november 2004 zodanig was, dat daarmee objectief kwam vast te staan dat Business Base niet in staat zou zijn zonder tekortkoming na te komen, dat wil zeggen: vóór 1 januari 2005 "de gevraagde functionaliteit als totaalproject/turn-key sober en werkbaar" op te leveren, zoals partijen zijn overeengekomen. [...] Naast de hierna te bespreken kwestie van ondersteuning van Mac OS 9, heeft Verka in de memorie van grieven onder 18 zes andere punten genoemd die Business Base niet, of niet zonder meerkosten zou kunnen nakomen. Business Base heeft een en ander niet (gemotiveerd) betwist. De enkele verwijzing naar de e-mail van 12 november 2004 is in dit verband onvoldoende, omdat daarin op een aantal punten evident geen afdoende oplossing aan Verka wordt aangeboden. Het hof noemt hier de terugkoppeling over de orderwaarde of factuurkorting (5), de problemen met de koppeling met Exact (6), de rapportages (9) en het afschermen van het kunnen wijzigen van "de debnr"(12). Business Base heeft in haar reactie van 12 november 2004 erkend dat haar software het door Verka voor haar Apple computers gebruikte Mac OS 9 niet kon ondersteunen, terwijl dit was overeengekomen. [A.] had al in zijn e-mail van 23 september 2004 aan Business Base laten weten dat een van de doorslaggevende redenen voor de keus voor het programma van Business Base nu juist was de vrije uitwisseling tussen Mac en Windows. [A.] heeft op de opmerking van Business Base dat Verka een upgrade naar Mac OS X moest toepassen gereageerd (e-mail van 10 oktober 2004) met de opmerking dat de systemen niet zo maar kunnen worden opgewaardeerd vanwege compatibiliteitsproblemen van Mac OS X met de hardware die gebruikt wordt, nog los van de meerkosten die dit met zich zou brengen. Anders dan Business Base heeft aangevoerd (memorie van antwoord nummer 34), is niet sprake van een tekortkoming van geringe betekenis. Het gaat juist om punten die gelet op de tussen partijen gesloten overeenkomst wezenlijk waren; dat geldt in elk geval voor het niet kunnen ondersteunen van Mac OS 9."

Vergelijk ook het hierboven reeds aangehaalde arrest van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch van 30 maart 2010 (Cubeware/A-line), IT en Recht nr. IT 84, waar het hof uiteindelijk toch concludeert dat nakoming onmogelijk was: "In verband met de vraag of Cubeware ondanks het ontbreken van een schriftelijke ingebrekestelling van de kant van A-Line in verzuim is geraakt dienen de volgende omstandigheden in aanmerking genomen te worden. Allereerst is de oorspronkelijke opleverdatum door Cubeware niet in acht genomen. Vervolgens zijn door partijen nadere afspraken gemaakt die twee hoofdpunten bevatten: enerzijds het voortgaan met de implementatie van Cube 1.0 en het inschakelen van een externe deskundige om een oordeel te geven over het gerealiseerde Cube 1.0 in de organisatie waarna - zonodig - nadere afspraken gemaakt zouden worden. Daarmee is de verdere voortgang van de samenwerking tussen partijen mede afhankelijk gemaakt van een positief oordeel van de externe deskundige, Ernst & Young EDP Audit, die evenwel in oktober 2000 geen positief oordeel heeft gegeven. In de tussentijd, met name op 4 augustus 2000, was door A-Line al aan Cubeware aangegeven dat de voortgang zorgvuldig zou worden gevolgd. Toen op 17 oktober 2000 het rapport van Ernst & Young EDP Audit uitkwam, waarover op 20 oktober 2000 door A-Line aan Cubeware werd geschreven, kon A-Line daaruit redelijkerwijze de conclusie trekken dat verder voortgaan op de ingeslagen weg een heilloze onderneming zou zijn en dat niet te verwachten was dat Cubeware de opdracht alsnog binnen afzienbare tijd tot een goed einde zou kunnen brengen. Cubeware heeft zich tegen dit rapport verzet, zowel naar de inhoud als de totstandkoming ervan, maar uit het thans uitgebrachte deskundigenbericht kan niet anders worden afgeleid dan dat Cubeware in de verschillende fasen van de samenwerking (CubeWare/Oracle, CubeWare/Thoroughbred en Cube 1.0) er niet in is geslaagd om een deugdelijk resultaat te bewerkstelligen, zodat A-Line in oktober 2000 terecht de conclusie heeft getrokken dat Cubeware niet alsnog haar verplichtingen uit de overeenkomst zou (kunnen) nakomen."

Vreemd genoeg concludeert het hof vervolgens overigens dat op basis van deze omstandigheden naar redelijkheid en billijkheid een ingebrekestelling achterwege kan blijven en Cubeware ondanks het ontbreken daarvan in verzuim is gekomen. Deze overweging is overbodig (het niet kunnen nakomen is immers al voldoende grond voor schade en ontbinding) en lijkt daardoor in strijd met de wet (zie ook paragraaf 5.23 hierna).

- 3.11. In de regel is enkele twijfel aan een goede afloop in ieder geval niet voldoende om een aanstaande tekortkoming aan te nemen. In het geval dat twijfel bestaat over de goede afloop bepaalt art. 6:80 lid 1 sub (c) BW dat zolang de leverancier maar bevestigt dat hij zal nakomen, de gevolgen van niet-nakoming niet intreden. Zoals uit paragraaf 3.13 e.v. hierna blijkt, volgt uit de rechtspraak echter dat een leverancier bij ernstige twijfel die bevestiging overtuigend dient te motiveren, op straffe dat zijn bevestiging tot nakoming niet als steekhoudend wordt beschouwd. De scheidslijn tussen art. 6:80 lid 1 sub (a) en sub (c) BW is dan ook vloeibaar.

Ad (b) Mededeling van schuldenaar dat hij niet na zal komen

- 3.12. Verwezen wordt naar hetgeen in paragraaf 5.17 e.v. hierna is opgemerkt ten aanzien van dergelijke mededelingen.

Ad (c) Twijfel aan correcte nakoming

- 3.13. In veel gevallen zal niet vast staan dat nakoming onmogelijk is, maar zal daarover wel twijfel bestaan bij de afnemer. In dat geval zal de afnemer de procedure van art. 6:80 lid 1 sub c moeten volgen.⁸
- 3.14. Zolang een leverancier het standpunt inneemt dat hij correct zal nakomen, zal het voor een afnemer niet eenvoudig zijn zich met succes op art. 6:80 BW te beroepen. De wet stelt geen eisen aan de onderbouwing van de verklaring van de leverancier.⁹
- 3.15. Toch zal een simpele bevestiging onder omstandigheden niet voldoende kunnen zijn. In de literatuur wordt aangenomen dat het van de omstandigheden zal afhangen hoe gedetailleerd de schuldenaar op de door de schuldeiser aan zijn vrees ten grondslag gelegde argumenten zal moeten ingaan.¹⁰
- 3.16. Een verdergaande informatieplicht kan ook gegrond worden op de redelijkheid en billijkheid die contractpartijen jegens elkaar dienen te betrachten. Ook zal uit hoofde van art. 7:403 BW al snel een plicht op de schuldenaar rusten om bij twijfel over het slagen van de opdracht de schuldeiser gemotiveerd op de hoogte te houden van zijn werkzaamheden ter uitvoering van de opdracht. De informatieplicht mag echter weer niet worden overtrokken. Tot onredelijke belasting van leverancier mag deze niet leiden.¹¹
- 3.17. Ook in de rechtspraak is aangenomen dat een schuldenaar zijn antwoord verdergaand dient te motiveren als er serieuze gronden zijn om te twifelen aan een goede afloop.

Zie Vz Rb Den Haag 20 februari 1997 (Hessing/Datapoint), Computerrecht 1997/5. Een overeengekomen tussenoplevering van een module heeft niet plaatsgevonden. De werkzaamheden aan het project zijn gestaakt. Hessing vraagt Datapoint te bevestigen dat zij zal nakomen. Datapoint stelt verschillende oplossingen voor. Hessing gaat niet akkoord en ontbindt. De Rb overweegt: "3.2 Datapoint heeft voorts onvoldoende aannemelijk gemaakt dat Hessing er desondanks op kon vertrouwen dat zij tijdig over een goed werkend automatiseringssysteem zou kunnen beschikken. [...] 3.4. Gelet op het

⁸ Vergelijk bijvoorbeeld T.M. Parl. Gesch. Boek 6 p. 277: "De crediteur moet deze weg [art. 6:80 lid 1 sub c BW] ook bewandelen, wanneer men uit de houding van de debiteur kan afleiden dat hij niet van zins is na te komen zoals de verbintenis dit van hem eist; daar de verplichting tot nakoming immers nog niet actueel is voor de schuldenaar, kan het zijn dat zijn houding meer een neiging weerspiegelt dan een vast besluit."

⁹ Vergelijk T.M. Parl. Gesch. Boek 6 p. 277: "De schuldenaar die een aanmaning ontvangt om zich te verklaren, behoeft zich alleen uit te spreken over zijn bereidheid om na te komen; hij behoeft zich niet uit te laten over de vraag, of hij te zijner tijd tot nakoming in staat zal zijn."

¹⁰ Zie bijvoorbeeld Asser 6-I*, bewerkt door A.S. Hartkamp en C.H. Sieburgh, Kluwer, Deventer 2008, p. 316.

¹¹ Zie Asser 7-IV*, bewerkt door T.F.E. Tjong Tjin Tai, Kluwer, Deventer 2009, p. 83-85 en de daar aangehaalde Parlementaire Geschiedenis).

voorgaande moet de conclusie zijn dat de ontbinding van de overeenkomst door Hessing naar voorlopig oordeel gerechtvaardigd was."

- 3.18. Ook hier lijken rechters geneigd om bij een stroef verlopend project een zwaardere motiveringsplicht neer te leggen bij leverancier.

Zie Pres Rb 's-Hertogenbosch 2 april 1998 (Civility/Gemeente Rotterdam), Computerrecht 1991/1: "Bij de verwachting omtrent de afloop van de bodemprocedure spreekt voorts de lange, ongelukkige voorgeschiedenis van het project een rol. Ter zitting is gebleken dat aan de zijde van de gemeente thans geen enkel vertrouwen meer bestaat in een deugdelijke oplevering en de mogelijkheid van adequaat onderhoud van het systeem voor de toekomst. Civility heeft daartegenover onvoldoende aannemelijk kunnen maken dat een bedreigend resultaat in de toekomst gewaarborgd zal zijn en blijven. Onder die omstandigheden kan van de gemeente niet worden verlangd dat zij doorgaat met het project." Het valt hierbij op dat de Rb zowel spreekt van "vertrouwen" in deugdelijke oplevering en "de mogelijkheid" van adequaat onderhoud, en daarmee onderdelen (a) en lid (c) van artikel 80 lid 1 BW door elkaar heen gebruikt.

- 3.19. Zoals hierboven al is opgemerkt lijken art. 6:80 lid 1 sub (a) (onmogelijkheid tot nakoming) en sub (c) (twijfel over nakoming) in de praktijk hetzelfde uit te kunnen werken als de afnemer met kracht van argument ernstige twijfel over correcte nakoming op een wezenlijk deel van de prestatie aannemelijk kan maken en de leverancier daar onvoldoende tegenover kan stellen. Dan wordt wel aangenomen dat nakoming onmogelijk is of dat de bevestiging van leverancier dat hij zal nakomen niet geloofwaardig is.
- 3.20. Overigens biedt art. 6:263 BW de afnemer de mogelijkheid om zijn eventuele verplichtingen om vooruit te betalen op te schorten indien na het sluiten van de overeenkomst te zijn kennis gekomen omstandigheden hem goede grond geven te vrezen dat de leverancier zijn daartegenover staande verplichtingen niet zal nakomen.

4. **De gevolgen van tekortkoming**

- 4.1. Een tekortkoming van de leverancier opent voor de afnemer een reeks mogelijkheden tot vervolgacties. De meest gebruikelijke vervolgacties zijn de volgende:

- (a) niets doen;
- (b) nakoming vorderen;
- (c) de eigen prestaties opschorten;
- (d) verrekenen;
- (e) aanspraak maken op schadevergoeding;
- (f) ontbinden.

Sommige van deze acties kunnen naast elkaar bestaan, zoals ontbinden en aanspraak maken op schadevergoeding.

Ad (a) Niets doen

- 4.2. Indien een afnemer niets doet indien de leverancier te kort schiet, kan hij het recht verliezen om zich later nog op de tekortkoming te beroepen. Art. 6:89 BW bepaalt immers dat een schuldeiser op een gebrek in de prestatie geen beroep meer kan doen, indien hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken, bij de schuldenaar terzake heeft geïntendeerd.

- 4.3. Met protesteren wordt in dit kader bedoeld het wijzen op de tekortkoming. Het is daarbij niet noodzakelijk om aan te geven welke gevolgen de schuldeiser hieraan wenst te verbinden. Art. 6:88 BW geeft de schuldenaar de mogelijkheid om duidelijkheid te eisen van de schuldeiser over de vervolgstappen. Indien de schuldeiser geen duidelijkheid geeft, rest hem slechts een schadevordering (of het recht van ontbinding indien sprake is van overmacht).
- 4.4. De vraag is hoe het niets doen bij een achterblijvende prestatie doorwerkt op vervolgprestaties. Als bijvoorbeeld is overeengekomen dat een leverancier oplevert in tien deelopleveringen en de afnemer protesteert niet tegen de te late oplevering van de eerste deellevering. Kan de afnemer dan nog protesteren tegen voortbouwende of vergelijkbare vertragingen bij vervolgleveringen? Of verliest een afnemer in dat geval zijn recht om te protesteren? Ik meen dat bij IT-projecten, die vaak technisch complex zijn en waarbij de afnemer doorgaan niet veel inzicht heeft in de achterliggende reden van een tekortkoming en de impact van een tekortkoming op het verdere project, niet snel sprake zal zijn van een dergelijke doorwerking.
- 4.5. Een situatie die zich vaker voor zal doen is dat een afnemer wel protesteert, maar vervolgens meewerkt aan een verdere voortzetting van het project of de leverancier uitnodigt voor een gesprek, zonder een termijn voor nakoming te stellen. Ook in die situatie kunnen verdere acties van afnemer stranden, zie paragraaf 5 hierna.

Ad (b) Nakoming vorderen

- 4.6. Indien een opvorderbare verbintenis niet is nagekomen, kan een afnemer nakoming eisen.
- 4.7. Op voet van art. 3:296 BW kan de afnemer bij de rechter vorderen dat de leverancier wordt veroordeeld tot het geven, doen of nalaten van hetgeen waartoe de leverancier jegens afnemer is verplicht.
- 4.8. De vraag is of ook nadat een tekortkoming is opgetreden aanspraak kan worden gemaakt op levering van de toegezegde prestatie. Van nakoming is dan feitelijk geen sprake meer, omdat in geval van een tekortkoming niet meer correct kan worden nagekomen. Algemeen wordt aangenomen dat ook na een tekortkoming aanspraak kan worden gemaakt op levering van de toegezegde prestatie. Art. 3:296 BW wordt in de regel toegepast in gevallen van een tekortkoming.
- 4.9. Andersom geldt het tegenovergestelde. Na een tekortkoming hoeft een schuldeiser met een dergelijke vervangende nakoming geen genoegen te nemen. Art. 6:45 BW bepaalt immers dat slechts met toestemming van de schuldeiser de schuldenaar zich van zijn verbintenis kan bevrijden door een andere prestatie dan de verschuldigde, al mocht zij van gelijke of zelfs hogere waarde zijn.
- 4.10. De schuldeiser kan geen nakoming vorderen als de prestatie onmogelijk is.

Ad (c) De eigen prestatie opschorten

- 4.11. Afdeling 7 van Boek 6 BW regelt de opschortingrechten in het algemeen, artt. 6:262 en 6:263 BW bevatten een bijzondere opschortingsregeling voor wederkerige overeenkomsten.
- 4.12. Kort gezegd houdt opschorting in dat nakoming van een eigen prestatie tijdelijk kan worden aangehouden totdat de wederpartij zijn daartegenover staande (eerdere) prestatie heeft verricht. Opschorting is onder omstandigheden zelfs mogelijk ten opzichte van een toekomstige prestatie van een wederpartij (art. 6:263 BW). Een opschorting heeft dus een tijdelijke werking en het recht is afhankelijk van de uitvoering van de daartegenover staande prestatie.

- 4.13. In de praktijk wordt door IT-afnemers vaak met een beroep op opschorting betaling stopgezet als de IT-dienstverlener te kort schiet. M.i. is er echter vaak geen sprake van opschorting in de hierboven bedoelde zin. Opschorting impliceert immers een opeisbare prestatie (de betaling), die wordt opgeschort. In veel gevallen zal bij een tekortkoming echter kunnen worden betoogd dat geen opeisbare betalingsverplichting is ontstaan. Immers, doorgaans neemt de afnemer de betalingsverplichting op zich ter verkrijging van de dienstverlening.¹² Indien geen dienstverlening plaatsvindt, kan dus worden betoogd dat ook geen betaalplicht ontstaat.¹³

Ad (d) Verrekenen

- 4.14. Afdeling 12 van boek 6 BW behandelt verrekening. Kort gezegd kunnen betaalbare schulden worden verrekend met opeisbare geldvorderingen, mits schuld en vordering aan elkaar beantwoorden. Zo kan een afnemer schadevorderingen wegens gebrekkige dienstverlening verrekenen met de dienstenvergoeding. Verrekening is een wijze van betaling. Hij die zich op verrekening beroept, erkent dus tot betaling gehouden te zijn tot het bedrag van verrekening. Zoals hierboven is betoogd, hoeft er bij wanprestatie echter niet altijd sprake te zijn van een betalingsplicht.

Ad (e) aanspraak maken op schadevergoeding

- 4.15. Bij wanprestatie van de leverancier heeft de afnemer aanspraak op schadevergoeding, tenzij sprake is van overmacht (art. 6:74 BW). Om aanspraak te kunnen maken op schade moet wel sprake zijn van verzuim, tenzij nakoming niet reeds blijvend onmogelijk is. In de volgende paragrafen wordt daar nader op ingegaan.
- 4.16. Gewezen wordt op art. 6:87 BW, dat de schuldeiser de mogelijkheid biedt om wanneer de schuldenaar in verzuim is, vervangende schadevergoeding te vorderen in de plaats van nakoming van de verbintenis.

Ad (f) ontbinden

- 4.17. Artikel 6:265 BW geeft de mogelijkheid om bij tekortkoming te ontbinden, tenzij de tekortkoming, gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, deze ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt. Om te ontbinden moet er sprake zijn van verzuim, tenzij sprake is van tijdelijke of blijvende onmogelijkheid om na te komen. In de volgende paragrafen wordt daar nader op ingegaan.
- 4.18. Ontbinding kan dus ook worden ingeroepen in geval van overmacht. Daarin verschilt de ontbindingsregeling van de schaderegeling. In de regel bestaat geen recht op schade voor zover een tekortkoming niet toerekenbaar is (overmacht).

5. Verzuim

- 5.1. Voor een succesvolle schadevordering of ontbinding is als hoofdregel niet alleen vereist dat sprake is van een tekortkoming, maar ook dat de schuldenaar in verzuim is. Paragraaf 2 van afdeling 9 van Boek 6 BW regelt het verzuim van de schuldenaar.
- 5.2. Van verzuim is sprake zodra de prestatie uitblijft nadat zij opeisbaar is geworden, ook na ingebrekestelling (behoudens de enkele gevallen waarin ingebrekestelling achterwege kan blijven), behalve voor zover de vertraging de schuldenaar niet kan worden toegerekend of nakoming reeds blijvend onmogelijk is.

¹² Vergelijk art. 6:261 lid 1 BW: "Een overeenkomst is wederkerig, indien elk van beide partijen een verbintenis op zich neemt ter verkrijging van de prestatie waartoe de wederpartij zich daartegenover jegens haar verbindt."

¹³ Anders Rb Utrecht 3 maart 2010 (Quaere/AVVV), IT en Recht nr. IT 167 en Rb Utrecht, 25 augustus 2010 (Protocomix/Capital), IT en Recht nr. IT 55.

5.3. Hoofdregeel is dat verzuim pas intreedt nadat de schuldenaar een herkansingspoging heeft gehad en opnieuw heeft gefaald.¹⁴

5.4. De Hoge Raad geeft de volgende betekenis aan een ingebrekestelling:¹⁵

"In dit verband is van belang dat een ingebrekestelling niet de functie heeft om "het verzuim vast te stellen", doch om de schuldenaar nog een laatste termijn voor nakoming te geven en aldus nader te bepalen tot welk tijdstip nakoming nog mogelijk is zonder dat van een tekortkoming sprake is, bij gebreke van welke nakoming de schuldenaar vanaf dat tijdstip in verzuim is".

5.5. Een ingebrekestelling dient een redelijke termijn voor nakoming te bevatten. Bevat zij die niet, dan is geen sprake van een geldige ingebrekestelling.

Een brief waarin een leverancier wordt gewezen op een tekortkoming, met een uitnodiging tot een gesprek, maar zonder dat een termijn voor nakoming wordt genoemd, kan niet als geldige ingebrekestelling worden beschouwd. Zie Rb Utrecht 3 maart 2010 (Quaere/AVVV), IT en Recht nr. IT 167. De rechtbank citeert de hierboven weergegeven overweging van de Hoge Raad over de functie van de ingebrekestelling en overweegt vervolgens: "4.13. Gelet op deze functie is de rechtbank met Quaere van oordeel dat de brief van 23 september 2008 van V&VN niet kan worden aangemerkt als een ingebrekestelling in de zin van artikel 6:82 lid 1 BW. In deze brief wordt Quaere immers door V&VN verzocht binnen zeven dagen na dagtekening contact met haar op te nemen voor het plannen van een afspraak. In de brief wordt Quaere evenwel geen laatste termijn gegund voor deugdelijke nakoming. Het enkele feit dat V&VN Quaere in deze brief aansprakelijk stelt, maakt voornoemd oordeel niet anders, omdat van aansprakelijkheid pas sprake kan zijn als Quaere de ingebrekestellingstermijn ongebruikt heeft laten verlopen. Een dergelijke termijn heeft V&VN haar echter niet gegeven."

Of te wel: zachte heelmeeesters maken stinkende wonden. Een afnemer die meent dat er sprake is van een tekortkoming doet er verstandig aan om ook een termijn te stellen. Praten kan altijd nog.

Een ander geval waar geen termijn was gesteld en dus geen sprake was van geldige ingebrekestelling of verzuim deed zich voor in Rb Utrecht 8 juli 2009 (Raindrop Information Systems Ltd./ASR Vermogensbeheer BV (voorheen Fortis, IT en Recht nr. IT 43 (met toelichting Gijsbert Brunt), Computerecht 2009, 228: "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."

Voor een voorbeeld van een redelijke termijn zie Pres Rb 's-Hertogenbosch 2 april 1998 (Civility/Gemeente Rotterdam), Computerecht 1991/1. De gemeente sommeert Civility op 7 november om uiterlijk 31 januari te presteren. De Rb oordeelt voorshands dat deze termijn niet te kort is geweest. Het feit dat de gemeente de precieze gebreken pas op 24 november heeft medegedeeld, doet daar niet aan af omdat Civility bij de acceptatietest van voor de ingebrekestelling aanwezig was en aannemelijk is dat zij tijdens een bespreking voorafgaande aan de sommatie op de hoogte was gesteld van de gebreken.

5.6. In een enkel geval schiet een rechter een schuldeiser die vergeet een termijn te stellen te hulp, zie hierna in paragraaf 5.23.

¹⁴ Art. 6:82 lid 1 BW: "Het verzuim treedt in, 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."

¹⁵ HR 20 september 1996, NJ 1996, 748, r.o. 3.2, herhaald in onder meer HR 22 oktober 2004, NJ 2006, 597, r.o. 3.4.4.

- 5.7. Naast dat een ingebrekestelling een termijn voor nakoming dient te bevatten, dient zij de verweten gebreken met voldoende detail te beschrijven. Doet zij dat niet, dan heeft de ingebrekestelling geen werking.

Zie de hierboven reeds aangehaalde uitspraak Rb Amsterdam, 10 maart 2010 (Waterdrinker/SAP), IT en Recht nr. IT 54: "4.15. Waterdrinker stelt subsidiair dat zij SAP door haar brief van 4 november 2008 (zie 2.13) in gebreke heeft gesteld. 4.16. Deze stelling van Waterdrinker stuit, zoals SAP terecht aanvoert, reeds af op het feit dat het betrokken gedeelte van deze brief niet zozeer betrekking heeft op de door SAP te leveren prestatie, te weten het ontwikkelen, leveren en implementeren van een deugdelijk computersysteem, maar op de voorwaarden waaronder die prestatie moet worden geleverd (zoals bijvoorbeeld de vaste prijs). Waterdrinker vraagt in haar brief slechts dat SAP een in zeer algemene bewoordingen gestelde toezegging tot nakoming doet. Gegeven het stadium van Project, waarin Waterdrinker is overgegaan tot het testen van het Systeem op onderdelen nadat partijen zich gedurende jaren hebben beziggehouden met de ontwikkeling van het Systeem, had het op de weg van Waterdrinker gelegen om SAP inzicht te geven in de door haar geconstateerde tekortkomingen, teneinde SAP, overeenkomstig het doel van een ingebrekestelling, een laatste gelegenheid te bieden om alsnog een deugdelijk computersysteem te leveren. Dit geldt temeer nu SAP om inzage in de testresultaten had gevraagd en Waterdrinker dus moet hebben geweten dat het voor SAP niet duidelijk was waarin de gebreken precies waren gelegen. De brief van Waterdrinker van 4 november 2008 voldoet dan ook niet aan de eisen die in het onderhavige geval aan een ingebrekestelling mogen worden gesteld."

Aansprakelijkheidstelling als ingebrekestelling

- 5.8. Voor verzuim is het niet altijd nodig dat in de ingebrekestelling een herkansingspoging wordt geboden. Verzuim treedt in door aansprakelijkheidstelling indien de schuldenaar tijdelijk niet kan nakomen of in geval uit de houding van de schuldenaar blijkt dat aanmaning nutteloos is (art. 6:82 lid 2 BW).
- 5.9. Bij een tijdelijke niet-nakoming valt bijvoorbeeld te denken aan een tijdelijk importverbod. Een aanmaning kan bijvoorbeeld nutteloos zijn indien een schuldenaar niets meer van zich laat horen of door uitlatingen zijnerzijds jegens derden.
- 5.10. In beide uitzonderingsgevallen kan de schuldenaar na ontvangst van de aansprakelijkheidstelling het verzuim niet meer ongedaan maken.

Verzuim op basis van art. 6:83 BW

- 5.11. Naast het verzuim dat ontstaat naar aanleiding van een ingebrekestelling (al dan niet door een aansprakelijkheidsstelling), kent de wet een drietal situatie waar van rechtswege sprake is van verzuim (art. 6:83 BW). Van verzuim is sprake zodra:
- (a) een fatale termijn voor nakoming wordt overschreden zonder dat volledig is nagekomen; of
 - (b) een verplichting uit onrechtmatige daad of schadevergoeding niet volledig is nagekomen; en/of
 - (c) uit een mededeling van schuldenaar kan worden afgeleid dat deze niet zal nakomen.

Ad (a) Fatale termijn

- 5.12. De wet lijkt als uitgangspunt te nemen dat termijnen in de regel fataal zijn:

"Het verzuim treedt zonder ingebrekestelling in: a. wanneer een voor de voldoening bepaalde termijn verstrijkt zonder dat de verbintenis is nagekomen, tenzij blijkt dat de termijn een andere strekking heeft. [...]"

- 5.13. Op basis van de wet lijkt het verstrijken van een levertermijn dus al voldoende te zijn om verzuim aan te nemen, tenzij blijkt dat de termijn een andere strekking heeft. De Hoge Raad lijkt dit beginsel echter om te draaien.

Het arrest van 4 oktober 2002, NJ 2003, 257 m.nt. JH (Fraanje/Götte) leert dat "een termijn als bedoeld in art. 6:83, aanhef en onder a, tussen partijen moet zijn overeengekomen of op grond van de redelijkheid en billijkheid moet voortvloeien uit de aard van de overeenkomst in verband met de omstandigheden van het geval".

Hieruit lijkt te volgen dat de HR aanneemt dat een overeengekomen termijn in beginsel niet fataal is, tenzij anders overeengekomen of de redelijkheid en billijkheid anders eist.

- 5.14. Wanneer zijn partijen dan een fatale termijn overeengekomen? Een termijn die in de overeenkomst als fataal is bestempeld, zal in de regel ook als een fatale termijn worden beschouwd. Ook als partijen een "uiterste" datum tot levering overeengekomen, zal die datum als fataal beschouwd moeten worden (zelfs indien de algemene voorwaarden bepalen dat steeds een herkansingspoging moet worden geboden).

Zie Rb Rotterdam 12 maart 2010 (VVD/Perfect Database), IT en Recht nr. IT 23: "3.8 Zoals hiervoor is overwogen, zijn partijen overeengekomen dat Perfect Database uiterlijk op 23 augustus 2005 zou opleveren. Deze afspraak is gemaakt tegen de achtergrond van de eerder in juni 2005 gemaakte afspraken, die door Perfect Database niet waren nagekomen. Daarbij is - zoals blijkt uit de brief van 11 augustus 2005 - uitdrukkelijk overeengekomen dat 23 augustus 2005 de allerlaatste mogelijkheid was om op te leveren. Anders dan Perfect Database betoogt, was de VVD niet gehouden om na 23 augustus 2005 nog een aanvullende termijn te gunnen. De afgesproken 'allerlaatste mogelijkheid tot levering' prevaleert boven het vereiste uit artikel 24.1 en 24.3 van de algemene voorwaarden (hierna ook: AV) dat een termijn van dertig dagen in acht genomen moet worden. De leverdatum van 23 augustus 2003 heeft dan ook als fatale termijn te gelden. Doordat Perfect Database niet op 23 augustus 2005 heeft geleverd, is zij per die datum in verzuim gekomen."

- 5.15. Bij IT-projecten is in de regel sprake van vertraging. Daarbinnen past dan ook het uitgangspunt dat termijnen in beginsel niet fataal zijn.

Vergelijk Rb Amsterdam 7 april 2004 (Masalco/PinkRoccade), IT en Recht nr. IT 8: "6.5. [...] Alles overwegende is de rechtbank daarom van oordeel dat Masalco redelijkerwijs niet heeft kunnen aannemen dat PinkRoccade zich heeft verplicht om uiterlijk op 3 april 2001 een operationeel System21 te leveren. Dit te meer nu feit van algemene bekendheid is dat automatiseringsprojecten kunnen uitlopen, en uitlopen ook vaak plaats vindt."

- 5.16. Data die in beginsel wel fataal zijn, kunnen hun fatale karakter bovendien verliezen indien zij in de praktijk door partijen niet als zodanig zijn gehanteerd, bijvoorbeeld doordat afnemer steeds akkoord is gegaan dat verder werd gewerkt aan het project.

Zie Rb Utrecht 8 juli 2009 (Raindrop Information Systems Ltd./ASR Vermogensbeheer BV (voorheen Fortis)), IT en Recht nr. IT 43: "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."

- 5.17. Ook de mededeling van afnemer na het verstrijken van een fatale termijn dat hij nog wil praten over verdere uitvoering, kan het fatale karakter aan een datum ontnemen.

Zie Rb Utrecht 21 mei 2008 (Arbo Unie/PQR), 220369 / HA ZA 06-2392, LJN: BD1867, als besproken door Gijsbrecht Brunt in IT en Recht nr. IT 43. "Voorts betreft de rechtbank bij dit oordeel het feit dat blijkens het emailbericht van [medewerker Arbo Unie] van 26 april 2006 op 27 april 2006 een bespreking tussen Arbo Unie en PQR heeft plaatsgevonden, waarbij voortzetting van de rechtsverhouding tussen partijen een van de gespreksonderwerpen was alsmede het feit dat Arbo Unie in haar brief van 12 juni 2006 – derhalve na de respectieve (fatale) data als genoemd in het rapport Voorlopige bevindingen – nog aangaf te willen praten over de verdere uitvoering van de Samenwerkingsovereenkomst door PQR. Onder deze omstandigheden is het (mogelijke) fatale karakter van de door Arbo Unie genoemde termijnen komen te vervallen, zodat PQR niet in verzuim is komen te verkeren door overschrijding van deze termijnen."

Ad (c) Schuldenaar deelt mee niet na te komen

- 5.18. Verzuim treedt in wanneer de schuldenaar aan de schuldeiser mededeelt dat hij niet na zal komen. Om tot verzuim te leiden dient uit een mededeling van de schuldenaar te blijken dat hij willens en wetens de consequenties daarvan voor zijn rekening neemt.

Zie M.v.A. II Parl. Gesch. Boek 6, p. 290: "Men lette erop dat er ook gevallen zijn dat zelfs een ingebrekestelling in de vorm van een mededeling als hier bedoeld geen voor de hand liggende maatregel is. Dit doet zich met name voor, wanneer de schuldenaar zelf aan de schuldeiser doet weten niet of niet zonder tekortkoming te zullen nakomen. Een zodanige mededeling impliceert dat hij de gevolgen van deze houding willens en wetens voor zijn rekening neemt."

Vergelijk ook HR 23 maart 2007, NJ 2007/176.

- 5.19. In de praktijk hebben partijen bij vrijwel ieder IT-project wel eens een geschil over de inhoud van de overeenkomst. Een leverancier die in een dergelijk geschil niet zonder meer mee wil gaan in de uitleg die de afnemer geeft aan de overeenkomst, loopt het gevaar beticht te worden van onwil en daarmee in verzuim te zijn. Niet vaak zal echter sprake zijn van een mededeling waaruit blijkt dat de schuldenaar willens en wetens de gevolgen daarvan voor zijn rekening neemt.

Zie Rb Utrecht 3 maart 2010 (Quaere/AVVV), IT en Recht nr. IT 167. AVVV stuurt Quaere een opsomming met vermeende tekortkomingen en stelt Quaere aansprakelijk. Quaere's antwoord komt er in essentie op neer dat haar niets verweten kan worden en dat zij niet tekort is geschoten. "4.15. De rechtbank is (in lijn met HR 23 maart 2007, NJ 2007, 176) van oordeel dat uit de enkele mededeling van Quaere dat haar niets te verwijten valt niet zonder meer kan worden afgeleid dat zij de gevolgen van haar houding willens en wetens voor haar rekening neemt, zoals blijkens de parlementaire geschiedenis vereist is voor een geslaagd beroep op artikel 6:83, aanhef en sub c BW (zie MvA II, Parl. gesch., p. 290). De mededelingen van Quaere moeten veeleer gezien worden in het licht van de discussie tussen partijen over de vraag of Quaere tekort is geschoten en schadeplichtig is en kunnen daarom niet aangemerkt worden als blijk van onwil de contractuele verplichtingen na te komen."

- 5.20. Ook een mededeling van leverancier dat er geen budget meer was voor uitvoering van overeengekomen werkzaamheden kan niet zonder meer beschouwd worden als een mededeling als bedoeld in art. 6:83 sub c BW.

Zie de hierboven reeds aangehaalde uitspraak Rb Amsterdam 10 maart 2010 (Waterdrinker/SAP), IT en Recht nr. 54: "4.14. Uit voornoemde stellingen van SAP, die niet, althans niet afdoende zijn weersproken door Waterdrinker, volgt dat de mededeling van SAP dat na 1 september 2008 geen budget meer beschikbaar zou zijn, moet worden gerelativeerd, in die zin dat partijen na het uitvoeren van de testen zouden bekijken of, en zo ja onder welke voorwaarden het Project zou worden voortgezet. Hier komt bij dat SAP in oktober en november 2008 bij herhaling heeft verklaard dat zij nog steeds bereid was haar verplichtingen na te komen. De rechtbank is van oordeel dat, gezien voornoemde omstandigheden, Waterdrinker niet uit de mededeling van SAP van 20 mei 2008 omtrent

het budget heeft mogen afleiden dat SAP in de nakoming van haar verplichtingen tekort zou schieten. Het beroep van Waterdrinker op artikel 6:83 sub c BW faalt derhalve."

- 5.21. De bepaling kan echter weer wel van toepassing zijn in geval van een mededeling dat later zal worden opgeleverd dan de overeengekomen fatale termijn, wat bij IT-projecten schering en inslag is.¹⁶

Verzuim op andere wijze

- 5.22. In een enkel geval vloeit verzuim rechtstreeks voort uit een wetsbepaling, zoals artt. 6:205 of 6:266 BW.
- 5.23. Daarnaast kan de redelijkheid en billijkheid met zich meebrengen dat verzuim intreedt zonder dat aan een van de hiervoor genoemde eisen is voldaan.

Zie het hiervoor al aangehaalde arrest van de Hoge Raad van 4 oktober 2002, NJ 2003, 257 m.nt. JH (Fraanje/Götte): "3.4. [...] Aantekening verdient ten slotte dat, mede in verband met de hanteerbaarheid in de praktijk van het wettelijk stelsel, onder omstandigheden een beroep op het ontbreken van een ingebrekestelling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn of kan worden aangenomen dat op grond van de redelijkheid en billijkheid een ingebrekestelling achterwege kan blijven en de schuldenaar zonder ingebrekestelling in verzuim is geraakt."

Zie ook Rb Utrecht 30 mei 2007 (Kwettters/Profuse), Computerrecht 2007, 147: "2.37. [...] Weliswaar stelt Kwettters in die brief geen termijn aan Profuse teneinde alsnog deugdelijk na te komen, maar dat neemt niet weg dat voor Profuse de strekking van die brief in de gegeven omstandigheden duidelijk moet zijn geworden. Die kan niet anders worden verstaan dan een onmiskenbaar protest aan het adres van Profuse omtrent de implementatie en het functioneren van het systeem. Bij aangetekende brief [...] heeft Kwettters Profuse gesommeerd [...] een garantie af te geven [...]. Weliswaar was Profuse niet gehouden tot het afgeven van die garantie, maar dit laat onverlet dat het in ieder geval op dat moment ook aan Profuse [...] kenbaar moest zijn dat het BaanERP systeem bij Kwettters nog steeds niet deugdelijk opereerde en dat Kwettters er op stond dat Profuse er voor zou zorgen dat uiterlijk op 1 december 2002 alle functionaliteiten van het BaanERP systeem daadwerkelijk operationeel zouden zijn. [...] Bezien in het licht van de tussen partijen gevoerde correspondentie in aanmerking nemend dat inmiddels de in het Plan van Aanpak beoogde termijn van drie maanden reeds met meer dan één jaar was overschreden, moet worden geoordeeld, dat in de gegeven omstandigheden het door Profuse gedane beroep op het ontbreken van een ondeugdelijke ingebrekestelling naar maatstaven van redelijkheid onaanvaardbaar is."

Zie echter ook de hiervoor aangehaalde uitspraak van Rb Utrecht van 8 juli 2009 (Raindrop Information Systems Ltd./ASR Vermogensbeheer B.V.), IT en Recht nr. IT 43, waarin ondanks herhaald klagen van de afnemer en uitloop van het project met meer dan een jaar, geen verzuim werd aangenomen, onder meer omdat geen sprake was van een deugdelijke ingebrekestelling.

Een vreemde eend in de bijt is het hiervoor reeds twee maal aangehaalde arrest van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch van 30 maart 2010 (Cubeware/A-line), IT en Recht nr. IT 84, waar het Hof concludeert dat nakoming niet mogelijk is (hetgeen voldoende is voor schadeplecht en ontbindingsrecht), maar vervolgens het volgende overweegt: "Onder deze omstandigheden, in onderlinge samenhang bezien, kan naar het oordeel van het hof naar redelijkheid en billijkheid een expliciete schriftelijke ingebrekestelling achterwege blijven en komt Cubeware ondanks het ontbreken daarvan in verzuim."

¹⁶ Zie T.M. Parl. Gesch. Boek 6, p. 288: "De bepaling is ook toepasselijk als de schuldenaar heeft doen blijken dat hij wel zal nakomen, doch later dan waartoe hij verplicht is."

6. Tijdelijke of blijvende onmogelijkheid om na te komen

- 6.1. In afwijking van de hiervoor behandelde hoofdregel terzake van verzuim, ontstaat een verplichting om schade te vergoeden en een bevoegdheid om te ontbinden ook zodra sprake is van een blijvende onmogelijkheid om een opvorderbare prestatie na te komen. Een ingebrekestelling is dan niet nodig. De ontbindingsmogelijkheid ontstaat ook al bij een tijdelijke niet-nakoming.
- 6.2. Deze bepaling is vergelijkbaar met de hiervoor behandelde bepaling voor het geval dat vaststaat dat nakoming zonder tekortkoming onmogelijk zal zijn voordat de prestatie opvorderbaar is. Zie paragraaf 3.5 e.v.
- 6.3. In de rechtspraak is aangenomen dat levering van een zaak die dermate ondeugdelijk is dat herstel slechts mogelijk is door opnieuw te beginnen, de prestatie als definitief verricht moet worden beschouwd. Hierdoor ontstaat een situatie waarin deugdelijke nakoming niet meer mogelijk is.

Zie HR 22 mei 1981 NJ 1982, 59: "Wat de aan de orde gestelde vraag zelf betreft, hetgeen in het onderdeel wordt betoogd is in zoverre juist dat zich het geval kan voordoen dat in verband met de eisen van de goede trouw een niet behoorlijk presteren eerst door de schuldeiser als wanprestatie mag worden aangemerkt, nadat de schuldenaar tot herstel van het gebrek is aangemaand en hij verzuimd heeft binnen de hem gestelde termijn het gebrek op te heffen of alsnog tot behoorlijke prestatie over te gaan. In een zodanig geval is voor de ontvankelijkheid van een vordering tot ontbinding een ingebrekestelling (in beginsel een schriftelijke aanmaning) vereist. In het licht van hetgeen onder 2 ten aanzien van het principale middel reeds is overwogen, heeft het Hof evenwel terecht niet aangenomen dat zich hier een zodanig geval voordoet. De wanprestatie waarop Van der Gun zijn vordering tot ontbinding heeft gegrond, hield immers volgens zijn stellingen in, dat definitief ondeugdelijk was nagekomen. Dit wordt in het geval van de onderhavige aannemingsovereenkomst niet anders door de omstandigheid dat herstel nog mogelijk zou zijn door het gehele werk ongedaan te maken en het opnieuw, maar nu deugdelijk, tot stand te brengen. De verschuldigde prestatie is bij een zodanige overeenkomst immers, behoudens het herstel van eventuele gebreken, met de oplevering definitief verricht."

- 6.4. Niets lijkt zich ertegen te verzetten om deze gedachtegang ook toe te passen bij de oplevering van ondeugdelijke software. Het lijkt aldus verdedigbaar dat bij opgeleverde software die dermate ondeugdelijk is, dat om het functionerend te krijgen, de software opnieuw van de grond moet worden opgebouwd, aan te nemen dat correcte nakoming onmogelijk is.
- 6.5. Van onmogelijkheid tot nakomen kan ook sprake zijn indien een door de ondeugdelijke maar herstelbare prestatie al wel schade is geleden. Die schade is dan direct opvorderbaar, zonder dat nadere ingebrekestelling is vereist.

Zie HR 4 februari 2000, NJ 2000, 258, r.o. 3.6: "Indien een schuldenaar aanvankelijk een ondeugdelijke prestatie heeft geleverd doch deze vatbaar is voor herstel door alsnog een deugdelijke prestatie te leveren of het gebrek in de geleverde prestatie te herstellen, en van de schuldeiser gevergd kan worden dat hij de schuldenaar daartoe in de gelegenheid stelt, zal verzuim te dien aanzien in beginsel pas intreden nadat de schuldeiser de schuldenaar op de voet van art. 6:82 lid 1 BW de gelegenheid tot herstel heeft gegeven. Wanneer evenwel de schuldenaar die ondeugdelijk heeft gepresteerd, nog de gelegenheid heeft alsnog deugdelijk na te komen, bestaat de mogelijkheid dat de schuldeiser ten gevolge van het gebrek in de aanvankelijk geleverde prestatie schade heeft geleden die hij niet zou hebben geleden indien aanstonds deugdelijk was gepresteerd, en die niet door de vervangende prestatie wordt weggenomen. In zoverre is de tekortkoming dan niet voor herstel vatbaar en is de nakoming blijvend onmogelijk in de zin van art. 6:74 en art. 6:81."

7. Tot slot

- 7.1. Het wettelijke systeem voor nakoming, tekortkoming en de gevolgen daarvan is niet eenvoudig te doorgronden.¹⁷ Met betrekking tot IT-overeenkomsten hebben rechters een eigen invulling gegeven van dit systeem, bijvoorbeeld met betrekking tot het niet halen van oplevertermijnen en dreigende tekortkomingen.
- 7.2. De IT-jurist die zich bezig houdt met deze onderwerpen dient daarom niet alleen goed te zijn ingevoerd in het wettelijke systeem, maar zal zeker ook kennis moeten hebben van de relevante jurisprudentie. Anders kan plotsklaps blijken dat fatale termijnen toch niet fataal zijn, ingebrekestellingen geen rechtsgevolg hebben of dat een nakomingsbevestiging soms niet volstaat.

¹⁷ Zie ook Van den Brink, t.a.p., p. 182 en de daarin genoemde literatuur en Streefkerk, t.a.p., die, geïnspireerd door C.E Drion en T.H.M. van Wechem, op p. 2-3 spreekt van "a lawyer's nightmare".