

zaaknummer

ARBITRAAL VONNIS IN KORT GEDING

in de zaak van:

De besloten vennootschap met beperkte
aansprakelijkheid **KLANT**
statutair gevestigd te [Plaatsnaam]

Verzoekster

Gemachtigde: mr. [Advocaat klant]

tegen:

De besloten vennootschap met beperkte
aansprakelijkheid **LEVERANCIER**

statutair gevestigd te [Plaatsnaam],

Verweerster

Gemachtigde: mr. [Advocaat leverancier]

Hebben

Mr. Arbiter 1, wonende te [Woonplaats], voorzitter,

Mr. Arbiter 2, wonende te [Woonplaats], en

Arbiter 3, wonende te [Woonplaats]

het volgende arbitrale vonnis in kort geding gewezen:

1. VERLOOP VAN HET GEDING

- 1.1. Verzoekster [KLANT] heeft in een geschil met verweerster ('[LEVERANCIER]') op 24 augustus 2012 een arbitraal kort geding bij de Stichting Geschillenoplossing Automatisering ('SGOA') aanhangig gemaakt door het indienen van een schriftelijk inleidend verzoek met 12 producties ('**Inleidend Verzoek**').
- 1.2. [LEVERANCIER] heeft op 17 september 2012 door toezending aan de SGOA (i) een incidentele memorie houdende exceptie van onbevoegdheid ex artikel 1052 lid 2 Rv met 1 productie ('**Incidentele Memorie**') en (ii) een kort verweerschrift met 24 producties ('**Verweer**') ingediend.
- 1.3. Conform artikel 10.1 van het Arbitragereglement bestaat het scheidsgerecht ('**Scheidsgerecht**') uit drie arbiters.
- 1.4. Het bestuur van de SGOA heeft vervolgens mr. Arbitrer 1, mr. Arbitrer 2 en Arbitrer 3, voornoemd benoemd tot arbiters, welke opdracht door hen schriftelijk is aanvaard.
- 1.5. Op 24 september 2012 heeft te [Plaatsnaam] de mondelinge behandeling plaatsgevonden. Daarbij waren naast de arbiters aanwezig:

namens [KLANT]:

- De heer A, algemeen directeur [KLANT] en bevoegd [KLANT] te vertegenwoordigen,
- De heer B., algemeen directeur [KLANT] [andere] B.V.,
- De heer C., (voormalig) operationeel directeur [KLANT],
- De heer D., [naam] B.V., project manager [KLANT] (tot oktober 2011),
- De heer E, verbonden aan [naam2] B.V., project manager [KLANT],
- De heer F., project medewerker [KLANT], en
- Mr. [Advocaat klant], gemachtigde;

en namens [LEVERANCIER]:

- De heer1, directeur [LEVERANCIER] en bevoegd [LEVERANCIER] te vertegenwoordigen,
- De heer2, directeur [naam] , (extern) adviseur [LEVERANCIER], en
- Mr. [Advocaat leverancier], gemachtigde.

- 1.6. Bij de mondelinge behandeling zijn beide partijen in de gelegenheid gesteld hun standpunten toe te lichten en te reageren op de wederzijdse stellingen. [KLANT] en [LEVERANCIER] hebben daarbij gebruik gemaakt van pleitaantekeningen.
- 1.7. [LEVERANCIER] heeft bij pleidooi een aanvullende productie overgelegd. Deze is door het Scheidsgerecht geweigerd en blijft in dit geding buiten beschouwing.
- 1.8. Volgend op het pleidooi van partijen in eerste termijn, heeft het Scheidsgerecht partijen voorgesteld om, in overeenstemming met artikel 17.2 van het Arbitragereglement, een arbiter-commissaris aan te stellen om technische inlichtingen in te winnen over en eventueel

onderzoek ter plaatse uit te voeren naar de belangrijkste tekortkomingen die naar de mening van [KLANT] aan het door [LEVERANCIER] geleverde Software-systeem kleven. Op 25 september 2012 heeft de SGOA een brief aan partijen gestuurd met daarin een beschrijving van (de reikwijdte en de looptijd van) het onderzoek en de bevoorschotting. Tevens is bepaald dat het Scheidsgerecht de verdeling van de kosten over partijen in het vonnis in kort geding definitief zou vaststellen.

- 1.9. De arbiter-commissaris heeft technische inlichtingen ingewonnen en zijn bevindingen vastgelegd in een ‘Verslag verder onderzoek arbitrage’ gedateerd 23 oktober 2012 (**‘Onderzoeksverslag’**), dat de SGOA op 24 oktober 2012 aan partijen heeft toegezonden.
- 1.10. Hangende het technisch onderzoek heeft [LEVERANCIER] bij schrijven van haar raadsman op 12 oktober 2012 bij de SGOA een nadere productie (nr. 25) ingediend.
- 1.11. Op 26 oktober 2012 heeft [KLANT] een akte inhoudende eiswijziging en overlegging producties (**‘Akte wijziging eis’**) met acht aanvullende producties bij de SGOA ingediend. Bij brief van dezelfde datum heeft de raadsman van [LEVERANCIER] bezwaar gemaakt tegen het indienen door [KLANT] van de Akte wijziging eis (en de daarbij behorende producties).
- 1.12. Op 29 oktober 2012 heeft het Scheidsgerecht de behandeling van het kort geding voortgezet. Hierbij waren dezelfde personen aanwezig. Conform haar brief van 25 september 2012 heeft het Scheidsgerecht partijen alstoen in de gelegenheid gesteld (i) te reageren op de bevindingen van de arbiter-commissaris en (ii) te re- en dupliceren naar aanleiding van wat tijdens de mondelinge behandeling op 24 september 2012 door de andere partij naar voren is gebracht.
- 1.13. Het Scheidsgerecht heeft indiening door [KLANT] van de Akte wijziging eis voorwaardelijk toegestaan, d.w.z. op voorwaarde dat [LEVERANCIER] voldoende gelegenheid zou hebben op deze Akte te reageren en daarvoor eventueel twee weken extra de tijd zou verkrijgen. [LEVERANCIER] heeft zich vervolgens in deze gerefereerd aan het oordeel van het Scheidsgerecht en is tijdens de voortgezette mondelinge behandeling in staat gesteld en gebleken inhoudelijk te reageren op wat [KLANT] bij voornoemde akte heeft aangevoerd. Voor het verlenen van uitstel bestond daardoor geen aanleiding meer. Hierdoor geldt dat de eisen van [KLANT] zijn gewijzigd als volgens de Akte wijziging eis en zal het Scheidsgerecht deze, voor zover relevant, in zijn oordeel betrekken.
- 1.14. Partijen hebben tijdens de voortgezette mondelinge behandeling tevens gereageerd op de bevindingen van de arbiter-commissaris. [KLANT] heeft gerepliceerd waarbij paragraaf 2 van haar pleitnota niet is voorgedragen zodat deze alhier buiten beschouwing blijft. [LEVERANCIER] heeft gedupliceerd en gereageerd op de Akte wijziging eis. Partijen zijn vervolgens op hun verzoek nogmaals in de gelegenheid gesteld op elkaars stellingen te reageren. Ook nadien is er debat gevoerd en heeft het Scheidsgerecht partijen enkele vragen gesteld, welke partijen hebben beantwoord.
- 1.15. Vervolgens heeft het Scheidsgerecht de behandeling van het geding gesloten teneinde overeenkomstig het verzoek van partijen vonnis in kort geding te wijzen.

2. BEVOEGDHEID, BESLISSINGSMAATSTAF EN PLAATS VAN ARBITRAGE

- 2.1. In het inleidende verzoek heeft [KLANT] gesteld dat partijen zijn overeengekomen dat de

tussen hen bestaande geschillen door de SGOA via arbitrage zullen worden beslecht met inachtneming van het toepasselijke Arbitragereglement van de SGOA (versie 2012).

- 2.2. In de Incidentele Memorie heeft [LEVERANCIER] betoogd dat de SGOA onbevoegd is om van de vorderingen van [KLANT] kennis te nemen en hierover te oordelen.
- 2.2.1. [LEVERANCIER] stelt, kort gezegd, dat er sprake is van een specifieke overeenkomst die van toepassing is op het geschil, te weten de software-[naam]overeenkomst ('**de [naam] overeenkomst**') gedateerd 15 maart 2010 (Productie 1 bij Incidentele Memorie). Partijen hebben deze overeenkomst gesloten met de depotnemer [naam] B.V. met inachtneming van het voorbeeld, dat als bijlage 10 is gehecht aan de Fixed-price turn-key overeenkomst betreffende de levering, implementatie, hosting en onderhoud van het Software-systeem, gedateerd 19 oktober 2009 ('**de Overeenkomst**', productie 1 bij Inleidend Verzoek).
- 2.2.2. [LEVERANCIER] is van mening, dat het bepaalde in artikel 12.2 van de [naam]overeenkomst – dat voorziet in geschillenbeslechting door de overheidsrechter – prevaleert boven het bepaalde in artikel 31.1 van de Overeenkomst, dat voorziet in geschillenbeslechting door middel van arbitrage overeenkomstig het Arbitragereglement van de SGOA.
- 2.2.3. [KLANT] heeft de juistheid van dit standpunt gemotiveerd betwist.
- 2.3. Voorts heeft [LEVERANCIER] betoogd dat het Scheidsgerecht onbevoegd is kennis te nemen van de door [KLANT] bij Akte wijziging eis ingestelde vordering tot verlaging van de bankgarantie omdat in artikel 7 van deze bankgarantie de overheidsrechter bevoegd wordt verklaard en de SGOA als gevolg daarvan volgens [LEVERANCIER] mitsdien onbevoegd is.
- 2.4. Op grond van het bepaalde in artikel 1052 lid 1 Rv is het Scheidsgerecht bevoegd om over zijn bevoegdheid te oordelen, hetgeen hij bij deze doet.
- 2.4.1. In artikel 31.1 van de Overeenkomst hebben partijen vastgelegd dat geschillen welke tussen partijen ontstaan naar aanleiding van die overeenkomst dan wel naar aanleiding van nadere overeenkomsten die daarvan het gevolg mochten zijn, worden beslecht door middel van arbitrage overeenkomstig (samengevat) het Arbitragereglement van de SGOA.
- 2.4.2. [KLANT] heeft haar vorderingen met betrekking tot de afgifte van de volledige computercode van het Software-systeem c.a. gebaseerd op het bepaalde in artikel 4.5 van de Overeenkomst. Zij heeft desgevraagd uitdrukkelijk bevestigd dat de vorderingen niet zijn gegrond op het bepaalde in artikel 4.4 van deze Overeenkomst dat verwijst naar een [naam]regeling, te treffen met onder andere een derde (te weten '[naam]').
- 2.4.3. Ten aanzien van haar vorderingen verband houdende met de door [KLANT] aan [LEVERANCIER] afgegeven bankgarantie, heeft hij de bevoegdheid van de SGOA gegrond op het bepaalde in artikel 31.1 van de Overeenkomst dat zegt dat deze bepaling ook van toepassing is op geschillen verband houdende met nadere overeenkomsten die van de Overeenkomst een gevolg zijn. De overeenkomst tot

het doen stellen van een bankgarantie is een dergelijke nadere overeenkomst, meent [KLANT].

2.5. Het Scheidsgerecht overweegt het volgende.

- 2.5.1. [KLANT]' standpunt dat er in dit geding sprake is van geschillen tussen partijen die verband houden met de inhoud van de Overeenkomst en de naleving daarvan is correct. Ook de afspraak een bankgarantie te stellen is gebaseerd op een door [LEVERANCIER] gestelde niet nakoming van die Overeenkomst en mitsdien is die afspraak aan te merken als een nadere overeenkomst zoals bedoeld in artikel 31.
 - 2.5.2. De geschillenregeling in de [naam] overeenkomst heeft geen betrekking op artikel 4.5 Overeenkomst, maar op art 4.4 van de Overeenkomst, dat handelt over deponering van de broncode inclusief alle documentatie van het Software-systeem bij [naam]. Op dat artikel 4.4 van de Overeenkomst zijn de vorderingen van [KLANT], zoals aangegeven, niet gegrond.
 - 2.5.3. [LEVERANCIER] heeft betoogd dat de geschillenregeling in de [naam] overeenkomst prevaleert boven het bepaalde in de Overeenkomst. Dit betoog faalt gezien de in artikel 1.2 Overeenkomst opgenomen rangregeling.
 - 2.5.4. Ook de omstandigheid dat [KLANT] bij brief van 29 juni 2012 de Overeenkomst heeft ontbonden, doet niet af aan de bevoegdheid van het Scheidsgerecht. Artikel 27.3 Overeenkomst bepaalt namelijk dat artikel 31.1 (Geschillen) ook na ontbinding van de Overeenkomst blijft bestaan.
 - 2.5.5. De in de bankgarantie vermelde geschillenregeling ziet toe op geschillen tussen de bank en één der partijen, van een dergelijk geschil is te dezen geen sprake.
 - 2.5.6. Het Scheidsgerecht acht zich mitsdien ten aanzien van alle (gewijzigde) vorderingen bevoegd. De SGOA heeft op correcte gronden het Scheidsgerecht benoemd.
- 2.6. Op basis van artikel 22.1 van het Arbitragereglement beslist het Scheidsgerecht als goede mannen naar billijkheid, daarbij rekening houdend met toepasselijke handelsgebruiken.
- 2.7. In afwijking van het bepaalde in artikel 4 van het Arbitragereglement heeft met instemming van partijen de mondelinge behandeling in [behandelplaats] plaatsgevonden.

3. VASTSTAANDE FEITEN

- 3.1. [KLANT] is een centrale [product]herstel-organisatie, die in opdracht van bijna honderd onafhankelijke [KLANT] vestigingen onder meer bevoegd is om afspraken te maken met opdrachtnemers en leveranciers van de [KLANT] vestigingen ten aanzien van de inkoop van ICT. Daarnaast verzorgt [KLANT] de centrale ICT voor alle [KLANT] vestigingen en de centrale [KLANT] organisatie.
- 3.2. [LEVERANCIER] legt zich onder meer toe op het ontwikkelen, produceren en distribueren van maatwerksoftware, het ontwikkelen en verkopen van soft- en hardwareproducten, het verzorgen van IT trainingen en opleidingen, het hosten van systemen van derden, het

adviseren van derden met betrekking tot aspecten van de bedrijfsvoering in verband met ICT, het ontwikkelen van applicaties en het implementeren van deze en andere applicaties.

- 3.3. Na bestudering van de meest gangbare systemen bij haar leden, heeft [KLANT] begin 2009] een globaal programma van eisen opgesteld voor een nieuw gemeenschappelijk bedrijfssoftware platform. Vervolgens heeft [KLANT] op 16 maart 2009 een *Request for Information* ('**RFI**') uitgeschreven en aan tien gegadigden verstuurd. Het RFI gaf aan welke functies de software moest bevatten en bij een aantal functies ook welke data elementen daarbij van belang waren. De reikwijdte van het RFI betrof front-office, back-office en gegevensuitwisseling met relevante derden waarbij het back-office geen betrekking had op de financiële administratie (grootboek en subgrootboeken), onderdelenadministratie (geen voorraad) en HR/Payroll.
- 3.4. Op 14 mei 2009 zond [KLANT] een *Request For Proposal* ('**RFP**') aan drie partijen, waaronder [LEVERANCIER]. Uiteindelijk bleven [LEVERANCIER] en een andere partij over. Zij kregen ieder acht weken de gelegenheid om tegen betaling ter plaatse bij de [KLANT] vestigingen nader onderzoek te doen in ruil voor de acceptatie van maximaal 10% softwarekosten overschrijding.
- 3.5. Na de onderzoeksfase is [LEVERANCIER] als winnaar uit de bus gekomen, waarbij de bereidheid van [LEVERANCIER] om op basis van exclusiviteit met [KLANT] te contracteren, de doorslag gaf.
- 3.6. [KLANT] en [LEVERANCIER] hebben op 19 oktober 2009 de Overeenkomst gesloten. [KLANT] heeft [LEVERANCIER] opdracht gegeven voor de turn-key levering, implementatie, terbeschikkingstelling, onderhoud, hosting en beheer van het Software-systeem. De Overeenkomst legt de voorwaarden voor de dienstverlening door [LEVERANCIER] aan [KLANT] vast.
- 3.7. Naast de in onderdeel 2 besproken geschillenbeslechtingclausule (artikel 31.1 Overeenkomst), zijn in het kader van deze procedure de artikelen 3.2, 4.4, 4.5, 20.2 en 27 lid 1 aanhef en sub h Overeenkomst van belang, waarvan de tekst als volgt luidt.

3.7.1. Artikel 3.2 Overeenkomst¹:

“[Leverancier] zal het Software-systeem uiterlijk op 31 december 2010 opleveren, met dien verstande dat de installatie en implementatie bij de individuele [KLANT] vestigingen uiterlijk 20 juni 2011 zal zijn afgerond.”

3.7.2. Artikel 4.4 Overeenkomst:

“Indien en voor zover [KLANT] dit wenst zal [Leverancier] volledig meewerken aan het deponeren van de volledige broncode inclusief alle documentatie van het Software-systeem. Het eventuele depot van de broncode strekt onder meer daartoe dat wordt voorkomen dat in gevallen waarin [Leverancier] niet meer presteert of de juridische beschikkingsmacht over de broncode heeft verloren de vrije toegang tot de broncode voor [KLANT] gewaarborgd is. Partijen zullen alsdan samen met de bewaarnemer een depotovereenkomst sluiten, waarbij de hieruit voortvloeiende kosten voor rekening van [KLANT] komen. Een voorbeeld [naam] overeenkomst is bijgevoegd als bijlage 10.”

¹ Waar in de Overeenkomst wordt gesproken van [Leverancier] wordt {Leverancier} bedoeld.

3.7.3. Artikel 4.5 Overeenkomst:

“4.5 [Leverancier] zal aan [KLANT] een kopie van de volledige computercode inclusief de documentatie van het Software-systeem ter beschikking stellen wanneer en zodra [Leverancier] het Software-systeem oplevert, wanneer [Leverancier] nieuwe versies daarvan ter beschikking stelt, en tevens telkens wanneer en zodra [KLANT] daar om vraagt. [KLANT] zal de kopie als vertrouwelijke informatie behandelen, en alleen gebruiken wanneer zich een van de gevallen genoemd in artikel 27 voordoet. In dat geval omvatten de rechten van [KLANT] met betrekking tot het Software-systeem ook het recht om het Software-systeem te (doen) onderhouden, corrigeren, wijzigen en/ of uit te breiden.”

3.7.4. Artikel 20.2 Overeenkomst²:

“(…) Bij te late betaling kan [Leverancier] na ingebrekestelling van [KLANT] rente in rekening brengen ten hoogste het geldende wettelijke rentepercentage.”

3.7.5. Artikel 27 lid 1 aanhef en sub h. Overeenkomst bepaalt³:

“27.1 Ieder der partijen heeft in de hieronder omschreven gevallen en voor zover hieronder toegekend het recht de overeenkomst geheel of gedeeltelijk met onmiddellijke ingang te ontbinden:

(…)

h. Iedere partij wanneer de wederpartij enige verplichting uit deze overeenkomst niet nakomt, welke van zo ernstige aard is, dat van de benadeelde partij voortzetting der overeenkomst in redelijkheid niet kan worden gevergd en de verzakende partij, na deswege bij aangetekende brief in gebreke te zijn gesteld, nalatig blijft deze verplichting na te komen, respectievelijk geëigende stappen te ondernemen om dit te corrigeren.”

3.8. Op 22 juni 2011 heeft [KLANT] [LEVERANCIER] in gebreke gesteld (productie 3 Inleidend Verzoek). Op 30 september 2011 heeft [KLANT] [LEVERANCIER] opnieuw in gebreke gesteld (productie 4 Inleidend Verzoek).

3.9. Vervolgens hebben partijen, onder leiding van de heer [de heer] ([KLANT]), een afmaakplan met de titel ‘[titelnaam] 2.0’ (**‘Afmaakplan’**) opgesteld. Het Afmaakplan is door vertegenwoordigers van partijen op 19/20 februari 2012 ondertekend. Partijen hebben de bij het Afmaakplan behorende vaststellingsovereenkomst – die niet is overgelegd – niet ondertekend.

3.10. In februari 2012 besloten circa twintig [KLANT] vestigingen echter al om niet verder te gaan met [LEVERANCIER] (Productie 20 Akte wijziging eis).

3.11. Hoofdstuk 3 van het Afmaakplan vermeldt dat:

“(…) 30 juni 2012 een definitief Go/NoGo besluit komt: of we gaan onvoorwaardelijk door of de stekker gaat er definitief uit.”

² Voor zover relevant.

³ Idem.

- 3.12. Onderdeel 2 op dezelfde pagina vermeldt vervolgens het volgende:
- “Bij een NoGo de ontbinding van het contract.”
- 3.13. Vervolgens hebben partijen inspanningen verricht om de in het Afmaakplan vastgelegde openstaande punten zoveel mogelijk af te ronden.
- 3.14. Bij brief van 29 juni 2012 (productie 6 Inleidend Verzoek) heeft de raadsman van [KLANT] [LEVERANCIER] geïnformeerd dat [KLANT] tot ontbinding van de Overeenkomst overging op een door [KLANT] nader te bepalen datum. Tegelijk heeft [KLANT] [LEVERANCIER] verzocht om tot nader orde de hosting, het beheer en het onderhoud van het Software-systeem te blijven verzorgen. Tevens heeft [KLANT] [LEVERANCIER] verzocht alle door [KLANT] gewenste transitie-assistentie te verlenen.
- 3.15. Op enig moment is [KLANT] opgehouden de rekeningen van [LEVERANCIER] te betalen. Op vordering van [LEVERANCIER] heeft [KLANT] op 11 juli 2012 een bankgarantie verstrekt van afgerond € 180.000,- ter zake van openstaande facturen. In de periode 15-22 oktober 2012 hebben partijen gecorrespondeerd over de door [KLANT] gewenste verlaging van de bankgarantie (Producties 3 – 6 Akte wijziging eis).
- 3.16. Bij brief van 10 oktober 2012 (productie 25 [LEVERANCIER]) heeft de raadsman van [KLANT] nogmaals – voor zover nodig – de Overeenkomst ontbonden. Daarin verduidelijkt [KLANT] dat ook het Afmaakplan als ontbonden per 29 juni 2012, dan wel 10 oktober 2012, dient te gelden.

4. DE VORDERINGEN EN DE TOELICHTING DAAROP

- 4.1. Nu [KLANT] bij de Akte wijziging eis de in het Inleidend Verzoek geformuleerde vorderingen heeft gewijzigd en vermeerderd, gaat het Scheidsgerecht uit van de vorderingen zoals deze zijn vermeld in de Akte wijziging eis.
- 4.2. [KLANT] heeft gevorderd dat [LEVERANCIER] bij arbitraal vonnis in kort geding wordt veroordeeld tot:

“1. (...) afgifte aan [KLANT], binnen 48 uur na de datum van het in dezen te wijzen arbitraal vonnis, van een kopie van de meest recente versie van de volledige (*editable*) broncode (daaronder dient in elk geval te worden begrepen: (a) alle [naam] programmacode inclusief instellingen, parameters, etc.; (b) alle programmacode van gebruikte dot.net componenten en (c) SQL-code voor het aanmaken van databases, stored procedures, triggers etc.) inclusief alle documentatie (daaronder dient in elk geval te worden begrepen: (a) gebruikershandleidingen; (b) beheerdershandleidingen; (c) applicatie architectuur; (d) technisch ontwerp; (e) data modellen en (f) alle functionele ontwerpen van het Software-systeem als bedoeld in (artikel 4.5 van) de tussen [KLANT] en [Leverancier])[Scheidsgerecht: lees telkens '[LEVERANCIER]'] tot stand gekomen overeenkomst d.d. 19 oktober 2009; op straffe van verbeurte van een dwangsom van EUR 50.000,00 voor elke dag, een dagdeel daaronder begrepen, waarop Promis de veroordeling niet nakomt;

2. (...) afgifte aan [KLANT] – steeds wanneer [KLANT] daarom schriftelijk of per e-mail verzoekt: binnen vijf kalenderdagen na de datum van dat verzoek – van een kopie van de op dat moment meest recente versie van de volledige (*editable*) broncode (daaronder dient in

elk geval te worden begrepen: (a) alle [naam] programmacode inclusief instellingen, parameters, etc.; (b) alle programmacode van gebruikte dot.net componenten en (c) SQL-code voor het aanmaken van databases, stored procedures, triggers etc.) en alle documentatie (daaronder dient in elk geval te worden begrepen: (a) gebruikershandleidingen; (b) beheerdershandleidingen; (c) applicatie architectuur; (d) technisch ontwerp; (e) data modellen en (f) alle functionele ontwerpen van het Software-systeem als bedoeld in (artikel 4.5 van) de tussen [KLANT] en [Leverancier] [**Scheidsgerecht**: lees telkens '[**LEVERANCIER**]' tot stand gekomen overeenkomst d.d. 19 oktober 2009; op straffe van verbeurte van een dwangsom van EUR 50.000,00 voor elke dag, een dagdeel daaronder begrepen, waarop [Leverancier] de veroordeling niet nakomt;

3. (...) [verplicht] om mee te werken aan verlaging van de bankgarantie d.d. 27 juli 2012, in die zin dat [Leverancier] [**Scheidsgerecht**: lees telkens '[**LEVERANCIER**]', nadat aan haar een nieuwe bankgarantie is afgegeven voor een maximumbedrag van EUR 137.000,00 (zegge: eenhonderd zevenendertig duizend euro) gehouden is de bankgarantie d.d. 27 juli 2012 die de Rabobank aan Promis heeft verstrekt met een maximumbedrag van EUR 180.000,00 in origineel te retourneren aan [KLANT] ([adres]) en wel binnen 48 uur na ontvangst van die nieuwe aan [Leverancier] af te geven bankgarantie; op straffe van verbeurte van een dwangsom van EUR 5.000,00 per dag, een dagdeel daaronder begrepen, waarop [Leverancier] niet aan haar verplichting voldoet;

4. (...) betaling van een redelijke vergoeding voor de kosten van juridische bijstand aan de zijde van [KLANT];

5. (...) betaling van de kosten van de arbitrage.”

4.3. De vorderingen onder 1 en 2 worden hierna als de vorderingen ten aanzien van de '**Computercode c.a.**' aangeduid. De vordering onder 3 wordt hierna als de vordering ten aanzien van de '**Bankgarantie**' aangeduid.

4.4. Ter toelichting op haar vorderingen en de gegrondheid daarvan stelt [KLANT] samengevat het navolgende.

- Op grond van het bepaalde in artikel 4.5 van de Overeenkomst dient [LEVERANCIER] aan [KLANT] een kopie van de volledige broncode inclusief documentatie aan [KLANT] ter beschikking te stellen. [LEVERANCIER] weigert die afgifte.
- De begrippen 'broncode' (artikel 4.4) en 'computercode' (artikel 4.5) hebben dezelfde betekenis. Dat er verschillende termen zijn gebruikt is een toevalligheid en doet er niet aan af dat partijen bij het aangaan van de Overeenkomst deze termen als synoniemen hebben willen gebruiken.
- [KLANT] vordert weliswaar afgifte van de Computercode c.a., maar geen toestemming om deze te gaan gebruiken. Bij de voortgezette mondelinge behandeling op 29 oktober 2012 heeft [KLANT] hierover gesteld dat de vraag of [LEVERANCIER] in verzuim was, c.q. of [KLANT] terecht de Overeenkomst heeft ontbonden, in dit arbitraal kort geding niet ter zake doet omdat die vraag verband houdt met het gebruik van de broncode en niet met het recht op afgifte daarvan. [KLANT] vordert in dit geding slechts afgifte van de broncode waartoe zij op grond van de eerste volzin van artikel 4.5 van de Overeenkomst sowieso

gerechtigd is. Overigens wijst [KLANT] er op dat [LEVERANCIER] geen verbod tot gebruik van de broncode vordert in dit geding, zodat het Scheidsgerecht hierover niet behoeft te oordelen. [KLANT] is bovendien de mening toegedaan dat zij gerechtigd is de broncode te gebruiken, omdat de situaties die in de laatste zin van dat artikel (met verwijzing naar artikel 27 van de Overeenkomst) zijn genoemd zich hebben voorgedaan.

- Dat [LEVERANCIER] toerekenbaar tekort geschoten is in de uitvoering van haar contractuele verplichtingen uit hoofde van de Overeenkomst staat volgens [KLANT] vast. Hiervoor stelt zij samen gevat het navolgende:
 - De Overeenkomst is een resultaatsverbintenis met ook een *fixed-time* karakter.
 - Nadat [LEVERANCIER] er niet in geslaagd was tijdig aan haar verplichtingen te voldoen hebben partijen nadere afspraken gemaakt die in het Afmaakplan zijn vastgelegd.
 - Het overeengekomen Afmaakplan geeft aan dat er op 30 juni 2012 een Go/NoGo- besluit wordt genomen en dat bij een NoGo- besluit ontbinding van de Overeenkomst volgt.
 - [LEVERANCIER] is wederom niet in geslaagd de geformuleerde en overeen gekomen doelstellingen in het Afmaakplan na te komen.
 - De door [KLANT] aangevoerde feiten en omstandigheden hebben ertoe geleid dat [KLANT] haar leden tijdens een op 28 juni 2012 gehouden algemene ledenvergadering heeft geadviseerd te stemmen vóór een ‘NoGo’ als bedoeld in het Afmaakplan waarna een dergelijk besluit is genomen.
 - Per 29 juni 2012 geldt de Overeenkomst daardoor als ontbonden en voorzover nodig vloeit de ontbinding ook voort uit de brief van (de raadsman van) [KLANT] van 12 oktober 2012.
- [LEVERANCIER] heeft de ontbinding aanvaard. Als er overigens grond zou zijn om aan de rechtsgeldigheid van deze ontbinding te twijfelen, dan is het volgens [KLANT] aan [LEVERANCIER] om te bewijzen dat [KLANT] onder de omstandigheden niet mocht ontbinden.
- Voorts stelt [KLANT] het navolgende:
 - De bevindingen van de arbiter-commissaris in het Onderzoeksverslag lenen zich, gezien de onderzoeksvragen, niet voor toepassing door het Scheidsgerecht in dit arbitraal kort geding. Het gaat zoals hiervoor is weergegeven om het recht of afgifte van de Computercode c.a. op basis van de eerste volzin van artikel 4.5 van de Overeenkomst en niet om een oordeel over het recht op gebruik daarvan.
 - Een belangenafweging in dit kort geding dient in het voordeel van [KLANT] uit te vallen.
 - [KLANT] hoeft de openstaande rekeningen van [LEVERANCIER] niet te voldoen, omdat zij een schadeclaim op [LEVERANCIER] heeft die ze met

deze rekeningen kan verrekenen.

- Het maximumbedrag van de door [KLANT] gestelde bankgarantie dient te worden verlaagd, nu [KLANT] enkele deelbetalingen heeft verricht. Gezien het bepaalde in artikel 20.2 Overeenkomst is aan alle voorwaarden voldaan en het feit dat [LEVERANCIER] verlaging weigert omdat zij een hogere contractuele boete bij niet-tijdige betaling wenst kan niet worden gegrond op de Overeenkomst.
 - [KLANT] heeft spoedeisend belang bij de gevraagde voorzieningen omdat zij – gegeven de ontbindingsverklaring – zo spoedig mogelijk in de situatie dient te komen dat zij van het Software-systeem gebruik kan maken, zonder dat zij daarbij afhankelijk is van [LEVERANCIER]. De software van [LEVERANCIER] wil zij daartoe door een derde laten onderzoeken teneinde vast te stellen of voortgezet gebruik van deze software mogelijk en gewenst is. Ook ten aanzien van de vermindering van de bankgarantie stelt [KLANT] een spoedeisend belang te hebben omdat de bankgarantie haar liquiditeit belast.
- 4.5. [LEVERANCIER] heeft bij de Incidentele Memorie, het Verweer en bij gelegenheid van de mondelinge behandeling de stellingen van [KLANT] verworpen en primair geconcludeerd tot onbevoegdheid van het Scheidsgerecht, subsidiair tot niet-ontvankelijk verklaring van [KLANT] dan wel tot afwijzing van de vorderingen van [KLANT] met veroordeling van [KLANT] in de kosten, waaronder begrepen een bijdrage aan proceskosten voor [LEVERANCIER].
- 4.6. Het verweer van [LEVERANCIER] tegen de vorderingen van [KLANT] komt samengevat op het volgende neer.
- [KLANT] beschikt niet langer over een geldige licentie uit hoofde van de Overeenkomst, omdat zij geen vergoedingen (meer) afdraagt aan [LEVERANCIER].
 - De vorderingen 1 en 2 van [KLANT] lenen zich niet voor een arbitraal kort geding. Er is sprake van ‘feitelijke uitgebreidheid’.
 - Indien [KLANT] afgifte van de broncode wenst te vorderen, dient zij dit te doen op basis van de tussen partijen gesloten [naam] overeenkomst.
 - Onder de Computercode c.a. wordt de *executable* verstaan. Dat is iets heel anders dan de broncode waarover artikel 4.4 rept.
 - [LEVERANCIER] stelt bovendien dat artikel 4.5 Overeenkomst in zijn geheel dient te worden gezien bij de beoordeling van de vorderingen van [KLANT], aangezien [KLANT] op basis van dat artikel slechts de Computercode c.a. mag gebruiken indien zich een situatie in artikel 27 Overeenkomst voordoet. Die situatie doet zich volgens [LEVERANCIER] op de volgende, samengevatte gronden niet voor:
 - De Overeenkomst kwalificeert als een overeenkomst van opdracht en een inspanningsverbintenis. De door [KLANT] ingeroepen ontbinding is onterecht, mede gezien in het licht van het bepaalde in – het door [KLANT] ingeroepen –

artikel 27 lid 1 aanhef sub h. Overeenkomst. De aard van de eventueel tegen [LEVERANCIER] tegen te werpen tekortkomingen is niet dusdanig ernstig dat die de ontbinding van de Overeenkomst rechtvaardigt. [LEVERANCIER] betwist dat zij tekortschiet in de uitvoering van haar verplichtingen uit hoofde van de Overeenkomst.

- Ook al heeft [KLANT] [LEVERANCIER] enkele malen in gebreke gesteld, er is geen sprake van fatale termijnen, de ingebrekestellingen waren telkens onterecht en bovendien heeft [KLANT] telkens de Overeenkomst voortgezet, waardoor aan de eerdere ingebrekestellingen geen zelfstandige betekenis meer toekomt.
- In tegenstelling tot wat [KLANT] beweert, heeft [LEVERANCIER] niet ingestemd met de door [KLANT] aangezegde ontbinding(en) van de Overeenkomst.
- Het Afmaakplan bestaat niet meer want [LEVERANCIER] heeft dit buitengerechtelijk vernietigd wegens dwaling.
- De bevindingen van de arbiter-commissaris in het Onderzoeksverslag laten volgens [LEVERANCIER] aan duidelijkheid niets te wensen over: er is bijvoorbeeld geen sprake van showstoppers of van schending van de onderzochte succesvoorwaarden. Het Onderzoeksverslag noemt geen tekortkoming die de ontbinding van de Overeenkomst, zoals bedoeld in artikel 27 lid 1 sub h Overeenkomst, rechtvaardigt.
- [KLANT] is zelf in verzuim, onder meer gezien dat zij een aantal facturen van [LEVERANCIER] onbetaald laat en is tekort geschoten in de uitvoering van haar verplichtingen, zoals op basis van het project plan. Ook heeft [KLANT] verzuimd de [KLANT] vestigingen te verplichten zich te conformeren aan de minimum systeemvereisten die op basis van de Overeenkomst tussen partijen dienen te gelden.
- [KLANT] kan zich niet op verrekening beroepen.
- De bankgarantie bepaalt niets over de inwisseling daarvan tegen een lagere. De vordering van [KLANT] komt daarom neer op een wijziging van de voorwaarden van de Overeenkomst. Hiervoor is in kort geding geen plaats.
- Een belangenafweging dient in het voordeel van [LEVERANCIER] uit te vallen. Bij toewijzing van de vordering tot afgifte van de Computercode wordt [LEVERANCIER] voor een voldongen feit gesteld en loopt zij het risico dat [KLANT] met de software van [LEVERANCIER] 'aan de haal gaat' en de vertrouwelijkheid schendt.
- [KLANT] heeft geen spoedeisend belang bij het gevorderde. [KLANT] is niet capabel om zelf met de (technische) documentatie (behorende bij de computercode) om te gaan en heeft niet gesteld dat zij al aan een derde opdracht heeft geleverd om diensten met betrekking tot het Software-systeem te gaan leveren. Ook ten aanzien van de vordering tot verlaging van het bedrag van de bankgarantie komt [KLANT] geen spoedeisend belang toe.

- [KLANT] dient te worden veroordeeld in de kosten van het geding en dient [LEVERANCIER] een tegemoetkoming in de advocaatkosten te voldoen.

5. HET OORDEEL VAN HET SCHEIDSGERECHT

Ten aanzien van de vordering tot afgifte van de Computercode c.a.

- 5.1. [KLANT] heeft gesteld dat zij op basis van het bepaalde in artikel 4.5 van de Overeenkomst aanspraak heeft op afgifte van de Computercode c.a. en dat het daarbij niet van belang is of zich een situatie voordoet als beschreven in artikel 27 van de Overeenkomst, althans zolang door [LEVERANCIER] geen vordering wordt ingesteld strekkende tot het verkrijgen van een verbod om deze code te gebruiken.
- 5.2. Het Scheidsgerecht volgt [KLANT] in deze redenering niet.
 - 5.2.1. In de eerste plaats heeft [KLANT] tijdens de voortgezette behandeling aangegeven dat zij voornemens is de Computercode c.a. te gebruiken, namelijk door aan een derde het verzoek te doen de Computercode c.a. te bestuderen en deze eventueel bij voortgezette dienstverlening door die, dan wel een andere, derde ten behoeve van [KLANT] te exploiteren. Aldus is sprake van een of meerdere handelingen die op grond van artikel 4.5 van de Overeenkomst alleen zijn toegestaan indien zich een van de gevallen genoemd in artikel 27 voordoet.
 - 5.2.2. Bij de stelling van [KLANT] dat de Overeenkomst terecht is ontbonden overweegt het Scheidsgerecht dat hij in het kader van dit kort geding niet vooruit mag lopen op de beoordeling in de arbitrale procedure ten principale. Het Scheidsgerecht dient zich gezien [KLANT]'s vorderingen wel een voorlopig oordeel te vormen over deze stelling, waarbij het Scheidsgerecht zich dient te baseren op hetgeen in dit geding door partijen naar voren is gebracht.
 - 5.2.3. Het betoog dat de bevindingen in het Onderzoeksverslag niet relevant zijn heeft [KLANT] geplaatst in het kader van haar stelling dat zij haar vordering baseert op de eerste volzin van het bepaalde in artikel 4.5 van de Overeenkomst. Nu het Scheidsgerecht heeft vastgesteld dat hij in die redenering niet kan meegaan en ook een voorlopig oordeel moet geven over de stelling van [KLANT] dat de Overeenkomst terecht is ontbonden, overweegt hij het volgende.
 - 5.2.4. Het Scheidsgerecht verwierpt [KLANT]'s stelling dat [LEVERANCIER] dient te bewijzen geen wanprestatie te hebben gepleegd. Gezien het bepaalde in artikel 4.5 Overeenkomst, ligt het op de weg van [KLANT] ook in dit arbitraal kort geding ten minste aannemelijk te maken dat zij de Overeenkomst op 29 juni 2012 terecht heeft ontbonden.
 - 5.2.5. Het Scheidsgerecht volgt evenmin de stelling van [KLANT] dat [LEVERANCIER] in de ontbinding(en) door [KLANT] heeft bewilligd. De door [KLANT] hier aangevoerde citaten uit correspondentie met de raadsman van [LEVERANCIER] zijn uit hun verband gehaald. Het Scheidsgerecht leest in de bewuste correspondentie geen erkenning van wanprestatie of instemming met de ontbinding door [LEVERANCIER]. [LEVERANCIER] refereert telkens naar de ontstane situatie, maar geeft geen verweren prijs.

- 5.2.6. Vervolgens dient het Scheidsgerecht zich te buigen over de door [KLANT] gestelde tekortkomingen.

Oorspronkelijke opleverdatum

- 5.2.7. Vaststaat dat de in artikel 3.2 Overeenkomst opgenomen uiterste opleveringsdatum niet is gehaald. Voorshands is echter niet direct duidelijk of dit (volledig) is toe te rekenen aan [LEVERANCIER] en dat dit als een ernstige tekortkoming in de zin van artikel 27 lid 1 aanhef sub h Overeenkomst dient te gelden. Feit is dat [KLANT] [LEVERANCIER] pas geruime tijd na 31 december 2010 in gebreke heeft gesteld, de Overeenkomst na de eerste ingebrekestelling niet is ontbonden en partijen door middel van het Afmaakplan nieuwe afspraken hebben gemaakt. Partijen zijn na deze datum dus doorgegaan met hun samenwerking, zodat het bepaalde in artikel 3.2 Overeenkomst lijkt te zijn achterhaald.

Het Afmaakplan

- 5.2.8. Over het door [KLANT] ingenomen standpunt dat partijen in het Afmaakplan zouden zijn overeengekomen dat de Overeenkomst zou worden ontbonden bij een ‘NoGo’ beslissing overweegt het Scheidsgerecht het volgende. Weliswaar heeft [LEVERANCIER] ingestemd met het Afmaakplan, dat wil naar het voorlopig oordeel van het Scheidsgerecht echter niet zeggen dat zij ook heeft ingestemd met automatische ontbinding bij een ‘NoGo’ beslissing, dan wel haar rechten heeft verwerkt om zich te verweren tegen een aanzegging van ontbinding door [KLANT]. De tekst vermeldt dat er een besluit komt, niet dat partijen samen een besluit nemen. Het besluit is eenzijdig door [KLANT] genomen: “of we gaan onvoorwaardelijk door of de stekker gaat er definitief uit”. Er is hier geen sprake van woordgebruik dat [LEVERANCIER] een bevoegdheid toekent, of bepaalt dat [LEVERANCIER] hiermee automatisch instemt. De woorden: “Bij een NoGo de ontbinding van het contract” zeggen naar het voorlopig oordeel van het Scheidsgerecht niet meer dan wat [KLANT] van plan is te doen bij een ‘NoGo’ beslissing.
- 5.2.9. Gelet op het feit dat [LEVERANCIER] gemotiveerd heeft betwist in verzuim te zijn, ligt het voor de hand dat het Scheidsgerecht gebruik maakt van de resultaten van het onderzoek dat tot het Onderzoeksverslag heeft geleid. Weliswaar is dit onderzoek tentatief geweest, dat wil zeggen dat het beoogde het Scheidsgerecht voor te lichten over datgene dat voor het beoordelen van de gevorderde voorzieningen in kort geding van belang is en bijvoorbeeld niet beoogde een uitspraak te doen over de vraag of verzoekster de Overeenkomst terecht heeft ontbonden c.q. kan opzeggen dan wel ontbinden, maar dat betekent niet dat het Scheidsgerecht in het kader van de gevraagde voorzieningen aan de bevindingen in het Onderzoeksverslag geen tentatief belang mag toedichten.
- 5.2.10. Het Onderzoeksverslag stelt onder meer vast dat:
- [LEVERANCIER] na het sluiten van de Overeenkomst met de uitvoering van de werkzaamheden voor [KLANT] is begonnen;
 - Partijen pas in mei 2010 gezamenlijk een masterplan (versie [cijfer]), ([naam

Plan]) hebben vastgesteld en dat het Masterplan leidde tot verdubbeling van de stuurgroep leden, maar dat concrete actiepunten – onder meer ten aanzien van project governance – niet werden geformuleerd;

- Ten tijde van de vaststelling van het Masterplan tal van activiteiten en projectonderdelen al waren uitgevoerd, vaak zelfs 100% voltooid;
- De project governance niet goed was uitgewerkt en het project management niet goed functioneerde, hetgeen resulteerde in toenemende ontevredenheid bij zowel de [KLANT] stuurgroep leden als het [LEVERANCIER] stuurgroep lid, waarna in de zomer 2010 de projectmanager namens [LEVERANCIER] en enkele maanden later de projectmanager namens [KLANT] werden vervangen.

5.2.11. Uit het Onderzoeksverslag komt niet naar voren dat – in de onderzochte en door partijen zelf voorgedragen gevallen – sprake is van een feit dat van zo ernstige aard is, dat voorshands aannemelijk is dat in de arbitrale bodemprocedure ten principale zal komen vast te staan dat [KLANT] de Overeenkomst met [LEVERANCIER] heeft mogen ontbinden. Evenmin zijn door [KLANT] in dit verband andere feiten of omstandigheden aannemelijk gemaakt, die – gelet op de betwisting daarvan door [LEVERANCIER] – tot een dergelijk voorlopig oordeel moeten leiden.

5.2.12. De vraag of sprake is van een toerekenbare tekortkoming door [LEVERANCIER], welke van zo ernstige aard is, dat van [KLANT] voortzetting van de Overeenkomst in redelijkheid niet kan worden gevergd (als bedoeld in voornoemd artikel), valt, gezien de aard van de materie, de kwalificatie van de Overeenkomst, de door partijen zelf gecreëerde onduidelijkheid over de wederzijdse verplichtingen van de diverse betrokkenen aan de zijde van [KLANT] en [LEVERANCIER] bij het project – in het bijzonder de verplichtingen met betrekking tot project governance – en de gemotiveerde betwisting door [LEVERANCIER] van de gegrondheid en de redelijkheid van de door [KLANT] aangezegd ontbinding, in dit arbitraal kort geding dus niet genoegzaam te beantwoorden. Zonder nader onderzoek en nadere bewijslevering door [KLANT] kan het Scheidsgerecht daardoor voorshands niet vaststellen of de situatie, zoals genoemd in artikel 27.1 aanhef sub h. Overeenkomst zich voordoet.

5.2.13. Reeds op die grond kunnen de gevraagde voorzieningen met betrekking tot de Computercode c.a. niet worden toegewezen.

De Computercode c.a.

5.3. Wellicht ten overvloede merkt het Scheidsgerecht over het begrip ‘computercode’ het navolgende op.

5.4. Door [KLANT] wordt gesteld en door [LEVERANCIER] betwist dat onder het begrip de Computercode c.a. hetzelfde moet worden verstaan als onder de term ‘broncode’ zoals bedoeld in artikel 4.4 van de Overeenkomst. Hierover moet worden opgemerkt dat de Overeenkomst geen definitie van de begrippen ‘Software-systeem’ en ‘computercode c.a.’ geeft. Bijlagen 8 en 9 bij de Overeenkomst (de RFI) geven wel een definitie van het begrip ‘Systeem’, te weten (zie paragraaf 1.2 van Bijlage 8):

“Systeem: De centrale oplossing die wordt aangeboden. Dit omvat onder andere de backoffice functionaliteit voor de [KLANT] vestiging, de centrale functionaliteit voor [KLANT] autoherstel, interactie met externe applicaties en diensten, gebruikersdocumentatie, etc.”

- 5.5. Nu het bepaalde in artikel 4.5 van de Overeenkomst en de term de Computercode c.a. voorschijnt niet vanzelfsprekend en eenduidig voorkomt en de Overeenkomst wel een gebruikelijke bepaling betreffende afgifte van broncode bevat (in art. 4.4), dient het Scheidsgerecht zich af te vragen wat is bedoeld met het begrip ‘computercode’ in art. 4.5 – mede gezien in het licht van het begrip ‘broncode’ in art. 4.4.
- 5.6. Naar het voorlopig oordeel van het Scheidsgerecht bestaat er twijfel over de reikwijdte van het begrip computercode als bedoeld in de Overeenkomst. [KLANT] kan worden toegegeven dat afgifte van de object code van het Software-systeem onvoldoende is, indien [KLANT] deze door een derde wenst te (doen) onderhouden, corrigeren of te wijzigen. [LEVERANCIER] kan worden toegegeven dat art. 4.5 een opmerkelijke bepaling is in het licht van de bepaling in art. 4.4, dat [KLANT] de mogelijkheid geeft de meest recente versie van de broncode c.a. van het Software-systeem c.a. bij de [naam] agent van partijen op te vorderen, onder meer in het geval [LEVERANCIER] haar contractuele verplichtingen niet nakomt. Aan de door [KLANT] overgelegde verklaring van [naam] (productie 13 Akte wijziging eis) kent het Scheidsgerecht geen zelfstandige betekenis toe. Een zeer globaal onderzoek levert geen onderbouwing op van de stelling dat onder computercode altijd tevens broncode dient te worden verstaan. Het had voor de hand gelegen dat art. 4.5 het begrip computercode had verduidelijkt – bijvoorbeeld door na computercode te bepalen: ‘daaronder begrepen object code, broncode, voorbereidend materiaal, documentatie (...)’. Dit is niet gebeurd. Naar het voorlopig oordeel van het Scheidsgerecht zijn broncode en computercode niet twee exact dezelfde begrippen.

Belangenafweging

- 5.7. De Hoge Raad heeft in haar arrest van 22 november 2002, NJ 2003, 78 de norm voor de door het Scheidsgerecht te maken belangenafweging als volgt omschreven:

“De vraag of een eisende partij in kort geding voldoende spoedeisend belang heeft bij de gevraagde voorziening, dient beantwoord te worden aan de hand van een afweging van de belangen van partijen, beoordeeld naar de toestand ten tijde van de uitspraak. De omstandigheid dat de eisende partij lang heeft stilgezeten, kan bij die afweging een rol spelen, en de omstandigheid dat een rechtsvraag in geschil is waarop het antwoord niet evident is, kan leiden tot behoedzaamheid bij de toewijzing van de gevraagde voorziening, maar deze omstandigheden kunnen noch ieder voor zich noch in onderlinge samenhang het oordeel rechtvaardigen dat de eisende partij geen spoedeisend belang bij de gevraagde voorziening (meer) heeft.”

- 5.8. [KLANT] heeft gesteld noch gemotiveerd dat er sprake is van een situatie dat onverwijld handelen geboden is en de beslissing in de arbitrale procedure ten principale niet kan worden afgewacht. Het Onderzoeksverslag geeft geen aanleiding voor het Scheidsgerecht te veronderstellen dat [KLANT] niet verder kan met het Software-systeem. Indien [KLANT] een andere partij opdracht wenst te verstrekken om diensten met betrekking tot het Software-systeem te verrichten, ligt het op haar weg om met [LEVERANCIER] commerciële afspraken te maken over de beschikbaarstelling door [LEVERANCIER] van de door [KLANT] benodigde software, daaronder begrepen broncode en documentatie.
- 5.9. Daartegenover stelt het Scheidsgerecht dat de belangen van [LEVERANCIER] – dan wel,

voor wat betreft de standaardsoftware, haar licentiegevers (die geen partij zijn in dit geding) – vergen dat het Scheidsgerecht zich moet afvragen welke risico's [LEVERANCIER] (dan wel haar licentiegevers) loopt, indien het Scheidsgerecht mocht overgaan tot toewijzing van vorderingen met betrekking tot de Computercode c.a. Een garantie dat een nieuwe contractpartij de intellectuele eigendomsrechten van [LEVERANCIER] (dan wel haar licentiegevers) zal respecteren en zich aan voor [KLANT] geldende (al dan niet post-) contractuele verplichtingen – bijvoorbeeld ten aanzien van geheimhouding – zal houden, kan [KLANT] niet geven. Het Scheidsgerecht is voorshands van oordeel dat zij terughoudendheid dient te betrachten bij het toewijzen van de vorderingen betreffende afgifte van de Computercode. Immers, in geval een derde de rechten van [LEVERANCIER] op het Software-systeem niet respecteert, is haar schade niet te overzien.

- 5.10. [LEVERANCIER] heeft tijdens de mondelinge behandeling aangegeven bereid te zijn en te blijven met derden afspraken te maken over het gebruik van de Computercode c.a. mits deze derde en waar nodig ook [KLANT] bereid is redelijke en gebruikelijke voorwaarden te accepteren. Ook staat tussen partijen niet ter discussie dat [LEVERANCIER] op basis van de afgesproken tarieven de hosting e.d. van het Software-systeem zal voortzetten zolang [KLANT] niet over een alternatief beschikt.
- 5.11. Het Scheidsgerecht is op grond hiervan tevens van mening dat [KLANT] onvoldoende belang heeft bij haar vorderingen met betrekking tot afgifte van de Computercode.

Bankgarantie

- 5.12. Voorshands is het Scheidsgerecht van oordeel dat [KLANT] geen spoedeisend belang heeft bij toewijzing van haar vorderingen gericht op verlaging van de bankgarantie.
- 5.13. [KLANT] heeft gesteld dat zij verlaging vraagt in het kader van de kredietwaardigheid van de onderneming, maar [KLANT] heeft nergens onderbouwd dat een dergelijke verlaging positieve gevolgen voor de kredietwaardigheid heeft en evenmin dat afwijzing van deze vordering tot problemen met [KLANT]' kredietwaardigheid zou leiden.
- 5.14. [KLANT] heeft voorts de stelling van [LEVERANCIER] dat het de vraag is of [KLANT] bevrijdend heeft betaald onder de bankgarantie onweersproken gelaten.
- 5.15. Tot slot volgt het Scheidsgerecht niet [KLANT]' stelling dat partijen overeenstemming zouden hebben bereikt over de verlaging van de bankgarantie. Het staat [LEVERANCIER] vrij om in een discussie over verlaging van de bankgarantie nieuwe eisen te stellen. Nu [KLANT] niet heeft betwist dat zij nog steeds nota's van [LEVERANCIER] niet tijdig betaalt, is het op voorhand niet onbegrijpelijk dat [LEVERANCIER] aan haar medewerking de voorwaarde van betaling van een hogere boeterente heeft gekoppeld.
- 5.16. [LEVERANCIER] heeft aangegeven op basis van redelijke voorwaarden bereid te zijn mee te werken aan verlaging van de bankgarantie. Het Scheidsgerecht veronderstelt dat deze bereidheid ook na dit vonnis blijft bestaan.

Afwijzing

- 5.17. Het vorenstaande brengt mee dat de vorderingen van [KLANT] zoals voorgelegd aan het scheidsgerecht dienen te worden afgewezen. De vorderingen onder 4 en 5 zijn het gevolg van de beoogde toewijzing van de vorderingen onder 1 tot en met 3 en worden mitsdien

tevens afgewezen.

6. KOSTEN VAN DE ARBITRAGE

- 6.1. De kosten van deze arbitrage tot en met deponering van dit vonnis worden vastgesteld op [.....]
- 6.2. Gezien het voorgaande is het Scheidsgerecht van oordeel dat [LEVERANCIER], als in de Incidentele Memorie in het ongelijk gestelde partij, de kosten van het incident dient te dragen. Het Scheidsgerecht stelt de kosten van het incident vast op een percentage van 10% van de totale kosten.
- 6.3. [KLANT], als in het ongelijk gestelde partij, dient voor het overige de kosten van de procedure te dragen.
- 6.4. Het Scheidsgerecht ziet eveneens aanleiding om een vergoeding van de advocaatkosten van [LEVERANCIER] toe te wijzen. Gezien de omstandigheid dat [LEVERANCIER] geen bedrag heeft genoemd, worden de advocaatkosten aan de zijde van [LEVERANCIER] door het Scheidsgerecht op een vast bedrag van [...] gesteld.

7. SLOTSOM

Gelet op het vorenstaande komt het Scheidsgerecht tot de volgende beslissing.

RECHTDOENDE ALS GOEDE MANNEN NAAR BILLIJKHEID:

- 1) Verklaren zich bevoegd kennis te nemen van de vorderingen van [KLANT].
- 2) Wijzen de vorderingen van [KLANT] jegens [LEVERANCIER] af.
- 3) Veroordelen [KLANT] tot betaling van de kosten van deze procedure.
- 4) Veroordelen [KLANT] tot betaling van advocaatkosten aan [LEVERANCIER] van [...] excl. BTW.
- 5) Wijzen af hetgeen meer of anders is gevorderd.

Aldus gewezen te [Plaatsnaam] op [datum] 2012

Mr. Arbiter1, wonende te [woonplaats], voorzitter,

Mr. Arbiter2, wonende te [woonplaats], en

Arbiter 3, wonende te [woonplaats]