

SGOA 2017/008A

STICHTING GESCHILLENOPLOSSING AUTOMATISERING

in de zaak van:

[Leverancier]

**eiseres in conventie en
verweerster in reconventie**

hierna te noemen: “[Leverancier]”

gemachtigden:

Mr. Adv. 1 en Mr. Adv. 2

tegen:

[Afnemer]

**verweerster in conventie en
eiseres in reconventie,**

hierna te noemen: “[AFNEMER]”

gemachtigden:

Mr. Adv. 3 en Mr. Adv. 4

heeft het scheidsgerecht

het volgende arbitrale vonnis gewezen.

1. VERLOOP VAN HET GEDING

- 1.1. Bij inleidend verzoek d.d. 5 juli 2017 heeft [Leverancier] arbitrage aanhangig gemaakt tegen [AFNEMER] conform het Arbitragereglement van SGOA, vastgesteld op 20 januari 2015. [AFNEMER] heeft hierop gereageerd bij Kort Antwoord, door SGOA ontvangen op 21 juli 2017.

Bij brief van 3 augustus 2017 heeft SGOA partijen bericht dat als arbiters in deze zaak zijn benoemd Arbitrer 1 (voorzitter), Arbitrer 2 en Arbitrer 3.

[Leverancier] heeft op 31 augustus 2017 de Memorie van Eis ingediend, met 18 producties. Op 28 september 2017 heeft [AFNEMER] de Memorie van Antwoord ingediend, met 21 producties. De zitting heeft plaatsgevonden op 14 november 2017, waarbij beide partijen spreek aantekeningen hebben overgelegd.

Bij e-mail van 15 november 2018 heeft SGOA partijen bericht dat zij in de gelegenheid worden gesteld zich bij akte nader uit te laten over een door [AFNEMER] als onderdeel van haar producties overgelegde brief gedateerd 24 juli 2007, om het scheidsgerecht in staat te stellen - vooralsnog zonder dat daarvoor een getuigenverhoor nodig is - te beslissen of dit document al dan niet deel uitmaakt van de Automatiseringsovereenkomst. In die brief werd ook verzocht een overzicht van de door [AFNEMER] sinds 2008 voor het onderhoud betaalde bedragen in het geding te brengen.

Partijen hebben beide op 29 november een akte ingediend, [Leverancier] met 3 aanvullende producties (aangeduid als Bijlagen A t/m C) en [AFNEMER] met veertien producties (genummerd 22 t/m 35).

Vervolgens zijn partijen in de gelegenheid gesteld op elkaars akten te reageren. [AFNEMER] heeft bij akte van 14 december 2017 gereageerd, met overlegging van twee producties (genummerd 36 en 37), en [Leverancier] bij akte van 15 december 2017, met 5 producties (genummerd 19 t/m 23).

Bij e-mail van 19 december 2017 zijn partijen in de gelegenheid gesteld nog te reageren op de overgelegde nieuwe producties, hetgeen [AFNEMER] heeft gedaan bij akte van 22 december 2017. [Leverancier] heeft bij e-mail van 22 december 2017 van haar raadsman laten weten dat twee bij akte van 14 december 2017 door [AFNEMER] overgelegde producties geen aanleiding gaven tot het indienen van een nadere antwoordakte. Bij e-mail van 5 januari 2018 is [Leverancier] in de gelegenheid gesteld te reageren op een derde, in de akte van 14 december 2017 door [AFNEMER] opgenomen, productie. Bij e-mail van 9 januari 2018 heeft [Leverancier] laten weten dat deze productie haar geen aanleiding gaf tot het maken van opmerkingen.

2. BEVOEGDHEID, BESLISSINGSMAATSTAF EN PLAATS VAN ARBITRAGE

2.1. Tussen [Leverancier] en [AFNEMER] is een overeenkomst gesloten betreffende de levering van een Automatiseringssysteem, die niet is gedateerd, maar volgens partijen op 13 juli 2007 is ondertekend door [Leverancier] en op 24 juli door [AFNEMER] (de 'overeenkomst'). Artikel 23.8 van de overeenkomst bepaalt dat geschillen beslecht worden door middel van arbitrage overeenkomstig het Arbitragereglement van de Stichting Geschillenoplossing Automatisering (het 'Arbitragereglement'). Nu de overeenkomst geen afwijkende bepaling bevat beslist het scheidsgerecht, overeenkomstig het bepaalde in artikel 28.1 van het Arbitragereglement, als goede personen naar billijkheid. Ingevolge artikel 4 van het Arbitragereglement is de plaats van arbitrage Haarlem.

Nu het scheidsgerecht overeenkomstig het Arbitragereglement is benoemd, is het scheidsgerecht bevoegd in de onderhavige procedure een de partijen bindende beslissing te geven.

3. DE VORDERINGEN

3.1. [Leverancier] vordert, zakelijk weergegeven:

Primair

1. Te verklaren voor recht dat de overeenkomst niet is geëindigd door opzegging per 1 januari 2017 en partijen ten aanzien van onderhoud ook na die datum bindt;

(3)

2. [AFNEMER] te veroordelen tot betaling aan [Leverancier] van €177.294,09, vermeerderd met 21% BTW, terzake van onderhoud in de periode 21 juli 2016 – 21 juli 2017, en met wettelijke rente ex artikel 6:119a BW vanaf 21 augustus 2016 tot de dag der algehele voldoening;

3. [AFNEMER] te veroordelen in de kosten van de arbitrage alsmede de kosten van juridische bijstand van [Leverancier].

Subsidiair, indien wordt geoordeeld dat de Overeenkomst ten aanzien van het onderhoud rechtsgeldig is opgezegd per 1 januari 2017:

1. [AFNEMER] te veroordelen tot betaling aan [Leverancier] van een evenredig gedeelte van €177.294,09, vermeerderd met 21% BTW, terzake van onderhoud in de periode 21 juli 2016 – 1 januari 2017, en met wettelijke rente ex artikel 6:119a BW vanaf 21 augustus 2016 tot de dag der algehele voldoening;

2. [AFNEMER] te veroordelen tot betaling aan [Leverancier] van een door het scheidsgerecht in goede justitie te bepalen bedrag ter zake van de financiële afwikkeling als bedoeld in artikel 25 lid 2 van de Overeenkomst;

3. [AFNEMER] te veroordelen in de kosten van de arbitrage alsmede de kosten van juridische bijstand van [Leverancier].

3.2. [AFNEMER] concludeert tot afwijzing van de vorderingen van [Leverancier] en veroordeling van [Leverancier] in de kosten van de arbitrage en de kosten van rechtsbijstand van [AFNEMER].

4. VASTSTAANDE FEITEN

4.1. Als enerzijds gesteld en anderzijds erkend dan wel niet of onvoldoende weersproken c.q. op grond van de niet weersproken inhoud van de overlegde producties staat tussen partijen in deze arbitrage het volgende vast.

4.2. [Leverancier] is opgericht in 1987 en heeft blijkens de gegevens van de Kamer van Koophandel als activiteiten het ontwikkelen, produceren en uitgeven van software, het verlenen van diensten op het terrein van automatisering, marketing en verkoop, de

(4)

handel in automatiseringsmiddelen en andere zaken, met name die voor de realisering van projecten.

- 4.3. [AFNEMER] is opgericht in 1987 en maakt deel uit van de [AFNEMER] Groep, waartoe ook [AFNEMER] ('[AFNEMER]'). Blijkens de inschrijving bij de Kamer van Koophandel behoort [AFNEMER] tot de categorie financiële holdings en beheervenootschappen. Het bedrijf van [AFNEMER], dat is opgericht in 1991, is in haar inschrijving bij de Kamer van Koophandel omschreven als beleggingsinstelling met beperkte toetreding, met als activiteiten het verstrekken van beleggingsadviezen, het beheer van vermogen, het bemiddelen bij het aangaan van beleggingstransacties en het zijn van commissionair in financiële instrumenten; het deelnemen in, het samenwerken met, het financieren van, het voeren van directie over of het zich op andere wijze interesseren bij andere vennootschappen en/of ondernemingen. [AFNEMER] heeft eveneens de handelsnamen [Handelsnaam 1] en [Handelsnaam 2] ingeschreven bij de Kamer van Koophandel.
- 4.4. [AFNEMER] en [Leverancier] hebben in de periode van 5 april tot en met 13 juli 2007 onderhandeld over de levering van een automatiseringssysteem voor het beheren van relaties en relatiecontacten. In deze periode zijn, op basis van een concept van [AFNEMER], verschillende concepten van de overeenkomst besproken, alsmede een door [AFNEMER] opgesteld programma van eisen.
- 4.5. Bij brief van 4 mei 2007 heeft de heer [K], werkzaam bij [AFNEMER], (hierna: "[K]") aan [Leverancier] gevraagd een *'prijsoopgaaf te doen voor de levering van een Automatiseringssysteem, conform het bijgevoegde Programma van Eisen, versie 2.2 en het daarbij horende Addendum.'* In deze brief heeft [K] verzocht in de offerte de volgende punten op te nemen:
- 1. de vaste prijs voor de levering van het Automatiseringssysteem, uitgaande van 95 named users;*
 - 2. de vaste jaarlijkse prijs voor het onderhoud van het Automatiseringssysteem, voor de duur van zeven jaar;*
 - 3. de vaste prijs voor het uitbreiden van het aantal named users per gebruiker;*

(5)

4. *Een ingevuld Schema van Afwijkingen volgens de bijgevoegde lay-out. Het Schema van Afwijkingen is bedoeld om [AFNEMER] kenbaar te maken op welke onderdelen [Leverancier] niet aan het Programma van Eisen kan voldoen.*

4.6. Bij brief van 17 juli 2007 heeft [Leverancier] de volgende aanbieding gedaan:

1. *De vaste prijs voor de levering van het Automatiseringssysteem conform de Overeengekomen specificaties:
C 926.718,95;*
2. *De vaste prijs voor het uitbreiden van het gebruik van het Automatiseringssysteem met 1 gebruiker: **C 1.934,13**. Bij uitbreidingen wordt 17,5% van de licentiekosten toegevoegd aan het bestaande onderhoudscontract;*
3. *De vaste prijs per jaar voor het Onderhoud van het Automatiseringssysteem:
C 157.736,08 per jaar voor de duur van zeven jaar, ingaande op het moment zoals afgesproken in de Automatiseringsovereenkomst;*
4. *Bij de prijsberekening is door [Leverancier] gebruik gemaakt van het uurtarief van **C 110,50** voor analyse, programmeren, testen en opleveren van maatwerk, van het tarief van **C 119,85** voor projectmanagement en*

*implementatie consultancy en van
het tarief van C 182,00 voor senior
projectmanagement.*

*Bijgevoegd tref je aan een door ons ingevuld
Schema van Afwijkingen waarin
[Leverancier] heeft aangegeven op welke
punten zij niet kan leveren wat in het
Programma van Eisen (en het Addendum)
door [AFNEMER] wordt gevraagd.*

*[Leverancier] vertrouwt er op dat de
Overeengekomen specificaties bestaan uit
het Programma van Eisen, het Addendum en
het Schema van Afwijkingen.”*

- 4.7. Op of omstreeks 13 juli 2007 is [AFNEMER] als contractspartij gewijzigd in [AFNEMER]. De automatiseringsovereenkomst is op 13 juli 2007 ondertekend door de heer [H] [Leverancier] en op 24 juli 2007 door de heer [B] namens [AFNEMER].
- 4.8. De offerte brief van 17 juli 2007 is opgenomen als bijlage 2 bij de Automatiseringsovereenkomst en maakt daarvan ingevolge artikel 2.3 – net als de andere bijlagen - integraal onderdeel uit.
- 4.9. In de overeenkomst wordt [AFNEMER] aangeduid als '[AFNEMER]'. Voor zover van belang voor dit geding, worden voorts de volgende definities gehanteerd:
- “1.1. Acceptatie: De positieve toetsing door [AFNEMER] van de Mijlpalen aan de Overeengekomen specificaties als bedoeld in artikel 8.*
- (...)*
- 1.6. Automatiseringssysteem: Het onderling samenhangend en goed functionerend geheel van Programmatuur en Diensten dat het resultaat is van deze Automatiseringsovereenkomst.*
- 1.7. Bedrijfsklaar: De situatie waarin het Automatiseringssysteem door [AFNEMER] Integraal is Geaccepteerd en kan worden toegepast overeenkomstig de Overeengekomen specificaties.*
- 1.8. Bedrijfsklare Oplevering: Het opleveren van een Bedrijfsklaar*

(7)

Automatiseringssysteem.

(...)

1.12.Diensten: De door [Leverancier] op basis van de Automatiseringsovereenkomst ten behoeve van [AFNEMER] te verlenen diensten, te verrichten werkzaamheden en in het kader daarvan te leveren prestaties.

1.13.Documentatie: De door [Leverancier] ten behoeve van [AFNEMER] te leveren documentatie behorende bij het Automatiseringssysteem en de daarvan onderdeel uitmakende Programmatuur en Diensten als omschreven in deze Automatiseringsovereenkomst.

(...)

1.15.Gebrek: Het niet c.q. niet-volledig voldoen van het Automatiseringssysteem als geheel of de daarvan onderdeel uitmakende Programmatuur aan de Overeengekomen specificaties of aan hetgeen [Leverancier] bij het aangaan van deze Automatiseringsovereenkomst redelijkerwijs als vanzelfsprekende functionaliteit in de CRM-omgeving bij een bedrijf als [AFNEMER] moest aannemen.

(...)

1.21.Maatwerk: De door [Leverancier] ten behoeve van [AFNEMER] te ontwikkelen programmatuur, waaronder begrepen de wijzigingen en aanvullingen van de Standaard Programmatuur met de bij de te ontwikkelen programmatuur behorende Documentatie en Materialen. In het bijzonder worden hiertoe gerekend point-topoint interfaces, stored procedures en scripts. Om twijfel te voorkomen wordt de standaard software van [Leverancier] niet als Maatwerk aangemerkt.

(...)

1.23.Meer- of Minderwerk: Een schriftelijk opgedragen Wijziging van het Automatiseringssysteem ten opzichte van de Overeengekomen specificaties.

1.23.1 het aldus opgedragen Meerwerk kan tegen een verhoudingswijze redelijke verhoging van de Vergoedingen worden geleverd door [Leverancier] aan [AFNEMER] onder werking van deze Automatiseringsovereenkomst en zal één geheel vormen met het door [Leverancier] te leveren Automatiseringssysteem.

1.23.2 het aldus opgedragen Minderwerk kan een verhoudingswijze redelijke korting op de Vergoedingen betekenen.

1.24.Mijlpaal: Een schriftelijk overeengekomen datum als bedoeld in artikel 7 waarop een levering moet zijn afgerond en als beschreven in Bijlage 6 (...).

1.28.Onderhoud: Maatregelen gericht op het voorkomen of herstellen van Gebreken in het Automatiseringssysteem, het uitbrengen van Nieuwe of Verbeterde versies en het verstrekken van Ondersteuning (helpdesk), één en ander conform de Bijlage 7.

1.29.Overeengekomen specificaties: Het Programma van Eisen, het bij het Programma van eisen horende Addendum en het door [Leverancier] opgestelde Schema van Afwijkingen.

(...)

1.34.Programma van Eisen: Het door [AFNEMER] opgestelde document versie 2.2, voor het laatst bijgewerkt op 6 september 2001, aangevuld met het Addendum.

1.35.Programmatuur: De door [Leverancier] op basis van deze Automatiseringsovereenkomst te leveren Standaard Programmatuur en Maatwerk met inbegrip van de Documentatie daarbij gericht op het leveren van de Overeengekomen specificaties.

1.36.Schema van Afwijkingen: Het door [Leverancier] opgestelde document waarin [Leverancier] per paragraaf van het Programma van Eisen heeft aangegeven waar zij niet kan voldoen aan het Programma van Eisen. Waar niet expliciet is aangegeven door [Leverancier] dat zij niet kan voldoen aan het Programma van Eisen kan [AFNEMER] aannemen dat bedoelde functionaliteit zonder voorbehoud of beperkingen, overeenkomstig het Programma van Eisen, zal worden geleverd door [Leverancier].

1.37.Standaard Programmatuur: de door [Leverancier] te leveren computerprogrammatuur met inbegrip van de bijbehorende Documentatie en Materialen ten behoeve van het Automatiseringssysteem, welke niet onder het Maatwerkoverzicht valt als bedoeld in Bijlage 5.

(...)

1.41.Vergoeding: De vaste prijs volgens de Offerte. Waar in deze

Automatiseringsovereenkomst wordt verwezen naar de Vergoeding voor Bedrijfsklare Oplevering, wordt het bedrag bedoeld onder punt 1 in de Offerte. Waar in deze Automatiseringsovereenkomst wordt verwezen naar de Vergoeding voor Onderhoud, wordt bedoeld op het bedrag bij punt 3 van de Offerte. Waar in deze Automatiseringsovereenkomst wordt verwezen naar Vergoedingen, worden alle bedragen uit de Offerte bedoeld.

(...)

1.44. Wijziging: Een verandering van de Overeengekomen specificaties tot stand gekomen volgens de in deze Automatiseringsovereenkomst en in Bijlage 8 uitgewerkte wijzigingsprocedure.”

4.10. Artikel 2 lid 5 luidt:

“[AFNEMER] is gerechtigd de aard en de omvang van het Automatiseringssysteem of onderdelen daarvan te wijzigen, uit te breiden, aan te vullen en/ of te vervangen door middel van de Wijzigingsprocedure, als beschreven in Bijlage 8. De Wijziging kan ook het opdragen van Meer- of Minderwerk inhouden.”

4.11. Artikel 8 lid 9 bepaalt:

“Indien het Automatiseringssysteem door [AFNEMER] wordt goedgekeurd, zal de datum waarop het betreffende proces-verbaal is opgesteld en ondertekend, gelden als de datum van de Bedrijfsklare Oplevering. Indien het Automatiseringssysteem in delen wordt geaccepteerd zal voorafgaand aan de Bedrijfsklare Oplevering een Integrale Acceptatietest van het volledige Automatiseringssysteem plaatsvinden overeenkomstig het bepaalde sub 8.2 t/m 8.8.”

4.12. Artikel 8 lid 13 bepaalt:

“Indien [AFNEMER] afzonderlijke Mijlpalen in productie neemt, zullen Partijen nadere afspraken maken met betrekking tot eventueel door [Leverancier] uit te voeren Onderhoud, inclusief de daarbij behorende service levels als beschreven in Bijlage 7.”

4.13. Artikel 11 bevat onder meer de volgende bepalingen:

“11.1. De Vergoeding voor Bedrijfsklare Oplevering en de Vergoeding voor Onderhoud zijn vermeld in Bijlage 2 (Offerte).

11.2. De overeengekomen Vergoeding voor Bedrijfsklare Oplevering, en het Onderhoud en eventuele uitbreidingen ten behoeve van extra licenties zoals beschreven in Bijlage 2 zijn vast en onveranderlijk.”

4.14. Artikel 12 bevat onder meer de volgende bepalingen:

“12.2 [AFNEMER] betaalt de Vergoeding voor Onderhoud per jaar vooruit, tenzij schriftelijk anders is overeengekomen. Het ingangstijdstip voor deze betalingsverplichting is de datum van Bedrijfsklare Oplevering van het Automatiseringssysteem.

(...)

12.5. Meerwerk zal door [Leverancier] na Acceptatie van de Mijlpaal waaraan de Meerwerk werkzaamheden gerelateerd zijn apart worden gefactureerd. De aard en omvang van de verrichte Meerwerk werkzaamheden zullen in de facturen uitdrukkelijk worden vermeld en - aan de hand van authentieke bescheiden - worden gespecificeerd.”

4.15. Artikel 18 lid 1 luidt:

“[Leverancier] verplicht zich het Onderhoud van het Automatiseringssysteem uit te voeren voor de duur van zeven jaren, gerekend vanaf de datum van de Bedrijfsklare oplevering, conform de bepalingen van de aan deze Automatiseringsovereenkomst gehechte Bijlage 7 (Onderhoud) en Bijlage 7 (SLA), onverminderd het recht van [AFNEMER] het Onderhoud tussentijds op te zeggen overeenkomstig artikel 25.2 van deze Automatiseringsovereenkomst. Gedurende deze onderhoudsperiode staat [Leverancier] ervoor in dat het Automatiseringssysteem blijft functioneren overeenkomstig de Overeengekomen specificaties en zal blijven voldoen aan de meest recent uitgebrachte releases van de samenstellende onderdelen in overeenstemming met de Versie Kalender in Bijlage 7 (SLA).”

4.16. Artikel 23 bevat een procedure voor het oplossen van geschillen tussen partijen die verband houden met de overeenkomst. Artikel 23.6 bepaalt: *“Niets in dit artikel zal op enig moment waarop deze geschillenregeling in gang is, of voor- of nadat deze zijn ingeroepen, de vrijheid beperken van beide Partijen om een procedure te beginnen (als bedoeld in sub 23.8 en 23.9) tot behoud van enig wettelijk recht of verhaal.”*

4.17. Artikel 23.8 bepaalt dat geschillen bij uitsluiting worden beslecht door middel van arbitrage overeenkomstig het Arbitragereglement, onverminderd het recht van Partijen een voorziening in arbitraal kort geding te vragen en het recht tot het treffen van conservatoire rechtsmaatregelen. Artikel 23.9 scheidt de mogelijkheid voor partijen een ICT-mediation conform het ICT-mediation reglement van SGOA te beginnen.

4.18. Artikel 24 lid 5 luidt:

“Behoudens voorzover zulks naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, zullen voor de uitleg van de Automatiseringsovereenkomst in eerste instantie de bewoordingen bepalend zijn. Indien de bewoordingen, ook in onderlinge samenhang bezien, niet tot een in de gegeven omstandigheden redelijke uitleg kunnen leiden, zullen de redelijke (commerciële) bedoelingen van Partijen als maatstaf gelden bij de uitleg, waarbij opgemerkt zij dat daarbij slechts gekeken kan worden naar de (precontractuele) fase ingaande vanaf 5 april 2007, zijnde het moment waarop Partijen met elkaar in onderhandeling zijn getreden.”

4.19. Artikel 25 lid 2, eerste alinea, luidt:

“[AFNEMER] is bevoegd het Onderhoud tussentijds op te zeggen als (i) de strategie van [AFNEMER] zodanig wijzigt dat de functionaliteit van het Automatiseringssysteem niet meer aansluit hierbij, (ii) de business van [AFNEMER] of (iii) de samenstelling van de [AFNEMER]-groep in de breedste zin van het woord wijzigt, zonder dat als gevolg van deze opzegging enige aansprakelijkheid jegens [Leverancier] ontstaat. Het staat enkel ter discretie van [AFNEMER] om te beoordelen of van een dergelijke wijziging sprake is. Opzegging vindt in dat geval plaats door schriftelijke opzegging tegen het eind van een kalenderjaar waarbij een opzegtermijn van drie maanden in acht dient te worden genomen.”

4.20. Artikel 25 lid 2, tweede alinea, luidt:

“Indien geen sprake is van een wijziging als in dit artikellid bedoeld, is [AFNEMER] bevoegd het Onderhoud tussentijds op te zeggen. In dat geval zullen Partijen met elkaar in overleg treden over de financiële afwikkeling. Indien Partijen niet tot overeenstemming over de financiële afwikkeling kunnen komen, wordt de procedure ex artikel 23 gevolgd. Opzegging vindt ook in dit geval plaats door schriftelijke opzegging tegen het eind van een kalenderjaar waarbij een opzegtermijn van drie maanden in acht dient te worden genomen.”

4.21. Artikel 3.2 van de SLA (Bijlage 7) bepaalt:

Dienst: De door [Leverancier] op basis van de Automatiseringsovereenkomst ten behoeve van [AFNEMER] te verlenen diensten, te verrichten werkzaamheden en in het kader daarvan te leveren prestaties. Nader gedefinieerd: Een verzameling Service attributen die betrekking heeft op één of meerdere werkzaamheden van [Leverancier] zoals bedoeld in sub 5 van deze Bijlage.

Met ‘sub 5’ wordt bedoeld op de in artikel 5 van de SLA opgenomen Service catalogus, waarin onder meer zijn omschreven de *Dienst Incidenten*, de *Dienst Meerwerk*, de *Dienst Preventief – en Vernieuwend Onderhoud*, de *Dienst Ondersteuning*, *Beheer* en *Versiebeheer*.

Artikel 5.2 (Dienst Meerwerk) bepaalt:

“De Dienst Meerwerk betreft alle veranderingen aan het Automatiseringssysteem die niet voortkomen uit Preventief- en Correctief- Vernieuwend onderhoud.”

Ten aanzien van de hiervoor vereiste reactietijden is bepaald:

“[Leverancier] stelt binnen vijf Werkdagen na binnenkomst van een Melding, tijd beschikbaar om een 1e intake gesprek af te nemen met [AFNEMER] om omvang en

doorlooptijd na der te bepalen. Vervolgens verplicht [Leverancier] zich om na maximaal één kalendermaand na binnenkomst van de Melding of zoveel eerder als nader overeen te komen capaciteit ter beschikking te stellen om het gevraagde Meerwerk en onderhoud uit te voeren.”

- 4.22. Bijlage 8 (Wijzigingsprocedure) bepaalt in artikel 2 dat een voorgenomen wijziging van de Overeengekomen specificaties middels een wijzigingsformulier moet worden voorgelegd aan en goedgekeurd de stuurgroep. Ter voorbereiding daarop beoordelen de projectleiders van [Leverancier] en [AFNEMER] de voorgenomen verandering en brengen eventueel noodzakelijke aanpassingen aan in het wijzigingsformulier.
- 4.23. Bijlage 10 (Personeel [Leverancier]) bepaalt in artikel 4: *”De stuurgroep bindt [Leverancier] aan de Automatiseringsovereenkomst na fattering door [H].”*
- 4.24. Op of omstreeks 24 juli 2007 heeft de heer [B] op het kantoor van [AFNEMER] kantoor aan de heer [C], destijds commercieel directeur van [Leverancier], een door [B] ondertekende brief overhandigd, gedateerd 24 juli 2007, op briefpapier van [AFNEMER] en gericht aan [Leverancier], waarin [AFNEMER] een toelichting geeft op artikel 25 lid 2, eerste alinea van de overeenkomst. De brief is namens [Leverancier] door de heer [C] voor akkoord getekend. In de brief staat onder meer:

”Kern van de toelichting gaat om de uitleg van de volgende situaties [dwz. de gronden voor kosteloze beëindiging, genoemd in artikel 25 lid 2, eerste alinea, Arb.]:

- 1. het wijzigen van de strategie van [AFNEMER] zodanig dat de functionaliteit van het Automatiseringssysteem hier niet meer op aansluit, in de breedste zin van het woord;*
- 2. het wijzigen van de business van [AFNEMER] in de breedste zin van het woord;*
- 3. het wijzigen van de samenstelling van de [AFNEMER]-groep in de breedste zin van het woord.*

[AFNEMER] licht deze begrippen toe aan de hand van enkele voorbeelden. Hierbij zij opgemerkt dat de toelichting geen limitatieve opsomming betreft, maar richting geeft aan de bedoeling van Partijen.

- 1. Indien de strategie van [AFNEMER] verandert op zo'n manier dat het Automatiseringssysteem - op dat moment- in functionele zin niet meer aansluit bij de strategische doelstellingen ofwel alleen met voor [AFNEMER] onevenredige kosten als zodanig is aan te passen, hetgeen uitsluitend ter beoordeling van [AFNEMER] staat. Als enkele voorbeelden kunnen genoemd worden strategische veranderingen die het noodzakelijk maakt dat [AFNEMER] haar backoffice administratiesystemen moet vervangen: waarbij een koppeling met het Automatiseringssysteem niet meer mogelijk is zonder onevenredige kosten in aanpassing van het Automatiseringssysteem; of waarbij*

het vervangende backoffice administratiesysteem de benodigde functionaliteit, waarmee nu wordt voorzien door het Automatiseringssysteem, in voldoen de mate in zich heeft.

2. Indien de business van [AFNEMER] zodanig verandert dat een Automatiseringssysteem van een dergelijke omvang bijvoorbeeld functioneel dan wel kostentechnisch niet meer aansluit bij de behoefte van [AFNEMER], hetgeen uitsluitend ter beoordeling van [AFNEMER] staat. Dit zou het geval zijn indien [AFNEMER] zich zou gaan toeleggen op het beheren van enkele zeer vermogende personen of institutionele beleggers.

3. Indien de samenstelling van de [AFNEMER]-groep verandert. Een verandering in de breedste zin van het woord, waarmee wordt bedoeld dat deze verandering een uitbreiding, een inkrimping of een overname van of door [AFNEMER] zou kunnen inhouden. Ook een fusie - in welke verhouding dan ook - met een andere partij kan aanleiding zijn voor het opzeggen van het Onderhoud. Immers de verandering in samenstelling van de groep kan met zich brengen dat [AFNEMER] in het bezit komt van een softwaresysteem dat beter bij de (vernieuwde) samenstelling van de [AFNEMER]-groep past of een gunstigere prijs/prestatie verhouding in zich heeft dan wel dat het gebruik van dit andere softwaresysteem door [AFNEMER] onderdeel is van de overname- of fusievoorwaarden."

4.25. Het automatiseringssysteem is vanaf 2008 in gedeelten opgeleverd. In augustus 2009 heeft [S], CEO van [AFNEMER], een acceptatieformulier voor Mijlpaal 3 getekend namens '[AFNEMER]'. Het 'Proces-verbaal Mijlpaal 5+' is ondertekend door [K] namens [AFNEMER]. Daarin is bepaald: "Partijen komen met de ondertekening van dit proces-verbaal overeen dat het Automatiseringssysteem is opgeleverd in overeenstemming met de Automatiseringsovereenkomst rekening houdend met de voorwaarden in artikel 5 van dit Proces-verbaal."

4.26. Het automatiseringssysteem is op 21 juli 2013 door [AFNEMER] in gebruik genomen. Bedrijfsklare oplevering heeft plaatsgevonden op 20 december 2013.

4.27. [AFNEMER] heeft vanaf de eerste deeloplevering in 2008 onderhoudsvergoedingen over de opgeleverde gedeelten betaald. Over de periode juli 2013 – juli 2016 heeft [AFNEMER] onderhoudsvergoedingen betaald van € 169.401,27 (juli 2013 – juli 2014), € 174.459,32 (juli 2014 – juli 2015) en € 177.294,09 (alle bedragen ex BTW) betaald.

4.28. Naar aanleiding van een vraag van [AFNEMER] over de mogelijkheid van opzegging van (een deel van) het overeengekomen onderhoud hebben partijen in november en december 2015 per e-mail en brief met elkaar gecommuniceerd. Bij e-mail van 9 december 2015 heeft [K], naar aanleiding van een telefoongesprek op die dag, aan [H] onder meer geschreven:

"3. [AFNEMER] heeft het recht heeft de overeenkomst aan te passen (minderwerk) en dus ook minder te betalen (art. 2.5);

4. [AFNEMER] heeft het recht als de business veranderd de overeenkomst zonder verdere verplichtingen te beëindigen (artikel 25.2). Het is volgens dit artikel geheel ter

beoordeling aan [AFNEMER] om te bepalen of een dergelijke situatie zich opdoet; (...)

6. Indien we niet tot een vergelijk kunnen komen (90K per jaar), zal ik per 31/12/2015 de overeenkomst opzeggen met een uitloop van 6 maanden tot aan de eindigingsdatum van de huidige onderhoudsverplichting."

- 4.29. In antwoord hierop heeft de advocaat van [Leverancier] per brief van 24 december 2015 aan 'de directie' van [AFNEMER] laten weten dat, kort gezegd, [Leverancier] een eventuele opzegging van het onderhoud zou toetsen aan artikel 25 lid 2 van de overeenkomst en erop gewezen dat opzegging alleen tegen het einde van een kalenderjaar mogelijk was zodat, gezien de daarbij in acht te nemen opzeggingstermijn van drie maanden, opzegging pas tegen 31 december 2016 kon plaatsvinden.
- 4.30. Bij e-mail van 28 december 2015 heeft [K] aan [H] meegedeeld dat '[AFNEMER]' op korte termijn de in de overeenkomst voorziene wijzigingsprocedure zou starten '*voor het aanpassen van het onderhoud in de ruimste zin van het woord*'.
- 4.31. De advocaat van [Leverancier] heeft bij brief van 15 januari 2016, zakelijk weergegeven, meegedeeld dat beëindiging dan wel aanpassing van de overeenkomst op het onderdeel onderhoud niet aan de orde is en dat [Leverancier] er vanuit gaat dat partijen hun verplichtingen over en weer zullen nakomen.
- 4.32. Bij brief van 22 januari 2016 op briefpapier van [AFNEMER] [V] heeft [K] namens '[AFNEMER]' de Automatiseringsovereenkomst opgezegd tegen 1 januari 2017 op grond van artikel 25 lid 2, eerste alinea van de overeenkomst en heeft aan [Leverancier] opdracht gegeven tot minderwerk, bestaande uit het schrappen van onderhoud aan vier onderdelen van het Automatiseringssysteem.
- 4.33. Bij e-mail van 4 maart 2016 (met in de e-mail ondertekening 'ICT [AFNEMER] heeft [K] [Leverancier] erop gewezen dat zij contractueel verplicht was mee te werken aan 'het doorvoeren van minderwerk' en [Leverancier] gesommeerd uiterlijk 8 maart 18:00 uur te bevestigen dat zij instemt met het 'door [AFNEMER] aangegeven minderwerk'.
- 4.34. Bij brief van haar advocaat van 8 maart 2016 aan [AFNEMER] / T.a.v. [K]. heeft [Leverancier] de opzegging van de overeenkomst door [K] afgewezen, omdat [K] daartoe niet bevoegd zou zijn en heeft zij, voor het geval dat de overeenkomst alsnog bevoegd zou worden beëindigd, kosteloze beëindiging door '[AFNEMER]' niet geaccepteerd en van '[AFNEMER]' een voorstel voor financiële afwikkeling gevraagd overeenkomstig artikel 25 lid 2, tweede alinea.
- 4.35. Bij brief van 10 maart 2016 aan de advocaat van [Leverancier] op briefpapier van [AFNEMER] Vermogensbeheer heeft [K] namens '[AFNEMER]' de overeenkomst met onmiddellijke ingang gedeeltelijk ontbonden omdat [Leverancier] in verzuim zou zijn door geen gevolg te geven aan 'de ingebrekestelling van 4 maart 2016'.

- 4.36. [AFNEMER] heeft op 23 september 2016 de toegang voor [Leverancier] tot haar systeem afgesloten, zodat [Leverancier] daarna geen onderhoud meer kon leveren.
- 4.37. [AFNEMER] heeft aan [Leverancier] met rentedatum 4 juli 2017 een bedrag van € 35.458,87 (€ 29.304,85 ex BTW) betaald, met als omschrijving "Onderhoud Standaard [Leverancier] 21 juli 2016 t/m 01-01-2017".

5. DE TOELICHTING VAN [LEVERANCIER] OP HAAR STELLINGEN

- 5.1. [Leverancier] onderbouwt haar vorderingen, kort samengevat, als volgt:

Primair

- 5.2. De overeenkomst is niet rechtsgeldig beëindigd, omdat opzegging onbevoegd is geschied. [AFNEMER] moet de overeenkomst nakomen en tot de einddatum het overeengekomen onderhoud afnemen. [K] was destijds werknemer van [AFNEMER] en was niet bevoegd namens [AFNEMER] rechtshandelingen te verrichten. [K] had geen volmacht om de overeenkomst namens [AFNEMER] op te zeggen, terwijl opzegging is gedaan op briefpapier van [AFNEMER] Vermogensbeheer. [AFNEMER] heeft zich dat kennelijk gerealiseerd, nu de brief van 10 maart 2016 mede is ondertekend door de heer [G], destijds directeur van zowel [AFNEMER] als [AFNEMER], teneinde 'alle rechtshandelingen in relatie tot de *Automatiseringsovereenkomst*' te bekrachtigen. Ook als wordt aangenomen dat [G] dit in zijn hoedanigheid van bestuurder van [AFNEMER] heeft gedaan, heeft dit niet tot gevolg dat [K] bevoegd was, omdat bekrachtiging op grond van artikel 3:69 lid 3 BW geen gevolg heeft als de wederpartij voor de bekrachtiging reeds te kennen heeft gegeven dat zij de handeling wegens het ontbreken van een volmacht als ongeldig beschouwt. Dit is het geval, omdat [Leverancier] reeds bij brief van 8 maart 2016 aan [AFNEMER] had laten weten dat zij de opzegging in de brief van [K] d.d. 22 januari 2016 niet accepteerde als een aan haar gerichte verklaring van [AFNEMER], afkomstig van een vertegenwoordigingsbevoegde persoon.
- 5.3. Hieruit volgt dat de Automatiseringsovereenkomst niet is geëindigd door opzegging. Nu [Leverancier] zich steeds bereid heeft verklaard het onderhoud te blijven verrichten, maar [AFNEMER] haar daartoe niet in staat heeft gesteld, vordert [Leverancier] nakoming van de overeenkomst, in het bijzonder de verplichting tot betaling van de overeengekomen onderhoudsvergoeding. [Leverancier] heeft [AFNEMER] bij brief van 8 maart 2016 in gebreke gesteld, door [AFNEMER] aansprakelijk te stellen voor het uitblijven van nakoming en mee te delen dat zij aanspraak zou blijven maken op betaling van de vergoeding voor onderhoud in geval [AFNEMER] haar verplichtingen ter zake van het onderhoud niet zou nakomen. [AFNEMER] is vervolgens zonder ingebrekestelling in verzuim geraakt op de voet van artikel 6:82 lid 2 BW, omdat uit de houding van [AFNEMER] bleek dat aanmaning nutteloos zou zijn.

Subsidiair

- 5.4. Indien de overeenkomst wel bevoegd is opgezegd, moet deze financieel worden

afgewikkeld op grond van artikel 25 lid 2, tweede alinea. Deze bepaling is een uitzondering op de hoofdregel van artikel 18 lid 1 die [Leverancier] verplicht gedurende zeven jaar na bedrijfsklare oplevering onderhoud te verlenen aan het automatiseringssysteem. Bij de financiële afwikkeling moet worden uitgegaan van deze hoofdregel en van artikel 11 lid 2, dat bepaalt dat de vergoeding voor Onderhoud vast en onveranderlijk is.

- 5.5. De omstandigheden van artikel 25 lid 2, eerste alinea, die recht geven op kosteloze tussentijdse opzegging, doen zich niet voor. Weliswaar staat het oordeel of daarvan sprake is 'ter discretie van [AFNEMER]', maar het verdraagt zich niet met het systeem van de overeenkomst en de ingrijpende gevolgen van tussentijdse opzegging voor [Leverancier] dat dit oordeel niet getoetst zou kunnen worden. Daarbij brengt artikel 6:2 BW mee dat [AFNEMER] zich jegens [Leverancier] moet gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid. Voorts volgt uit artikel 6:2, tweede lid, dat de bepaling dat 'het enkel ter discretie staat' van [AFNEMER] om te beoordelen of een van de genoemde wijzigingen zich voordoet, tussen partijen niet van toepassing is voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.
- 5.6. Indien de door [AFNEMER] aangevoerde omstandigheden aldus worden getoetst rechtvaardigen zij niet de kosteloze opzegging van het onderhoud omdat deze omstandigheden, kort samengevat, niet vallen onder de in artikel 25 lid 2, eerste alinea genoemde gronden daarvoor.
- 5.7. Voor de opdracht van [AFNEMER] in de brief van 22 januari 2016 aan [Leverancier] tot minderwerk door schrapping van het onderhoud van vier onderdelen van het Automatiseringssysteem geldt dat uit de tekst van de overeenkomst en de offerte aanvraag van 4 mei 2007 blijkt dat minderwerk alleen betrekking heeft op hardware en software en niet op onderhoud. De wijzigingsprocedure van Bijlage 8 is niet bedoeld om onderhoudskosten te verlagen, wat kennelijk het doel is van de door [Leverancier] gegeven opdracht. [Leverancier] heeft geen contractuele verplichting geschonden door niet op deze opdracht in te gaan en er is dan ook geen grond voor de gedeeltelijke ontbinding van de overeenkomst door [AFNEMER] bij brief van 10 maart 2016.

6. HET VERWEER VAN [AFNEMER]

- 6.1. [AFNEMER] voert in haar verweer, kort samengevat, het volgende aan:
- 6.2. [K] was bevoegd namens [AFNEMER] de overeenkomst op te zeggen.
- 6.3. De overeenkomst is door [AFNEMER] aangegaan voor de gehele organisatie (de [AFNEMER] groep) en dat is logisch, omdat er in financieel opzicht sprake is van één organisatie. [AFNEMER] heeft het gebruik, de ondertekening van de overeenkomst en alle andere documenten '*in handen gegeven van [AFNEMER] B.V.*', dat binnen de organisatie de rol vervult van uitvoerende werkmaatschappij. [AFNEMER] heeft ook de facturen van [Leverancier] betaald. Zoals blijkt uit het personeel genoemd in Bijlage 10 was [AFNEMER] de 'contract manager'; daarin wordt [B] (CEO [AFNEMER] B.V.)

genoemd als 'de enige persoon die [AFNEMER] kan binden aan de Automatiseringsovereenkomst'. Zowel de Automatiseringsovereenkomst als de bijbehorende side-letter d.d. 24 juli 2007 zijn ondertekend door [B].

- 6.4. [K] handelde met mandaat van [AFNEMER] en zo heeft [Leverancier] dat ook begrepen. [K] ondertekende namens [AFNEMER] 'de acceptatiedocumenten' en heeft de offerte aanvraag d.d. 4 mei 2007 ondertekend.
- 6.5. [AFNEMER] heeft terecht op grond van artikel 25 lid 2, eerste alinea de overeenkomst opgezegd, omdat sprake was van een wijziging in de business van '[AFNEMER]'. Blijkens de tekst van deze bepaling – die op grond van artikel 24 lid 5 leidend is – is het 'ter discretie van [AFNEMER]' of daarvan sprake is. Er is dus geen ruimte voor toetsing aan redelijkheid en billijkheid.
- 6.6. [AFNEMER] heeft terecht met een beroep op artikel 2.5 van de overeenkomst een opdracht tot minderwerk gegeven, bestaande uit het schrappen van het onderhoud aan vier onderdelen van het maatwerk, die [AFNEMER] niet meer gebruikte.
- 6.7. Minderwerk kan wel degelijk zien op onderhoud. Minderwerk is gedefinieerd als 'een schriftelijk opgedragen Wijziging van het Automatiseringssysteem ten opzichte van de Overeengekomen specificaties'. Het begrip 'Automatiseringssysteem' omvat blijkens de definitie daarvan ook 'Diensten', waaronder 'Onderhoud' valt. Wijziging ziet op wijziging in de 'Overeengekomen specificaties', waarvan de definitie verwijst naar het 'Programma van Eisen', in welk document ook wordt gerefereerd aan 'Onderhoud'.
- 6.8. [Leverancier] heeft zich blijkens artikel 5.2 SLA verplicht tot het leveren van de 'Dienst Meerwerk' die 'alle veranderingen aan het Automatiseringssysteem [betreft] die niet vallen onder Preventief of Correctief Onderhoud'. Aangezien 'Minderwerk' ook 'een verandering aan het Automatiseringssysteem' is heeft de 'Dienst Meerwerk' daar ook betrekking op. Op grond van deze bepaling is [Leverancier] verplicht binnen vijf werkdagen na ontvangst van een melding van 'Minderwerk' in overleg met [AFNEMER] omvang en doorlooptijd te bepalen en binnen één kalendermaand capaciteit beschikbaar te stellen om de gevraagde werkzaamheden en onderhoud uit te voeren.
- 6.9. Nu [Leverancier] weigerde, ook na ingebrekestelling, de opdracht tot minderwerk uit te voeren was zij in verzuim en was [AFNEMER] gerechtigd de overeenkomst gedeeltelijk (voor delen van het onderhoud) te ontbinden.

7. DE BEOORDELING VAN DE VORDERINGEN

Voor de interpretatie van de overeenkomst bepaalt artikel 24 lid 5:

"Behoudens voorzover zulks naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, zullen voor de uitleg van de Automatiseringsovereenkomst in eerste instantie de bewoordingen bepalend zijn. Indien de bewoordingen, ook in onderlinge samenhang bezien, niet tot een in de gegeven omstandigheden redelijke uitleg kunnen leiden, zullen de redelijke (commerciële) bedoelingen van Partijen als maatstaf

gelden bij de uitleg, waarbij opgemerkt zij dat daarbij slechts gekeken kan worden naar de (precontractuele) fase ingaande vanaf 5 april 2007, zijnde het moment waarop Partijen met elkaar in onderhandeling zijn getreden.”

- 7.2. Hieruit volgt dat aan de taalkundige betekenis van de bewoordingen grote betekenis (*‘in eerste instantie ... bepalend’*) toekomt. Dit komt overeen met vaste rechtspraak van de Hoge Raad, op grond waarvan bij een commerciële overeenkomst, gesloten tussen professioneel opererende partijen die over de inhoud van de overeenkomst hebben onderhandeld, terwijl de overeenkomst ertoe strekt wederzijdse rechten en verplichtingen nauwkeurig vast te leggen, het uitgangspunt is dat aan de taalkundige betekenis van de bewoordingen grote betekenis toekomt (vgl HR 5 april 2013, Lundiform/Mexx, ECLI:NL:GHAMS:2011:BT6532).

Ontbinding en Minderwerk

- 7.3. Het meest verstrekkende verweer van [AFNEMER] is dat zij op goede gronden onder verwijzing naar artikel 5.2 van de SLA de overeenkomst ten aanzien van het onderhoud aan vier onderdelen van het maatwerk heeft ontbonden, omdat [Leverancier] geen gehoor heeft gegeven aan een op artikel 2.5 van de overeenkomst gebaseerde opdracht tot minderwerk, bestaande uit het schrappen van de betreffende maatwerk functionaliteiten, die [AFNEMER] niet meer gebruikte. Zij heeft daartoe, kort samengevat, onder verwijzing naar verschillende bepalingen in de overeenkomst, aangevoerd dat ‘Minderwerk’ ook betrekking kan hebben op onderhoud.
- 7.4. Zoals [Leverancier] terecht heeft aangevoerd ziet de procedure van artikel 5.2 SLA niet op een wijziging van de overeengekomen specificaties (waaronder minderwerk kan vallen), maar op een melding van een incident, zoals een gebrek in het automatiseringssysteem, met het oog op oplossing van het gebrek in het kader van onderhoud. Een verzoek tot minderwerk – daargelaten of vermindering van het onderhoud daar onder kan vallen – is niet een dergelijk incident en valt dus niet onder deze bepaling. [AFNEMER] heeft gesteld dat artikel 5.2 SLA vaker werd gebruikt *‘om de inhoud van het Onderhoud aan te passen’*, onder overlegging van een kopie van twee wijzigingsvoorstellen waaruit dat zou blijken. Nu het slechts om twee voorbeelden gaat en gezien de gemotiveerde betwisting door [Leverancier] dat in die gevallen sprake was van een verzoek tot aanpassing van onderhoud, is niet komen vast te staan dat partijen zijn overeengekomen artikel 5.2 SLA te gebruiken voor het doorvoeren van wijzigingen in het onderhoud van het automatiseringssysteem.
- 7.5. Voorts oordeelt het scheidsgerecht dat uit de tekst van de overeenkomst, die op grond van artikel 24 lid 5 in eerste instantie bepalend is voor de uitleg van de overeenkomst (zie verder alinea 7.24 e.v.) , volgt dat het automatiseringssysteem, anders dan [AFNEMER] heeft betoogd, niet mede het overeengekomen onderhoud omvat. Aan [AFNEMER] moet worden toegegeven dat, op basis van de door haar gemaakte combinatie van definities en bepalingen betoogd lijkt te kunnen worden dat de definitie van het begrip automatiseringssysteem ook kan zien op onderhoud, maar die lezing loopt vast wanneer andere bepalingen van de overeenkomst daarbij worden betrokken.

- 7.6. In dit verband wordt allereerst gewezen op de definitie van Onderhoud in artikel 1.28 als *“maatregelen gericht op het voorkomen of herstellen van Gebreken in het Automatiseringssysteem”*, waarbij artikel 1.15 ‘Gebrek’ definieert als *“het niet of niet-volledig voldoen van het Automatiseringssysteem (...) aan de Overeengekomen specificaties (...)”*. Onderhoud aan onderhoud is immers niet mogelijk.
- 7.7. Voorts wordt gewezen op de definitie in artikel 1.18 van ‘Integrale Acceptatie’ als *“(...)toetsing (...) waarbij [AFNEMER] heeft kunnen vaststellen dat het Automatiseringssysteem voldoet aan de Overeengekomen specificaties.”* Aangezien deze integrale acceptatie plaats vindt voor de bedrijfsklare oplevering van het systeem, waarvan tussen partijen vast staat dat deze op 20 december 2013 heeft plaats gevonden, kan het automatiseringssysteem niet mede het onderhoud omvatten dat pas na oplevering zou worden verricht. Weliswaar is tussen 2008 en 2013 onderhoud verricht aan de in die periode opgeleverde onderdelen, maar de integrale acceptatie had daarop niet specifiek betrekking.
- 7.8. Het ‘inlezen’ van onderhoud in de definitie van automatiseringssysteem loopt ook spaak bij artikel 1.25, dat een ‘Nieuwe Versie’ omschrijft als *“(...) een samenstelling van Preventief-, Correctief- en Vernieuwend Onderhoud op het Automatiseringssysteem.’* Ook hier geldt dat onderhoud aan onderhoud niet mogelijk is.
- 7.9. Het scheidsgerecht vindt in dit verband ook van betekenis dat onderhoud naast het automatiseringssysteem wordt genoemd onder meer in
- artikel 2.1, waarin [AFNEMER] opdracht geeft aan [Leverancier] om *“het Automatiseringssysteem in te richten, Bedrijfsklaar op te leveren, overeenkomstig de in deze Automatiseringsovereenkomst vastgelegde Overeengekomen specificaties, en het Automatiseringssysteem te Onderhouden zoals beschreven in Bijlage 7 inrichting van het Automatiseringssysteem (...).”* [onderstreping toegevoegd, arb.]
 - artikel 5.1, waarin is bepaald dat [Leverancier] het automatiseringssysteem zal leveren volgens de planning en de daarin opgenomen mijlpalen, vastgelegd in Bijlage 6, welke mijlpalen zien op de periode tot bedrijfsklare oplevering en niet op het onderhoud dat nadien zou moeten worden geleverd;
 - artikel 8.1 dat bepaalt dat partijen een acceptatietest uitvoeren bij de integrale eindoplevering van het automatiseringssysteem, hetgeen niet tevens kan zien op integrale eindoplevering van het onderhoud (wat daaronder ook moet worden verstaan), omdat dit geheel, althans grotendeels daarna zou moeten worden geleverd.
- 7.10. Tenslotte is de door [AFNEMER] bepleite mogelijkheid het onderhoud te verminderen door middel van een opdracht tot minderwerk - en met name het gegeven dat een opdracht tot meer- of minderwerk niet door [Leverancier] kan worden geweigerd nadat de stuurgroep daartoe opdracht heeft gegeven – strijdig met artikel 11 lid 2 dat bepaalt dat *“de overeengekomen Vergoeding voor Bedrijfsklare oplevering en het Onderhoud (...) vast en onveranderlijke [zijn]”*. Als de omvang van onderhoud door een opdracht tot minderwerk zou kunnen worden verminderd zou [AFNEMER] immers

eenzijdig de overeen gekomen vaste vergoeding kunnen verlagen, hetgeen niet alleen in strijd is met deze bepaling, maar ook met de in bijlage 2 van de overeenkomst opgenomen offerte van [Leverancier], waarin deze vaste en onveranderlijke prijs is gespecificeerd. Ook valt het standpunt van [AFNEMER] niet te verenigen met artikel 18.1 dat [Leverancier] verplicht gedurende zeven jaar na Bedrijfsklare oplevering Onderhoud te leveren, met als enige uitzondering "*het recht van [AFNEMER] het Onderhoud tussentijds op te zeggen overeenkomstig artikel 25.2.*". Als partijen hadden beoogd voor [AFNEMER] de mogelijkheid te creëren onderhoud (en de daarvoor afgesproken vaste vergoeding) door middel van een opdracht tot minderwerk te verminderen had het voor de hand gelegen dat zij dat als uitzondering op deze bepalingen hadden opgenomen, hetgeen niet is gebeurd.

- 7.11. De conclusie is dat [AFNEMER] onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt – laat staan bewezen - dat zij gerechtigd was met een beroep op artikel 2.5 het onderhoud te verminderen door een opdracht tot minderwerk te geven en dat er geen grond was voor ontbinding van de overeenkomst omdat [Leverancier] die opdracht niet uitvoerde. Nu [AFNEMER] voor ontbinding geen andere grondslag heeft aangevoerd oordeelt het scheidsgerecht dat de overeenkomst niet op goede gronden (gedeeltelijk) is ontbonden.

Beëindiging overeenkomst

Bevoegdheid

- 7.12. [Leverancier] bestrijdt dat de opzegging van de overeenkomst door [K] bevoegd is geschied nu hij niet uit hoofde van zijn functie bevoegd was [AFNEMER] te vertegenwoordigen en hij niet beschikte over een schriftelijke volmacht om namens [AFNEMER] op te zeggen. [B] heeft de overeenkomst ondertekend en is ingevolge Bijlage 10 '*de enige die [AFNEMER] kan binden aan de Automatiseringsovereenkomst*'.
- 7.13. Ingevolge artikel 3:61 lid 1 kan een volmacht uitdrukkelijk of stilzwijgend worden verleend. De vraag of een volmacht is verleend en, zo ja, met welke inhoud, moet worden beantwoord aan de hand van de maatstaven van art. 3:33 en 3:35 (vergelijk HR 12 oktober 2012, LJN BW9243, NJ 2012/686, Varde/Harbers). Het komt erop aan wat de volmachtgever en de gevolmachtigde over en weer hebben verklaard en over en weer uit elkaars gedragingen en verklaringen hebben mogen begrijpen, waarbij in het bijzonder van belang is de verklaring of gedraging waarbij de volmacht is verleend.
- 7.14. [K] heeft bij brief van 4 mei 2007 de offerteaanvraag gedaan en heeft namens [AFNEMER] het project geleid om het Automatiseringssysteem te bouwen en in te richten. Ook heeft [K] in 2013 namens [AFNEMER] het document ondertekend waarmee de oplevering van het Automatiseringssysteem is geaccepteerd. [AFNEMER] stelt in dit verband dat [K] bij de opzegging handelde met mandaat van [AFNEMER] en dat [Leverancier] dat ook heeft begrepen.
- 7.15. Uit de overgelegde stukken blijkt voorts dat [K] vanaf november 2015 aanvankelijk met [H] en later met de advocaat van [Leverancier] heeft gecommuniceerd over de mogelijkheid het onderhoud te verminderen. Bij faxen van 24 december 2015 en 15

januari 2016 heeft de advocaat van [Leverancier] zich gericht tot [AFNEMER] 't.a.v. de directie' en, kort samengevat, meegedeeld dat van beëindiging van het onderhoud alleen sprake kon zijn overeenkomstig artikel 25 van de overeenkomst. Bij brief van 22 januari 2016 heeft [K] 'in antwoord op uw faxen van 24 december jl. en 15 januari jl.' meegedeeld dat [AFNEMER] (waarmee kennelijk [AFNEMER] werd bedoeld) de overeenkomst opzegde op grond van artikel 25 lid 2 en aan [Leverancier] opdracht gegeven tot minderwerk op grond van artikel 2 lid 5. Bij brief van 4 maart 2016 aan de advocaat van [Leverancier] heeft [K] [AFNEMER] gesommeerd uiterlijk dinsdag 8 maart 2016, vóór 18.00 uur schriftelijk te bevestigen dat [Leverancier] instemde met het door [AFNEMER] aangegeven minderwerk. Uit deze brief blijkt dat [Leverancier] bij e-mail van 3 februari 2016 en [H] bij e-mail van 5 februari 2016 (beide niet overgelegd) op zijn opzeggingsbrief hadden gereageerd.

- 7.16. Bij brief d.d. 8 maart 2016 van haar advocaat aan '[AFNEMER], T.a.v. de heer [K] heeft [Leverancier] meegedeeld dat zij niet aan de sommatie zou voldoen en haar redenen toegelicht. In deze brief heeft [Leverancier] zich voor het eerst beroepen op onbevoegdheid van [K] ter zake van de opzegging en deze niet geaccepteerd omdat onbevoegd zou zijn opgezegd.
- 7.17. Uit deze gang van zaken moet worden afgeleid dat [AFNEMER] de indruk heeft gewekt dat aan [K] een (stilzwijgende) volmacht was verleend om haar (ook) ter zake van de beëindiging van de overeenkomst te vertegenwoordigen en dat dit voor [Leverancier] duidelijk was. De directie van [AFNEMER] liet immers [K] de aan haar gerichte brieven van de advocaat van [Leverancier] van 24 december 2015 en 15 januari 2016 beantwoorden, terwijl [Leverancier]'s advocaat zijn brief van 8 maart 2016, waarin [K]'s bevoegdheid werd betwist, richtte aan '[AFNEMER], T.a.v. [K]'.
- 7.18. Ten overvloede overweegt het scheidsgerecht dat het beroep op onbevoegdheid van [K] in deze procedure eveneens in strijd is met de redelijkheid en billijkheid die [Leverancier] in acht moet nemen bij de uitvoering van een overeenkomst, nu [Leverancier] in de periode vanaf april 2007 tot 8 maart 2016 de bevoegdheid van [K] nimmer heeft betwist ten aanzien van de rechtshandelingen die hij in die periode namens [AFNEMER] in het kader van de overeenkomst heeft verricht, waaronder de acceptatie van de bedrijfsklare oplevering van het automatiseringssysteem.
- 7.19. De conclusie is dat de overeenkomst bij brief van 22 januari 2016 door [AFNEMER] is opgezegd op grond van artikel 25 lid 2 van de overeenkomst. Overeenkomstig het bepaalde in de laatste zin van artikel 25 lid 2 heeft opzegging schriftelijk plaatsgevonden tegen het eind van het kalenderjaar, waarbij een opzegtermijn van drie maanden in acht is genomen. De overeenkomst is derhalve op 1 januari 2017 geëindigd, zodat de primaire vordering van [Leverancier] moet worden afgewezen.

Kosteloze opzegging

- 7.20. De subsidiaire vordering van [Leverancier] houdt in dat de overeenkomst financieel moet worden afgewikkeld op grond van artikel 25 lid 2, tweede alinea. [AFNEMER] heeft de overeenkomst echter opgezegd op grond van artikel 25 lid 2, eerste alinea, dat luidt:

"[AFNEMER] is bevoegd het Onderhoud tussentijds op te zeggen als

(i) de strategie van [AFNEMER] zodanig wijzigt dat de functionaliteit van het Automatiseringssysteem niet meer aansluit hierbij,

(ii) de business van [AFNEMER] of (iii) de samenstelling van de [AFNEMER]-groep in de breedste zin van het woord wijzigt, zonder dat als gevolg van deze opzegging enige aansprakelijkheid jegens [Leverancier] ontstaat.

Het staat enkel ter discretie van [AFNEMER] om te beoordelen of van een dergelijke wijziging sprake is. Opzegging vindt in dat geval plaats door schriftelijke opzegging tegen het eind van een kalenderjaar waarbij een opzegtermijn van drie maanden in acht dient te worden genomen."

- 7.21. Indien deze opzegging op de juiste grond is geschied is [AFNEMER] jegens [Leverancier] niet aansprakelijk, zodat geen financiële compensatie hoeft te worden betaald. In dat geval moet de subsidiaire vordering van [Leverancier] worden afgewezen.

Wijziging van de business

- 7.22. [AFNEMER] heeft zich in deze procedure beroepen op de in artikel 25, lid 2, eerste alinea, sub (ii) genoemde grond, die kosteloze opzegging mogelijk maakt indien 'de business van [AFNEMER] (...) in de breedste zin van het woord wijzigt'. [AFNEMER] stelt dat daarvan sprake is en heeft er op gewezen dat artikel 25, lid 2, eerste alinea bepaalt: *"Het staat enkel ter discretie van [AFNEMER] om te beoordelen of van een dergelijke wijziging sprake is"*. Volgens [AFNEMER] betekent dit dat zij zelf beoordeelt of deze omstandigheden zich voordoen. Dat heeft volgens [AFNEMER] te maken met de materie, omdat alleen [AFNEMER] kan bepalen of de winstmarges, onder de druk van de kosten, nog aansluiten bij de strategie van de onderneming. Naar haar mening kan [AFNEMER] zich niet in een situatie begeven waar ze afhankelijk zou zijn van de mening van een leverancier die andere belangen heeft en de afwegingen van [AFNEMER] niet kent. [AFNEMER] zou daarbij wel redelijk moeten handelen.
- 7.23. [Leverancier] heeft gesteld dat [AFNEMER] bij de uitoefening van haar bevoegdheid om te beoordelen of zich de in artikel 25, lid 2, eerste alinea, sub (ii) genoemde grond voordoet, zich jegens [Leverancier] moet gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid van artikel 6:2 BW en dat deze bevoegdheid niet van toepassing is voor zover uitoefening daarvan in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

Uitleg overeenkomst

- 7.24. Ingevolge artikel 24 lid 5 is de taalkundige betekenis van de bewoordingen in eerste instantie bepalend voor de betekenis (zie alinea 7.1 e.v.). Uit de letterlijke bewoordingen van de passage in artikel 25 lid 2, eerste alinea (*"Het staat enkel ter discretie van [AFNEMER] om te beoordelen of van een dergelijke wijziging sprake is"*)

volgt dat [AFNEMER] beoordeelt of zich een van de daargenoemde situaties voordoet, waarin [AFNEMER] de overeenkomst kosteloos mag beëindigen. Dit uitgangspunt geldt echter ingevolge artikel 24 lid 5 *'behoudens voor zover zulks naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar'* zou zijn.

- 7.25. Naar het oordeel van het scheidsgerecht is een louter taalkundige uitleg van deze passage naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar, voor zover dat zou betekenen dat de uitoefening van de aan [AFNEMER] gegeven exclusieve bevoegdheid in de gegeven omstandigheden in het geheel niet zou kunnen worden getoetst. [AFNEMER] zou dan immers kunnen opzeggen zonder dat zij aannemelijk hoeft te maken dat zich een van de – op haar voorstel – in artikel 25 lid 2, eerste alinea opgenomen situaties ook daadwerkelijk voordoet.
- 7.26. In dit verband is ook van belang dat artikel 6:2 lid 1 BW lid 2 bepaalt dat een tussen partijen geldende regel - zoals in dit geval de bepaling dat het uitsluitend aan [AFNEMER] is om te bepalen of zich een grond voor kosteloze opzegging voordoet - niet van toepassing is, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Voorts wordt overwogen dat [AFNEMER] in de Memorie van Antwoord (alinea 11.15) ook zelf het standpunt heeft ingenomen dat zij bij de uitoefening van de opzeggingsbevoegdheid redelijk dient te handelen.
- 7.27. Nu de taalkundige uitleg leidt tot een resultaat dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, komt de tweede zin van artikel 24 lid 5 in beeld. Deze begint met: *"Indien de bewoordingen, ook in onderlinge samenhang bezien, niet tot een in de gegeven omstandigheden redelijke uitleg kunnen leiden"*. Deze tekst sluit niet geheel aan op de in de eerste zin gegeven regel, omdat een uitleg die niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar mag zijn, niet noodzakelijk hetzelfde is als *'een redelijke uitleg'*. Daarom moet op basis van de tweede zin van artikel 24 lid 5 eerst worden nagegaan of *'de bewoordingen (...) in onderlinge samenhang bezien'* kunnen leiden tot een redelijke uitleg.
- 7.28. Naar het oordeel van het scheidsgerecht is een redelijke uitleg van artikel 25 lid 2, eerste alinea dat de opzegging door [AFNEMER] gemotiveerd dient te zijn en dat deze motivering inhoudelijk kan worden getoetst, in dit geval aan de sub (ii) genoemde grond waarop [AFNEMER] zich beroept, dat sprake is van een wijziging van *'de business van [AFNEMER] (...) in de breedste zin van het woord'*. Vervolgens is de vraag of aan deze opzeggingsgrond op basis van *'de bewoordingen, (...) in onderlinge samenhang bezien'* een *'in de gegeven omstandigheden redelijke uitleg'* kan worden gegeven.
- 7.29. [AFNEMER] stelt dat uit de bewoordingen van artikel 25 lid 2, eerste alinea volgt dat zij het onderhoud tussentijds kan beëindigen als het systeem niet meer bij haar organisatie past of als zij een systeem van de omvang van deze niet meer kan bekostigen, bijvoorbeeld bij inkrimping. [AFNEMER] heeft aangevoerd dat hiervan sprake is, nu sinds 2007 (i) de omzet van de [AFNEMER] groep sterk is teruggelopen (van € 20.171.394 naar € 4.195.923), evenals de winst (van € 3.687.553 naar € 28.311), (ii) zij als gevolg daarvan verschillende maatregelen heeft doorgevoerd om de

kosten te beperken (onder meer inkrimping van het personeel) en (iii) zij de verkoop van haar producten op een andere manier is gaan inrichten, waarvoor minder personeel nodig was en (iv) het aantal producten dat zij verkocht heeft gereduceerd. Mede als gevolg van deze maatregelen is het aantal gebruikers van het automatiseringssysteem in de [AFNEMER] groep teruggelopen tot 50 en zijn delen van het door [Leverancier] geleverde maatwerk niet meer in gebruik.

- 7.30. [Leverancier] heeft bestreden dat de door [AFNEMER] aangevoerde omstandigheden inhouden dat de 'business' van de [AFNEMER] groep is gewijzigd. Zij heeft er, kort gezegd, op gewezen dat zowel [AFNEMER] als [AFNEMER] zich nog steeds bezig houden met vermogensbeheer en beleggingsadvies, hetgeen zij ook deden ten tijde van het sluiten van de overeenkomst. Volgens [Leverancier] is kostenbesparing de reden dat [AFNEMER] het onderhoud wilde opzeggen, hetgeen niet valt onder een *'wijziging van de business (...) in de breedste zin van het woord'* zoals bedoeld in artikel 25 lid 2, eerste alinea sub (ii).

Redelijke (commerciële) bedoelingen

- 7.31. Naar het oordeel van het scheidsgerecht ontbreken in de tekst van de overeenkomst voldoende aanknopingspunten voor een redelijke uitleg op basis van de bewoordingen van deze opzeggingsgrond. Voor die situatie bepaalt artikel 24 lid 5 dat de *'redelijke (commerciële) bedoelingen van partijen'* als maatstaf zullen gelden bij de uitleg, waarbij moet worden gekeken naar de uitingen van partijen in de periode vanaf 5 april 2007. Partijen hebben verschillende stukken overgelegd waaruit deze bedoelingen kunnen worden afgeleid.
- 7.32. In de offerte aanvraag d.d. 4 mei 2007 heeft [AFNEMER] Vermogensbeheer B.V. ('[AFNEMER]') aan [Leverancier] onder meer gevraagd in de offerte op te nemen de vaste jaarlijkse prijs voor onderhoud van het automatiseringssysteem, voor de duur van zeven jaar. [Leverancier] heeft deze prijs opgenomen in haar offerte d.d. 17 juli 2017 en deze is als bijlage bij de overeenkomst opgenomen. Een en ander is verwerkt in artikel 11 lid 1 (vaste prijs) en 18 lid 1 (verplichting tot onderhoud gedurende zeven jaar, behoudens opzegging conform artikel 25 lid 2), waarmee tegemoet werd gekomen aan het belang van [AFNEMER] om gedurende zeven jaar na bedrijfsklare oplevering verzekerd te zijn van onderhoud tegen een vaste prijs. Daarmee werd ook tegemoet gekomen aan het commerciële belang van [Leverancier], dat zij de zekerheid had dat zij gedurende zeven jaar de volledige onderhoudsvergoeding zou ontvangen.
- 7.33. Uit de totstandkoming geschiedenis van de overeenkomst blijkt dat artikel 25 lid 2 aanvankelijk bepaalde dat [AFNEMER] het onderhoud uitsluitend kon beëindigen als partijen overeenstemming zouden bereiken over een financiële compensatie. Die diende kennelijk ter vergoeding van door [Leverancier] gemiste inkomsten doordat bij tussentijdse beëindiging korter dan zeven jaar onderhoud zou worden afgenomen.
- 7.34. [AFNEMER] wilde echter niet onder alle omstandigheden verplicht zijn onderhoud af te nemen. In een latere versie van de overeenkomst werd opgenomen dat [AFNEMER] welke intentie uitsprak om 7 jaar onderhoud af te nemen, maar daartoe niet verplicht was en dat [AFNEMER] de overeenkomst kon beëindigen tegen het einde van een

kalenderjaar, met een opzegtermijn van drie maanden, maar zonder dat zij een vergoeding verschuldigd zou zijn in geval van tussentijdse beëindiging.

- 7.35. [Leverancier] heeft zich daar kennelijk tegen verzet, want in de e-mail d.d. 12 juli 2007 aan [K] – daags voor ondertekening van de overeenkomst door [H] - stelt de advocaat van [AFNEMER] voor om aan ‘*de bezwaren van [Leverancier]*’ tegemoet te komen door de oorspronkelijke bepaling over tussentijdse opzegging tegen financiële compensatie op te nemen en daarnaast kosteloze opzegging door [AFNEMER] op een drietal gronden mogelijk te maken. Dit voorstel is opgenomen in artikel 25 lid 2 van de overeenkomst die op 13 juli 2007 door [H] is ondertekend. Toen is ook de contractspartij aangepast van [AFNEMER] naar [AFNEMER].
- 7.36. Uit deze gang van zaken volgt dat artikel 25 lid 2 een compromis is tussen de belangen van [AFNEMER] (de zekerheid van zeven jaar onderhoud tegen een vaste prijs, maar geen verplichting om onder alle omstandigheden dat onderhoud af te nemen) en het commerciële belang van [Leverancier] om gedurende tenminste zeven jaar de overeengekomen onderhoudsvergoeding te ontvangen. Daarbij is de hoofdregel, waarbij deze belangen in beginsel in evenwicht zijn, dat bij tussentijdse beëindiging [AFNEMER] een nader overeen te komen financiële compensatie betaalt.
- 7.37. Uitzondering daarop is kosteloze opzegging in de in artikel 25 lid 2, eerste alinea genoemde situaties, waar de balans doorslaat ten gunste van het belang van [AFNEMER]. Bij de toetsing of in een concreet geval de door [AFNEMER] aangevoerde gronden kosteloze beëindiging rechtvaardigen, moet rekening worden gehouden met dit uitzonderingskarakter van de bepaling. De daarin genoemde situaties mogen niet zo ruim worden uitgelegd, dat daardoor de hoofdregel – beëindiging tegen financiële compensatie – weinig of geen betekenis meer heeft.
- 7.38. In deze procedure heeft [AFNEMER] zich beroepen op de in artikel 25 lid 2, eerste alinea, sub (ii) opgenomen beëindigingsgrond, stellende dat er sprake is van een ‘*wijziging van de business (...) in de breedste zin van het woord*’. [Leverancier] heeft dit bestreden en als eerste verweer aangevoerd dat, nu [AFNEMER] de contractspartij is, de omstandigheden van artikel 25 lid 2, eerste alinea alleen wijzigingen kunnen zijn die de bedrijfsomstandigheden van [AFNEMER] moeten betreffen. Nu [AFNEMER] slechts holding activiteiten uitvoert en de aangevoerde omstandigheden volgens [Leverancier] hoofdzakelijk de bedrijfsactiviteiten van [AFNEMER] [V] B.V. betreffen zouden deze reeds om die reden geen grond kunnen opleveren voor een beroep van [AFNEMER] op deze bepaling.
- 7.39. [AFNEMER] heeft daar tegenin gebracht dat zij weliswaar de contractspartij is, maar dat het steeds de bedoeling was dat het automatiseringssysteem voornamelijk door [AFNEMER] zou worden gebruikt. Tot vlak voor de ondertekening van de overeenkomst stond [AFNEMER] ook vermeld als de contractspartij, maar dit is op 12 juli 2007 gewijzigd in [AFNEMER] om zeker te stellen dat ook andere dochtervennootschappen de software konden gebruiken. De centrale rol van [AFNEMER] blijkt onder meer uit het feit dat zij de offerte aanvraag heeft gedaan, de onderhandelingen over de overeenkomst heeft gevoerd, haar personeel de implementatie van het automatiseringssysteem heeft begeleid, haar directeur als enige

bevoegd was [AFNEMER] aan de overeenkomst te binden en dat [AFNEMER] de facturen onder de overeenkomst heeft betaald.

- 7.40. Het scheidsgerecht is van oordeel dat onder deze omstandigheden, die als zodanig niet door [Leverancier] zijn bestreden, geoordeeld moet worden dat een uitleg van *'de business van [AFNEMER]'* op basis van de *'redelijke (commerciële) bedoelingen van partijen'* meebrengt dat hieronder de bedrijfsactiviteiten van [AFNEMER] [V] B.V. ([AFNEMER]) worden verstaan.

'Side letter'

- 7.41. [AFNEMER] heeft een brief van 24 juli 2007 (ook wel de side letter genoemd), op briefpapier van [AFNEMER] en ondertekend door [B], in het geding gebracht, die was gericht aan [H] van [Leverancier], waarin uitleg wordt gegeven aan artikel 25 lid 2, eerste alinea. Volgens [AFNEMER] waren partijen het eens over de inhoud van de brief, zodat deze de tussen partijen overeengekomen interpretatie van deze bepaling zou bevatten. In dat verband heeft [AFNEMER] erop gewezen dat de brief voor akkoord is getekend door [C], destijds commercieel directeur van [Leverancier].
- 7.42. [Leverancier] heeft bestreden dat [C] bevoegd was de brief namens [Leverancier] voor akkoord te tekenen en heeft gesteld dat zij de inhoud van de brief niet kende totdat deze in de onderhavige procedure door [AFNEMER] bij Memorie van Antwoord is overgelegd. Partijen hebben vervolgens stukken overgelegd en verklaringen van bij de overeenkomst betrokken (ex-) directieleden en werknemers, die elkaar tegenspreken over de vraag (i) of de side letter vóór 24 juli 2007 is besproken tussen partijen, (ii) wanneer ondertekening door [C] heeft plaats gevonden en wie daarbij aanwezig waren en (iii) of [C] destijds bevoegd was de brief namens [Leverancier] te tekenen.
- 7.43. Op basis van de overgelegde stukken is naar het oordeel van het scheidsgerecht niet komen vast te staan (i) dat de brief voor 24 juli 2007 door partijen is besproken, (ii) wanneer en in aanwezigheid van wie ondertekening door partijen heeft plaats gevonden, (iii) dat ([Leverancier] de schijn heeft opgewekt dat) [C] bevoegd was de side letter namens [Leverancier] te ondertekenen en evenmin (iv) dat, kort gezegd, [AFNEMER] mocht vertrouwen op de bevoegdheid van [C]. Onder die omstandigheden is naar het oordeel van het scheidsgerecht niet komen vast te staan dat de side letter deel uitmaakt van hetgeen partijen zijn overeengekomen.
- 7.44. De side letter is echter ook als zodanig van belang voor de uitleg van artikel 25 lid 2, eerste alinea, nu [AFNEMER] zich in deze procedure heeft vereenzelvigd met de in die brief door [AFNEMER] verwoorde interpretatie van deze bepaling. Daarbij is van belang dat de tekst van artikel 25 lid 2, eerste alinea door [AFNEMER] is voorgesteld vlak voor ondertekening van de overeenkomst (dus voordat [AFNEMER] contractspartij werd in plaats van [AFNEMER]), om tegemoet te komen aan het bezwaar van [Leverancier] tegen, kort gezegd, de mogelijkheid tot tussentijdse opzegging door [AFNEMER] zonder financiële compensatie aan [Leverancier].
- 7.45. Uit de side letter blijkt dat [AFNEMER] onderkende dat de tekst van artikel 25 lid 2, eerste alinea tot interpretatie verschillen zou kunnen leiden. Met het oog daarop heeft

zij in overleg met haar advocaat in de periode tussen 12 en 24 juli 2007 de side letter opgesteld. Ten aanzien van het doel van de side letter vermeldt [AFNEMER]: *“In dit achtergronddocument wordt een toelichting gegeven op de eerste alinea van het opzeggingsartikel (25.2) in de AO tussen [AFNEMER] en [Leverancier] (...) [AFNEMER] licht [de daarin gebruikte] begrippen toe aan de hand van enkele voorbeelden. Hierbij zij opgemerkt dat de toelichting geen limitatieve opsomming betreft, maar richting geeft aan de bedoeling van Partijen.”*

- 7.46. Vervolgens licht [AFNEMER] de grond sub (ii) als volgt toe: *“2. Indien de business van [AFNEMER] zodanig verandert dat een Automatiseringssysteem van een dergelijke omvang bijvoorbeeld functioneel dan wel kostentechnisch niet meer aansluit bij de behoefte van [AFNEMER], hetgeen uitsluitend ter beoordeling van [AFNEMER] staat. Dit zou het geval zijn indien [AFNEMER] zich zou gaan toeleggen op het beheren van enkele zeer vermogende personen of institutionele beleggers.”* (onderstreping arb.)
- 7.47. Weliswaar zijn deze voorbeelden volgens de toelichting niet-limitatief, zodat ook in andere gevallen sprake zou kunnen zijn van wijziging van de business die recht geeft op kosteloze opzegging, maar blijkens die toelichting geven zij in de visie van [AFNEMER] wel *‘richting ... aan de bedoeling van Partijen’* en dus in ieder geval aan haar bedoeling, als opsteller van de brief.
- 7.48. Uit de zin *“Dit zou het geval zijn indien [AFNEMER] zich zou gaan toeleggen op het beheren van enkele zeer vermogende personen of institutionele beleggers”* moet worden afgeleid dat [AFNEMER] met de op haar voorstel opgenomen opzeggingsgrond *‘wijziging van de business ... in de breedste zin van het woord’* doelde op een situatie waarin haar bedrijfsactiviteiten zich wezenlijk zouden hebben gewijzigd, bijvoorbeeld doordat zij zich op een geheel andere doelgroep zou gaan richten, en dat als gevolg daarvan het automatiseringssysteem functioneel of kostentechnisch niet meer zou aansluiten bij de behoeften van [AFNEMER].
- 7.49. Naar het oordeel van het scheidsgerecht is van een dergelijke fundamentele wijziging van bedrijfsactiviteiten geen sprake. Uit de overgelegde stukken blijkt dat *‘de business’* van [AFNEMER] ten tijde van de ondertekening van de overeenkomst bestond en nog steeds bestaat uit vermogensbeheer en beleggingsadvies, waarbij zij zich richt op alle beleggers (particulier en institutioneel) met een bepaald minimum te beleggen vermogen. Weliswaar heeft [AFNEMER] haar bedrijfsactiviteiten, kennelijk als gevolg van veranderde marktomstandigheden, ingekrompen en aangepast, maar de doelgroep en haar activiteiten zijn hetzelfde gebleven.
- 7.50. De wens van [AFNEMER] in 2015 om de contractuele verplichting tot het afnemen van onderhoud te beperken is, mede gezien het feit dat delen van het maatwerk kennelijk toen al niet meer in gebruik waren, wellicht uit oogpunt van kostenbesparing begrijpelijk, maar de daarvoor aangevoerde omstandigheden vallen, zowel afzonderlijk als tezamen, naar het oordeel van het scheidsgerecht niet op een lijn te stellen met de door [AFNEMER] in de brief van 24 juli 2007 gegeven voorbeelden van een wijziging van de business.

- 7.51. In dit verband is ook van belang dat [AFNEMER], dat immers de side letter heeft opgesteld, de vrijheid had om, indien zij een ruimere uitleg had beoogd van een wijziging van *'de business van [AFNEMER] (...) in de breedste zin van het woord'*, dat in die brief duidelijk had kunnen maken, bijvoorbeeld door de voorbeelden weg te laten, zodat iedere verandering in haar activiteiten, waardoor het automatiseringssysteem wat betreft functionaliteit of kosten niet meer aansloot bij haar behoeften, een grond voor kosteloze beëindiging zou zijn. Kennelijk was dit niet haar bedoeling en moest het in haar visie gaan om een wezenlijke wijziging van bedrijfsactiviteiten en niet om aanpassing daarvan als gevolg van veranderende marktomstandigheden en afnemend bedrijfsresultaat en een daarmee samenhangende beperking van het aantal cliënten en werknemers, hoe ingrijpend die op zich ook zou kunnen zijn.
- 7.52. Ten overvloede merkt het scheidsgerecht op dat voor een verzoek van [AFNEMER] om in de door haar aangevoerde omstandigheden het onderhoud te beperken (en dus de overeenkomst op dit punt aan te passen) de instemming van [Leverancier] was vereist. Gezien onder meer de hoofdregel dat [Leverancier] zeven jaar onderhoud tegen een vaste prijs moet leveren, zodat zij er, behoudens opzegging conform artikel 25 lid 2, op kon rekenen dat zij gedurende de gehele periode de afgesproken onderhoudsvergoeding zou ontvangen, was de weigering van [Leverancier] mee te werken aan een beperking van het onderhoud (en dus van haar inkomsten) onder de omstandigheden van het geval niet in strijd met de redelijkheid en billijkheid die van haar als contractspartij kan worden verlangd.
- 7.53. De conclusie is dat de door [AFNEMER] in deze procedure aangevoerde omstandigheden onvoldoende zijn om aan te nemen dat sprake is van de in artikel 25 lid 2, eerste alinea, sub (ii) bedoelde situatie, zodat zij niet met een beroep daarop kon opzeggen. Nu [AFNEMER] zich verder niet heeft beroepen op een van de andere in artikel 25 lid 2, eerste alinea genoemde situaties, althans voor een dergelijk beroep geen onderbouwing heeft gegeven, is de conclusie dat zij de overeenkomst niet op grond van die bepaling kosteloos kon beëindigen.

Onvoorziene omstandigheden en vordering tot wijziging of ontbinding van de overeenkomst

- 7.54. [AFNEMER] heeft zich subsidiair beroepen op de in artikel 6:258 BW opgenomen regeling voor onvoorziene omstandigheden, stellende dat partijen er bij het aangaan van de overeenkomst van uit zijn gegaan dat de bedrijfsklare oplevering van het automatiseringssysteem in juli 2009 zou plaatsvinden, terwijl deze op 20 december 2013 heeft plaats gevonden, hetgeen niet in de overeenkomst zou zijn verdisconteerd. [AFNEMER] verzoekt het scheidsgerecht subsidiair op grond van onvoorziene omstandigheden de gevolgen van de overeenkomst te wijzigen of deze ter zake van het onderhoud te ontbinden en wel door hetgeen [AFNEMER] aan [Leverancier] verschuldigd is vast te stellen op hetgeen [AFNEMER] feitelijk aan [Leverancier] heeft betaald en de vorderingen van [Leverancier] dus af te wijzen.
- 7.55. Bij pleidooi heeft [AFNEMER] aangevoerd dat een aanzienlijke wijziging van de economische balans van een contract als onvoorziene omstandigheid kan worden aangemerkt, waarvan sprake zou zijn omdat [Leverancier] in haar visie tot 2020

onderhoud zou mogen leveren, terwijl bij het aangaan van de overeenkomst was voorzien dat dit (bij een geplande oplevering in 2009) tot 2016 zou gebeuren.

- 7.56. Voor een beroep op artikel 6:258 BW dient te worden vastgesteld of partijen hebben willen voorzien in de mogelijkheid van het optreden van de onvoorziene omstandigheden of althans stilzwijgend die mogelijkheid hebben verdisconteerd. Van onvoorziene omstandigheden in de zin van dit artikel kan alleen sprake zijn voor zover het betreft omstandigheden die op het ogenblik van het tot stand komen van de overeenkomst nog in de toekomst lagen (vergelijk HR 20 februari 1998, NJ 1998/493, Briljant Schreuders/ABP). De onvoorziene omstandigheden moeten van dien aard zijn dat de wederpartij geen ongewijzigde instandhouding van de contractuele rechtsverhouding mag verwachten. Daaraan zal niet spoedig voldaan zijn: redelijkheid en billijkheid verlangen immers in de eerste plaats trouw aan het gegeven woord en laten afwijking daarvan slechts bij hoge uitzondering toe. Daaruit volgt dat de rechter terughoudendheid moet betrachten ten aanzien van de aanvaarding van een beroep op onvoorziene omstandigheden (vergelijk HR 20 februari 1998, NJ 1998/493, Briljant Schreuders/ABP)
- 7.57. In Bijlage 6 bij de overeenkomst zijn de mijlpalen voor oplevering van het automatiseringssysteem opgenomen. Bedrijfsklare oplevering zou op grond hiervan moeten plaatsvinden 24 maanden na de start van het project. In artikel 7.1 is bepaald dat de mijlpalen 'fatale data' zijn, waarmee mogelijk bedoeld is dat de daarin genoemde termijnen oplevering fatale termijnen zijn, in die zin dat [Leverancier] enkel door te late oplevering in verzuim zou raken. [AFNEMER] heeft geen beroep gedaan op deze bepaling en uit haar stellingen en de overgelegde stukken blijkt dat zij heeft ingestemd met latere oplevering, waarmee het eventuele 'fatale' karakter aan de mijlpalen (mocht dit inderdaad zijn beoogd) is ontnomen.
- 7.58. [Leverancier] heeft ter verklaring van de vertraging in de oplevering aangevoerd "(i) *de gaandeweg gewenste wijzigingen en de relatief lange doorlooptijd van wijzigingsvoorstellen (als gevolg van de overeengekomen procedure), (ii) discussies tussen partijen over de strekking van de gemaakte afspraken, (iii) het niet ter beschikking stellen door [AFNEMER] van resources conform Overeenkomst (...) en (iv) verandering in de volgorde van implementatie van delen van het systeem (mede als gevolg van keuzes van [AFNEMER].*" Voorts heeft zij gesteld dat het een feit van algemene bekendheid is dat grote automatiseringsprojecten vaak flink uitlopen, dat [AFNEMER] dit had kunnen ondervangen, althans beperken door een beroep te doen op de fatale termijnen van de mijlpalen en dat, nu zij dat niet heeft gedaan, haar geen beroep op artikel 6:258 BW toekomt. [AFNEMER] heeft deze punten niet, althans onvoldoende weersproken.
- 7.59. In het licht hiervan heeft [AFNEMER] niet, althans onvoldoende onderbouwd waarom uitloop van de bedrijfsklare oplevering in dit geval onvoorzien is, waarom zij, als de vertraging inderdaad onvoorzien was, toch heeft ingestemd met de latere oplevering en waarom deze instemming (waardoor de nieuwe oplevertermijn onderdeel is geworden van de overeenkomst) niet betekent dat de uitloop is verdisconteerd in de overeenkomst. Evenmin heeft zij gesteld en niet, althans onvoldoende onderbouwd, waarom een en ander in dit geval ontbinding of wijziging van de overeenkomst in de

door haar voorgestane zin zou rechtvaardigen. Daarmee heeft [AFNEMER] onvoldoende gesteld, althans haar stellingen onvoldoende onderbouwd, om in dit geval een beroep op onvoorziene omstandigheden te aanvaarden. De door [AFNEMER] daarop gebaseerde vorderingen worden daarom afgewezen.

Beëindiging met financiële compensatie

Periode 21 juli 2016 – 1 januari 2017

- 7.60. Nu opzegging van de overeenkomst door [AFNEMER] niet kan worden gebaseerd op artikel 25 lid 2, eerste alinea moet de opzegging geacht worden te hebben plaats gevonden tegen 1 januari 2017, op grond van het bepaalde in artikel 25 lid 2, tweede alinea.
- 7.61. [Leverancier] vordert dat [AFNEMER] wordt veroordeeld tot betaling over de periode van 21 juli 2016 tot en met 31 december 2016 van een bedrag ter grootte van het naar evenredigheid te berekenen gedeelte van € 177.294,09 (de vergoeding die [AFNEMER] over de periode tussen 21 juli 2015 en 21 juli 2016 heeft betaald), te vermeerderen met 21% BTW en voorts de hoofdsom (zonder BTW) te vermeerderen met de wettelijke rente ex artikel 6:119a BW vanaf 21 augustus 2016 tot aan de dag der algehele voldoening.
- 7.62. [AFNEMER] heeft deze vordering slechts bestreden door er op te wijzen dat zij vanaf 10 maart 2016 geen onderhoud meer heeft afgenomen van [Leverancier]. Dit verweer gaat niet op, omdat de verplichting tot betaling van de onderhoudsvergoeding niet is gekoppeld aan het gebruik van onderhoud door [AFNEMER], maar aan het beschikbaar stellen van de overeengekomen onderhoudsdiensten door [Leverancier]. [Leverancier] heeft onweersproken gesteld dat zij ook na 10 maart 2016 haar onderhoudsdiensten bleef aanbieden. Dat [AFNEMER] op 23 september 2016 de toegang voor [Leverancier] tot haar systeem heeft afgesloten, zodat [Leverancier] daarna geen onderhoud meer kon leveren, komt voor rekening van [AFNEMER] en is geen grond de vordering tot betaling van de onderhoudsvergoeding over de periode van 21 juli 2016 tot en met 31 december 2016 te verminderen.
- 7.63. Er van uit gaande dat [AFNEMER], naar [Leverancier] heeft gesteld en [AFNEMER] als zodanig niet heeft bestreden, over de periode van 21 juli 2016 tot 21 juli 2017 zonder beëindiging een bedrag van € 177.294,09 (ex BTW) verschuldigd zou zijn, is [AFNEMER] over de periode tussen 21 juli 2016 en 1 januari 2017 (163 dagen) een bedrag verschuldigd van (€ 177.294,09 /365*163 =) € 79.175,17 te vermeerderen met BTW. Hierop wordt het door [AFNEMER] op 4 juli 2007 betaalde bedrag van € 29.304,85 in mindering gebracht, zodat een bedrag van **€ 49.870,32** resteert, te vermeerderen met BTW en rente.

Financiële afwikkeling

- 7.64. In artikel 25 lid 2, tweede alinea is, voor opzegging op grond van dat artikel, bepaald:
- “In dat geval zullen Partijen met elkaar in overleg treden over de financiële afwikkeling.*

Indien Partijen niet tot overeenstemming over de financiële afwikkeling kunnen komen, wordt de procedure ex artikel 23 gevolgd.”

- 7.65. [AFNEMER] heeft gesteld dat [Leverancier] de in artikel 23 van de overeenkomst voorziene procedure niet heeft gevolgd nu haar vordering enkel strekt tot nakoming van de automatiseringsovereenkomst en niet (ook) tot financiële afwikkeling. Het scheidsrecht kan [AFNEMER] hier niet in volgen, omdat [Leverancier] in haar Memorie van Eis immers subsidiair heeft gevorderd [AFNEMER] te veroordelen tot betaling van een vergoeding ter zake van de financiële afwikkeling als bedoeld in artikel 25 lid 2 van de automatiseringsovereenkomst.
- 7.66. [AFNEMER] heeft voorts aangevoerd dat voor de financiële afwikkeling aansluiting kan worden gezocht bij artikel 7:411 BW, waarin is bepaald op welk loon de opdrachtnemer recht heeft in gevallen waarin de overeenkomst eindigt voordat de opdracht is volbracht of de tijd waarvoor zij is verleend is verstreken (vergelijk HR 27 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2775).
- 7.67. [Leverancier] heeft gesteld dat het uitgangspunt in het kader van de financiële afwikkeling op grond van artikel 25 lid 2, tweede alinea, is dat [AFNEMER] in beginsel gedurende een periode van zeven jaar na bedrijfsklare oplevering de overeengekomen onderhoudsvergoeding dient te betalen. [AFNEMER] heeft dit uitgangspunt niet, althans onvoldoende betwist, maar heeft gesteld dat die periode ingaat op 1 januari 2013. Na gemotiveerde betwisting door [Leverancier], dat heeft betoogd dat de periode is ingegaan op 21 juli 2013, heeft [AFNEMER] haar stelling niet nader onderbouwd.
- 7.68. [Leverancier] heeft gesteld dat [AFNEMER] in het kader van de financiële afwikkeling de volledige onderhoudsvergoeding is verschuldigd over het restant van de zevenjaars periode na het einde van de overeenkomst. Nu de overeenkomst is geëindigd op 1 januari 2017 betreft dit de onderhoudsvergoeding over de periode tot 21 juli 2020. Volgens [Leverancier] is niet ondenkbaar dat er op dit bedrag enige afslag plaats vindt: er is immers niet afgesproken dat het volledige resterende bedrag moet worden betaald. Een dergelijke afslag kan er echter niet toe leiden dat er niets meer hoeft te worden betaald, aldus [Leverancier].
- 7.69. [AFNEMER] stelt dat [Leverancier] geen recht meer heeft op een vergoeding in het kader van de opzegging, omdat het totale bedrag dat [Leverancier] in de periode vanaf 2008 tot juli 2016 voor onderhoud heeft ontvangen van [AFNEMER] hoger is dan het bedrag waarop zij op grond van de offerte over zeven jaar onderhoud recht zou hebben. [Leverancier] heeft dat betwist, stellende dat [AFNEMER] in haar berekening ten onrechte de in de periode 2008 – december 2012 voor deelopleveringen betaalde onderhoudsvergoedingen heeft betrokken en dat zij in haar berekening is uitgegaan van de oorspronkelijk geoffreerde onderhoudsvergoeding, terwijl die vergoeding feitelijk hoger was in de periode tot 21 juli 2016.
- 7.70. [AFNEMER] heeft tenslotte gesteld dat, mocht worden geoordeeld dat aan [Leverancier] in het kader van de financiële afwikkeling nog een vergoeding toekomt, daarop de besparingen van [Leverancier] in mindering moeten worden gebracht, nu

zij na 1 januari 2017 geen onderhoud meer hoefde te verrichten.

Relevante omstandigheden

7.71. Nu partijen niet in de overeenkomst hebben verduidelijkt op basis waarvan moet worden bepaald of en, zo ja, welke vergoeding [AFNEMER] verschuldigd is kan hiervoor aansluiting worden gezocht bij artikel 7:411 BW.

7.72. Artikel 7:411 BW bepaalt:

“1. Indien de overeenkomst eindigt voordat de opdracht is volbracht of de tijd waarvoor zij is verleend, is verstreken, en de verschuldigheid van loon afhankelijk is van de volbrenging of van het verstrijken van die tijd, heeft de opdrachtnemer recht op een naar redelijkheid vast te stellen deel van het loon. Bij de bepaling hiervan wordt onder meer rekening gehouden met de reeds door de opdrachtnemer verrichte werkzaamheden, het voordeel dat de opdrachtgever daarvan heeft, en de grond waarop de overeenkomst is geëindigd.

2. In het in lid 1 bedoelde geval heeft de opdrachtnemer slechts recht op het volle loon, indien het einde van de overeenkomst aan de opdrachtgever is toe te rekenen en de betaling van het volle loon, gelet op alle omstandigheden van het geval, redelijk is. Op het bedrag van het loon worden de besparingen die voor de opdrachtnemer uit de voortijdige beëindiging voortvloeien, in mindering gebracht.”

7.73. Gezien het feit dat [AFNEMER] gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid van artikel 25 lid 2, tweede alinea om de overeenkomst zonder grond op te zeggen, is het einde van de overeenkomst aan haar toe te rekenen. De omstandigheid dat de opdrachtgever de opdracht rechtsgeldig door opzegging heeft beëindigd, staat er immers niet aan in de weg dat het einde van de overeenkomst aan hem is toe te rekenen (vgl. HR 28 januari 2005, [ECLI:NL:HR:2005:AR4481](#), [NJ 2008/41](#), m.nt. J. Hijma).

7.74. Voor die situatie bepaalt artikel 7:411 lid 2 dat de opdrachtnemer recht heeft op het volle loon indien betaling daarvan, gelet op alle omstandigheden van het geval, redelijk is.

7.75. Met partijen is het scheidsgerecht van oordeel dat uitgangspunt voor de financiële afwikkeling op grond van artikel 25 lid 2, tweede alinea is dat [Leverancier] recht heeft op betaling van de overeengekomen onderhoudsvergoeding over een periode van zeven jaar.

7.76. Dit volgt reeds uit artikel 18.1 dat [Leverancier] verplicht het Automatiseringssysteem gedurende zeven jaar vanaf de datum van de Bedrijfsklare oplevering, te onderhouden, onverminderd het recht van [AFNEMER] het onderhoud tussentijds op te zeggen overeenkomstig artikel 25 lid 2 van de overeenkomst. Uit de tekst van deze bepaling moet worden afgeleid dat de leidende gedachte van partijen bij het onderhoud is geweest dat [Leverancier] in beginsel zeven jaar onderhoud zou leveren en dat [AFNEMER] daarvoor zou betalen, met als uitzondering opzegging overeenkomstig artikel 25 lid 2.

- 7.77. Dit wordt bevestigd door de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 25 lid 2 van de overeenkomst (zie alinea 7.33 e.v.). Daaruit blijkt dat partijen vlak voor ondertekening van de overeenkomst de bepaling zo hebben aangepast dat daaruit werd geschrapt dat [AFNEMER] niet de verplichting had om zeven jaar onderhoud af te nemen en met een opzegtermijn kon opzeggen tegen het einde van een kalenderjaar. In plaats daarvan werd de huidige tekst opgenomen, met als hoofdregel dat bij opzegging financiële afwikkeling plaatsvindt.
- 7.78. Voorts is van belang dat [AFNEMER] in haar brief van 4 mei 2007 aan [Leverancier] heeft gevraagd een vaste prijs te geven voor het project en een vaste prijs waarvoor het onderhoud gedurende zeven jaar wordt uitgevoerd. In de offerte van 17 juli 2007 heeft [Leverancier] aangeboden het onderhoud tot zeven jaar na bedrijfsklare oplevering te verrichten voor een vaste prijs van € 157.736,08 (ex BTW) per jaar. Door opname van de offerte als bijlage is deze onderdeel van de overeenkomst geworden.
- 7.79. De periode van zeven jaar loopt van 21 juli 2013 tot 21 juli 2020. Ingevolge artikel 12 lid 2 betaalt [AFNEMER] de onderhoudsvergoeding per jaar vooruit, vanaf de datum van bedrijfsklare oplevering van het automatiseringssysteem. Bedrijfsklare oplevering vond plaats op 20 december 2013, maar uit de overgelegde stukken blijkt dat [Leverancier] met ingang van 21 juli 2013 (ingebruikname van het systeem) de volledige onderhoudsvergoeding heeft gefactureerd en dat deze facturen door [AFNEMER] zijn betaald. Hieruit moet worden afgeleid dat partijen hebben afgesproken dat de zevenjaars periode ingaat op 21 juli 2013 (in plaats van 20 december 2013) en derhalve in beginsel eindigt op 21 juli 2020.
- 7.80. Ten aanzien van de financiële afwikkeling heeft [Leverancier] gesteld dat de onderhoudsvergoeding hoger was dan de afgesproken vaste vergoeding van € 157.736,08 (excl. BTW) per jaar, hetgeen ook blijkt uit de door partijen aangeleverde overzichten. [Leverancier] heeft echter niet toegelicht, noch onderbouwd, welk ander bedrag als maatstaf zou moeten worden genomen. Het scheidsgerecht neemt daarom het bedrag van € 157.736,08 (excl. BTW) per jaar als maatstaf voor de financiële afwikkeling over de periode juli 2016 – juli 2020.
- 7.81. [Leverancier] heeft derhalve in beginsel nog recht op betaling van (€157.736,08*4 =) € 630.944,32 (ex BTW). Daarop moet in mindering worden gebracht het bedrag van € 49.870,32 (ex BTW), dat reeds is toegekend voor de periode 21 juli 2016 – 1 januari 2017 (zie alinea 7.63), zodat € 581.074 (ex BTW) resteert.
- 7.82. Het scheidsgerecht tekent hierbij aan dat partijen niet hebben afgesproken dat [AFNEMER] in geval van beëindiging de volledige onderhoudsvergoeding dient te betalen over het restant van de onderhoudstermijn van zeven jaar, maar dat in dat geval een 'financiële afwikkeling' plaats vindt. Het scheidsgerecht brengt voorts in herinnering dat [Leverancier] zelf heeft gesteld dat niet ondenkbaar is dat er op dit bedrag enige afslag plaats vindt.
- 7.83. Bij de vaststelling van het in het kader van de financiële afwikkeling verschuldigde bedrag is het redelijk om, naar analogie met artikel 7:411 BW, rekening te houden met

besparingen van [Leverancier] die het gevolg zijn van de opzegging en met voordelen die [AFNEMER] daardoor heeft gehad, en moet voorts rekening worden gehouden met alle andere omstandigheden van het geval.

- 7.84. [AFNEMER] heeft er in dit verband op gewezen dat zij in de periode tot ingebruikname op 21 juli 2013 een bedrag van € 531.544,06 heeft betaald voor onderhoud aan opgeleverde (en in gebruik genomen) onderdelen van het automatiseringssysteem en gesteld dat dit bedrag meegenomen zou moeten worden bij het bepalen van de financiële afwikkeling.
- 7.85. Het scheidsgerecht is van oordeel dat de in deze periode betaalde onderhoudsvergoedingen niet kwalificeren als besparingen die het gevolg zijn van de beëindiging en dat er ook overigens geen reden is deze te betrekken in de bepaling van het nog door [AFNEMER] te betalen bedrag. Deze betalingen vinden hun grondslag in op basis van artikel 8.13 tussen partijen gemaakte afspraken over de onderhoudsvergoeding voor onderdelen van het automatiseringssysteem die in de periode 2008 – december 2012 zijn opgeleverd en door [AFNEMER] in gebruik genomen. Uitgangspunt voor de financiële afwikkeling op grond van artikel 25 lid 2, tweede alinea is echter de onderhoudsvergoeding die [Leverancier] zou ontvangen over een periode van 7 jaar, ingaande op de datum van bedrijfsklare oplevering, welke datum na bovenbedoelde periode is gelegen.
- 7.86. [AFNEMER] heeft in haar Akte na pleidooi voorts een groot aantal onderhoudswerkzaamheden opgesomd die [Leverancier] na opzegging niet meer hoefde te verrichten en gesteld dat dit aan de kant van [Leverancier] tot een aanzienlijke kostenbesparing heeft geleid en nog zal leiden. [Leverancier] heeft niet betwist dat zij deze werkzaamheden na opzegging niet meer hoefde te doen, maar heeft gesteld dat vermindering van onderhoudswerkzaamheden niet tot gevolg kan hebben dat [AFNEMER] geen vergoeding meer verschuldigd zou zijn. Zou dat anders zijn, dan zou de regeling van opzegging met financiële afwikkeling immers zinledig zijn. Daarbij heeft [Leverancier] er op gewezen dat de kostprijs van het onderhoud aanmerkelijk lager ligt dan de verkoopprijs van onderhoud.
- 7.87. Uit het over en weer gestelde leidt het scheidsgerecht af dat het niet langer hoeven verrichten van onderhoudsdiensten weliswaar leidt tot een besparing aan de kant van [Leverancier], maar dat deze minder is dan het voor onderhoud door [Leverancier] in rekening gebrachte bedrag. Geen van beide partijen heeft deze besparingen als gevolg van de opzegging gekwantificeerd.
- 7.88. Bij het bepalen van het bedrag van de financiële afwikkeling is voorts van belang dat [Leverancier] niet heeft gesteld en ook in zijn algemeenheid niet valt in te zien dat [AFNEMER] enig voordeel heeft gehad van de beëindiging, anders dan dat zij na 1 januari 2017 niet meer de (volledige) onderhoudsvergoeding hoefde te betalen. Voorts heeft [AFNEMER] onweersproken gesteld dat zij al vanaf begin 2016 geen gebruik meer maakte van vier onderdelen van de door [Leverancier] geleverde software. [Leverancier] heeft niet, althans onvoldoende betwist, dat het onderhoud aan deze onderdelen een groot deel van de onderhoudskosten vertegenwoordigde.

- 7.89. Bij deze stand van zaken acht het scheidsgerecht, alle omstandigheden in aanmerking genomen, het redelijk dat aan [Leverancier] in het kader van de financiële afwikkeling op grond van artikel 25 lid 2, tweede alinea van de overeenkomst over de periode 1 januari 2017 tot 21 juli 2020 een vergoeding wordt toegekend van 50% van het in alinea 7.81 genoemde bedrag van € 581.074, derhalve € **290.537** te vermeerderen met de verschuldigde BTW.

KOSTEN VAN ARBITRAGE EN JURIDISCHE BIJSTAND

- 7.90. De kosten van deze arbitrage worden vastgesteld op € **[BEDRAG]** (excl. BTW) welk bedrag als volgt is samengesteld:

Administratiekosten SGOA (excl. BTW)	€ [bedrag]
Honorarium en verschotten arbiters (excl. BTW)	€ [bedrag]
Zittingskosten/verschotten (excl. BTW)	€ [bedrag]
Totaal	€ [bedrag]

- 7.91. Partijen hebben de volgende kosten reeds voldaan aan de SGOA:

[Leverancier]:

Administratiekosten	€ [bedrag]
Depot honorarium (85uur)	€ [bedrag]
Voorschot verschotten	€ [bedrag]
Totaal	€ [bedrag]

[AFNEMER]: nihil.

De in alinea 7.91 vermelde kosten ad € [bedrag] (excl. BTW) zullen worden verrekend met de door [Leverancier] in depot gestorte bedragen ad € [bedrag] (excl. BTW). Gelet op het hetgeen hierna wordt overwogen ten aanzien van de kosten van de arbitrage, betekent dit dat SGOA aan [Leverancier] € [bedrag] (excl. BTW) zal terugbetalen.

- 7.92. De kosten van juridische bijstand van [Leverancier] bedragen volgens opgave, die als zodanig niet zijn bestreden door [AFNEMER] en lager zijn dan de door [AFNEMER] opgegeven kosten en het scheidsgerecht overigens noodzakelijk voorkomen, in totaal € **32.998,87 excl. BTW.**

SLOTSOM

Gelet op het vorenstaande komt het Scheidsgerecht tot de volgende uitspraak:

RECHTDOENDE ALS GOEDE PERSONEN NAAR BILLIJKHEID

1. Veroordeelt [AFNEMER] tot betaling aan [Leverancier] van:

a. een bedrag van € 49.870,32 plus verschuldigde BTW als onderhoudsvergoeding over de periode 21 juli 2016 tot 1 januari 2017, te vermeerderen met de wettelijke rente ex artikel 6:119a BW over (i) € 49.870,32 vanaf 21 augustus 2016 tot aan de dag der algehele voldoening en (ii) € 29.304,85 vanaf 21 augustus 2016 tot 4 juli 2017;

(36)

b. een bedrag van € 290.537 plus verschuldigde BTW;

c. de kosten van arbitrage van € [bedrag], plus BTW;

d. de kosten van juridische bijstand van [Leverancier] van € 32.998,87 plus verschuldigde BTW.

2. Wijst af het meer of anders gevorderde.

Aldus gewezen te Haarlem op 7 februari 2018,

Arbiter1

Arbiter 3

Arbiter 2
