

**LJN: BM0119, Gerechtshof 's-Hertogenbosch , HD 103.000.883**

Datum uitspraak: 30-03-2010  
Datum publicatie: 06-04-2010  
Rechtsgebied: Handelszaak  
Soort procedure: Hoger beroep  
Inhoudsindicatie: Oplevering automatiseringssysteem.

---

**Uitspraak**

GERECHTSHOF 's-HERTOGENBOSCH  
Sector civiel recht

zaaknummer HD 103.000.883

arrest van de zevende kamer van 30 maart 2010

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid CUBEWARE B.V.,  
gevestigd te Waalre,  
appellante in het principaal appel,  
geïntimeerde in het incidenteel appel,  
advocaat: mr. M.J. Steijven,

tegen:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid A-LINE B.V.,  
gevestigd te Naarden,  
geïntimeerde in het principaal appel,  
appellante in het incidenteel appel,  
advocaat: mr. H. Nieuwenhuizen,

als vervolg op het tussenarrest van dit hof van 29 september 2009 inzake het hoger beroep van het door de rechtbank 's-Hertogenbosch tussen partijen onder rolnummer 63441/HA ZA 01-599 gewezen vonnis van 7 april 2004.

**18. Het verdere verloop van het geding**

18.1 Bij genoemd tussenarrest heeft het hof de deskundige, de heer J.M. Suerink, verzocht een aanvulling op zijn rapport te verstrekken zoals in dat tussenarrest onder 16.9 nader omschreven.

18.2 De deskundige heeft op 10 november 2009 de aanvulling op zijn rapport ter griffie gedeponneerd.

18.3 A-Line heeft een akte genomen en Cubeware, onder overlegging van één productie een antwoordakte.

18.4 Partijen hebben daarna de gedingstukken overgelegd en uitspraak gevraagd.

**19. De verdere beoordeling**

In het principaal appel en in het incidenteel appel

19.1 Het hof heeft de deskundige verzocht als aanvulling op zijn deskundigenbericht aan te geven wat de inhoud van de reacties van beide partijen op zijn conceptrapport is geweest en in hoeverre hij deze in zijn definitieve rapportage heeft verwerkt. Naar aanleiding hiervan heeft de deskundige de reacties van beide partijen op zijn conceptrapport toegestuurd en daarbij puntsgewijs aangegeven op welke wijze hij het ontvangen commentaar heeft verwerkt in zijn eindrapport.

19.2 A-Line stelt in haar akte dat aan de eisen voor het tot stand komen van het rapport is voldaan. Cubeware geeft in haar antwoordakte een nadere toelichting op haar commentaar op het conceptrapport en legt hierbij over de stukken die zij bij haar reactie op het conceptrapport aan de deskundige had gevoegd. Cubeware stelt niet dat de deskundige het ontvangen commentaar niet of niet juist zou hebben verwerkt. Uit de aanvulling van de deskundige blijkt dat hij het commentaar dat hij van beide partijen op zijn conceptrapport heeft ontvangen

volledig heeft verwerkt in zijn definitieve rapportage.

19.3 Het hof stelt vast dat het voorbehoud van het hof (r.o. 16.8) ten aanzien van de totstandkoming van het rapport door de aanvulling van de deskundige vervalt. Ook naar de wijze van tot stand komen voldoet het rapport aan de eisen die daaraan kunnen en moeten worden gesteld. Naar het oordeel van het hof heeft de deskundige op correcte wijze gebruik gemaakt van de hem ter beschikking staande gegevens en deze op adequate wijze in zijn onderzoek gebruikt. Aan dergelijke rapporten komt in beginsel grote betekenis toe, zodat bezwaren die er tegen worden ingebracht zwaarwegend dienen te zijn. Het hof stelt vast dat tegen het rapport geen zwaarwegende bezwaren zijn ingebracht, zodat het hof het rapport en de conclusies ervan overneemt en tot de zijne maakt. Voor een samenvatting van de bevindingen en conclusies van de deskundige verwijst het hof naar het tussenarrest van 29 september 2009 (r.o. 16.4). Tegen deze achtergrond worden de grieven beoordeeld die over en weer zijn aangevoerd.

19.4 Tussen partijen is allereerst in discussie of Cubeware in verzuim is geraakt. Volgens A-Line is Cubeware reeds in verzuim geraakt doordat zij de oorspronkelijke opleverdatum van 1 januari 1999 niet heeft gehaald. De rechtbank heeft deze stelling van A-Line verworpen; tegen dit oordeel richt zich grief 2 in het incidenteel appel. Deze grief wordt verworpen aangezien het hof het oordeel van de rechtbank en de gronden waarop dit berust, deelt. Hetgeen zich tussen partijen na 1 januari 1999 heeft voorgedaan en met name het resultaat van de bespreking van 7 juni 2000, zoals neergelegd in het verslag van 15 juni 2000, kan niet anders worden begrepen dan dat door beide partijen niet langer aan de oorspronkelijke opleverdatum werd vastgehouden.

19.5 De volgende vraag is of Cubeware op een later moment in verzuim kan zijn geraakt. Cubeware heeft erop gewezen dat een schriftelijke ingebrekestelling ontbreekt. Op zich is dat juist, maar de vraag is of onder de gegeven omstandigheden een schriftelijke ingebrekestelling vereist was om Cubeware in verzuim te doen geraken. De rechtbank oordeelt dat dit het geval is en wijst op grond daarvan de vorderingen van A-Line af. Tegen dit oordeel richt zich grief 3 in het incidenteel appel.

19.6 Het hof stelt vast dat de bevoegdheid om een overeenkomst wegens een tekortkoming te ontbinden, indien correcte nakoming niet blijvend of tijdelijk onmogelijk is, ingevolge artikel 6:265 lid 2 BW pas ontstaat wanneer de schuldenaar in verzuim is. Verzuim ontstaat ingevolge artikel 6:82 BW in beginsel door een ingebrekestelling waarbij een redelijke termijn voor nakoming wordt gesteld, waarna nakoming binnen die termijn uitblijft. Ingevolge artikel 6:83 BW kan verzuim onder omstandigheden echter ook zonder ingebrekestelling intreden. Artikel 6:83 BW bevat bovendien geen limitatieve opsomming van de omstandigheden waaronder verzuim zonder ingebrekestelling intreedt (aldus onder meer HR 6-10-2000, NJ 2000,691, HR 4-10-2002, NJ 2003,257 en HR 12-9-2003, NJ 2004,36). Ook indien sprake is van andere omstandigheden, die gelijkenis vertonen met de in artikel 6:83 BW opgesomde omstandigheden, kan worden aangenomen dat op grond van redelijkheid en billijkheid een ingebrekestelling achterwege kan worden gelaten zodat de schuldenaar zonder ingebrekestelling in verzuim raakt.

19.7 Uit de beantwoording van vraag 3 door de deskundige blijkt dat correcte nakoming niet blijvend of tijdelijk 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 zorgen baarde. 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. Onder deze omstandigheden, in onderlinge samenhang gezien, 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. Om deze redenen slaagt grief 3 in het incidenteel appel.

19.8 Uit het deskundigenbericht, met name uit de beantwoording van vraag 6, blijkt dat ook ten aanzien van de werkwijze van A-Line bij de uitvoering van het project kritische kanttekeningen geplaatst kunnen worden. Ook wanneer deze mede in aanmerking worden genomen is naar het oordeel van het hof uit de bevindingen van de deskundige geen andere conclusie te trekken dan dat sprake is van een toerekenbare tekortkoming aan de zijde van Cubeware in de nakoming van de verplichtingen die voor haar voortvloeiden uit de overeenkomst van 14

juli 1997 en de nadere afspraken. Hetgeen Cubeware in dit verband verder naar voren heeft gebracht biedt onvoldoende grondslag voor een andere conclusie.

19.9 De consequentie hiervan is dat A-Line bevoegd was tot ontbinding van de overeenkomst van 14 juli 1997 over te gaan. In eerste aanleg vorderde A-Line ontbinding van de overeenkomst; in het petitum van haar memorie van grieven in het incidenteel appel komt deze vordering niet terug. Uit punt 63 van deze memorie maakt het hof op dat A-Line inmiddels van deze bevoegdheid gebruik heeft gemaakt. Toewijsbaar is de vordering tot ongedaanmaking nu deze verbintenis voortvloeit uit artikel 6:272 BW. Dit betekent dat het bedrag van f 1.914.671,04 (€ 868.838,81) dat A-Line aan Cubeware heeft voldaan door Cubeware terugbetaald dient te worden. Het meegevorderde bedrag van f 61.600,13 (€ 27.952,88) aan buitengerechtelijke incassokosten conform het liquidatietarief van de Nederlandse Orde van Advocaten komt niet voor toewijzing in aanmerking nu A-Line de grondslag daarvoor onvoldoende heeft onderbouwd. De vordering tot schadevergoeding, op te maken bij staat, is toewijsbaar nu uit het deskundigenbericht (antwoord op vraag 4) blijkt dat sprake is van schade aan de zijde van A-Line als gevolg van de toerekenbare tekortkoming van Cubeware. Ook hier geldt dat de vordering tot betaling van buitengerechtelijke incassokosten conform het liquidatietarief van de Nederlandse Orde van Advocaten onvoldoende onderbouwd is. De grieven 1, 4 en 5 in het incidenteel appel behoeven gezien dit resultaat geen afzonderlijke behandeling. Grief 6 betreft de kosten van het rapport van Ernst & Young EDP Audit; deze grief faalt omdat A-Line terzake geen vordering heeft ingesteld.

19.10 Ook grieven van Cubeware tegen de afwijzing van haar reconventionele vorderingen dienen te worden gezien tegen de achtergrond van de bevindingen van de deskundige. De vorderingen van Cubeware tot betaling van openstaande facturen, zoals verminderd bij memorie van grieven, werden door de rechtbank onvoldoende onderbouwd geoordeeld. Tegen dit oordeel komt Cubeware in hoger beroep op, maar hetgeen zij thans ter onderbouwing aanvoert wordt door A-Line met de producties die zij heeft overgelegd zodanig gemotiveerd bestreden dat ook in hoger beroep heeft te gelden dat deze vorderingen als onvoldoende onderbouwd afgewezen dienen te worden. De stelling van Cubeware dat A-Line de facturen niet tijdig heeft betwist doet hier niet aan af, aangezien de facturen een voldoende grondslag ontberen. De vordering tot betaling van schadevergoeding strandt op het gegeven dat niet A-Line, maar Cubeware toerekenbaar tekortgeschoten is in de nakoming van de op haar rustende verplichtingen uit de overeenkomst van 14 juli 1997 en de nadere afspraken. In het voerspoor hiervan strandt ook de vordering tot betaling van buitengerechtelijke kosten. De conclusie is dat de grieven van Cubeware in het principaal appel worden verworpen.

19.11 Voor het overige zijn door Cubeware geen feiten of omstandigheden gesteld die, indien bewezen, tot een ander oordeel leiden, zodat haar bewijstaanbod als niet relevant wordt gepasseerd.

19.12 Een en ander leidt tot de slotsom dat het vonnis waarvan beroep voor zover in reconventie gewezen wordt bekrachtigd en voor zover in conventie gewezen wordt vernietigd. Zowel in het principaal appel als in het incidenteel appel is Cubeware de in het ongelijk gestelde partij zodat zij in de proceskosten wordt veroordeeld, met inbegrip van de door A-Line voorgeschoten kosten van het deskundigenbericht.

## 20. De uitspraak

Het hof:

in het principaal appel en in het incidenteel appel

vernietigt het vonnis waarvan beroep voor zover in conventie gewezen en, in zoverre opnieuw rechtdoende:

veroordeelt Cubeware om aan A-Line te betalen een bedrag van € 868.838,81, vermeerderd met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf de dag der ontbinding van de overeenkomst van 14 juli 1997 tot aan de dag der voldoening;

veroordeelt Cubeware aan A-Line te betalen een bedrag nader op te maken bij staat als vergoeding voor de schade die A-Line heeft geleden als gevolg van het tekortschieten van Cubeware in haar verplichtingen uit de overeenkomst van 14 juli 1997, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 20 oktober 2000 tot aan de dag der voldoening;

veroordeelt Cubeware in de kosten van geding in eerste aanleg in conventie, tot op deze uitspraak aan de zijde van A-Line begroot op € 3.396,54 aan vast recht, € 53,94 aan kosten dagvaarding en op € 4.448,= aan salaris advocaat;

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep voor zover in reconventie gewezen;

veroordeelt Cubeware in de kosten van het geding in hoger beroep, tot op deze uitspraak aan de zijde van A-Line begroot op € 5.669,= aan verschotten en op € 6.526,= aan salaris advocaat in het principaal appel, op € 3.895,=

aan salaris advocaat in het incidenteel appel en op € 23.800,= aan kosten deskundigenbericht;

verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit arrest is gewezen door mrs. Brandenburg, Meulenbroek en Feddes en in het openbaar uitgesproken door de rolraadsheer op 30 maart 2010.

---