

Arbitraal vonnis

In de zaak van:

[Afnemer],

gevestigd te [vestigingsplaats],

eiseres,

hierna: '[Afnemer]'

gemachtigden: mrs. [Advocaten Afnemer],

tegen

[Leverancier]

gevestigd en kantoorhoudende te [vestigingsplaats]

gedaagde,

hierna: '[Leverancier]'

gemachtigde: (aanvankelijk) mr. [Advocaten Leverancier]

hebben de arbiters,

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

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

[Arbiter 3], wonende te [Woonplaats].

het volgende arbitraal vonnis gewezen

1. De procedure

- 1.1 Op 6 november 2017 heeft [Afnemer] zich tot de Stichting Geschillenoplossing Automatisering ('SGOA') gewend teneinde een arbitrageprocedure tegen [Leverancier] aanhangig te maken (hierna: 'het Inleidend Verzoek'). Het verzoek bevatte één bijlage, te weten de Module Algemeen van de ICT-Office voorwaarden, versie 2009).
- 1.2 Bij brief van 21 november 2017 heeft [Leverancier] kort op het verzoek van [Afnemer] gereageerd (hierna: 'het Korte Antwoord').
- 1.3 Bij brief van 6 december 2017 heeft SGOA aan partijen bevestigd dat in overeenstemming met hun voorkeur tot arbiters zijn benoemd [Arbiter 1] en [Arbiter 2] en dat beide arbiters tot derde arbiter hebben benoemd [Arbiter 3].
- 1.4 Op 22 december heeft op initiatief van het scheidsgerecht een telefonisch regieoverleg met de raadslieden van partijen plaatsgevonden, waarbij planningsafspraken werden gemaakt.
- 1.5 Op 15 januari heeft [Afnemer] de Memorie van Eis ('MvE') ingediend. Deze Memorie bevat 29 Producties.
- 1.6 Bij akte van 18 januari 2018 heeft [Afnemer] haar vorderingen gewijzigd en een aanvullende productie in het geding gebracht (Productie 30).
- 1.7 [Leverancier] heeft op 26 februari 2018 haar Memorie van Antwoord/Memorie van Eis in reconventie ingediend ('MvA'). De MvA bevat 19 Producties.
- 1.8 Op 3 april 2018 heeft [Afnemer] haar Memorie van Antwoord ('MvAiR') in reconventie ingediend. Deze memorie bevat 12 Producties.
- 1.9 Op 18 mei 2018 heeft [Leverancier] bij akte de Producties 21 tot en met 23a aan het bureau van SGOA toegestuurd. Tegen deze akte heeft [Afnemer] wegens het late tijdstip van indiening op gelijke datum bezwaar aangetekend, waardoor deze ter Zitting niet zijn behandeld.
- 1.10 Naar aanleiding van vragen die het scheidsgerecht op 3 mei 2018 per e-mail aan partijen had gesteld, heeft [advocaat Leverancier] eveneens op 18 mei namens [Leverancier] met instemming van [Afnemer], een e-mail aan het bureau van SGOA toegestuurd. Deze e-mail bevat twee bijlagen namelijk een e-mail van [Afnemer] aan [Leverancier] d.d. 9 december 2016 bevattende een bijlage gedateerd 5 december 2016. Partijen zijn het erover eens dat genoemde bijlage bij die e-mail van 9 december de zgn. Prioriteitenlijst is waarnaar wordt verwezen in een door beide partijen ondertekend document d.d. 27 januari 2017. Voorts heeft [advocaat Leverancier] in deze e-mail van 18 mei 2018 namens beide partijen aangegeven dat ten aanzien van de Proof of Concept ('PoC') die in dit project heeft plaatsgevonden, partijen het standpunt delen dat er geen gemeenschappelijk rapport is opgemaakt van de bevindingen die tijdens de PoC zijn gedaan.
- 1.11 Op 22 mei 2018 vond in Nieuwegein de zitting plaats. Hierbij waren buiten de arbiters en mevrouw [secretaris] (collega [Arbiter 1]) aanwezig:
 - 1.11.1 Namens [Afnemer]:
 - [Mr P.], advocaat [Afnemer];

- [Dhr. M.], algemeen directeur [Afnemer], zelfstandig bevoegd [Afnemer] te vertegenwoordigen;
- [Dhr. E], financieel directeur [Afnemer] Groep;
- [Dhr.T.], zelfstandig adviseur;
- [De heer H.], IT-deskundige;
- [De heer V.], zelfstandig adviseur, destijds als projectmanager [FIRMA A] voor [Afnemer];

1.11.2 Namens [Leverancier]:

- [Mr. S.], advocaat;
- [Mr. J.];
- [De heer MP], aandeelhouder [Leverancier] en destijds ontwikkelaar in [Afnemer] traject;
- [De heer R.], aandeelhouder en voormalig directeur [Leverancier], gezamenlijk met [de heer L.] bevoegd [Leverancier] te vertegenwoordigen;
- [De heer D], consultant en werknemer [Leverancier];
- [De heer L.], algemeen directeur [Leverancier], gezamenlijk met [de heer R.] bevoegd [Leverancier] te vertegenwoordigen;

1.11.3 Tijdens de Zitting hebben beide partijen gebruik gemaakt van spreekantekeningen die aan het scheidsgerecht zijn overgelegd.

1.12 Na afloop van de Zitting heeft het scheidsgerecht [Afnemer] in staat gesteld op de akte de Producties 21 tot en met 23a, die [Leverancier] op 18 mei 2018 had ingestuurd, te reageren. Hierop hebben partijen het scheidsgerecht bericht dat [Leverancier] alleen Productie 21 handhaaft en heeft [Afnemer] het scheidsgerecht bericht dat zij geen specifieke opmerkingen had bij deze productie.

2. De bevoegdheid van arbiters, plaats van arbitrage

2.1 [Afnemer] heeft in het Inleidend Verzoek aangegeven dat op de overeenkomst tussen partijen in ieder geval het algemeen deel van de ICT~Office voorwaarden 2009 van toepassing is.

2.2 Art 16.2 van die voorwaarden (Module Algemeen) bepaalt het volgende:

“Geschillen welke tussen leverancier en cliënt mochten ontstaan naar aanleiding van een tussen leverancier en cliënt gesloten overeenkomst dan wel naar aanleiding van nadere overeenkomsten die daarvan het gevolg zijn, worden beslecht door middel van arbitrage overeenkomstig het Arbitragereglement van de Stichting Geschillenoplossing Automatisering, statutair gevestigd te Den Haag, één en ander onverminderd het recht van elk der partijen een voorziening in arbitraal kort geding te vragen en onverminderd het recht van elk der partijen tot het treffen van conservatoire rechtsmaatregelen (zie www.sgoa.org).”

- 2.3 [Afnemer] heeft aangegeven dat het scheidsgerecht op basis hiervan bevoegd is het onderhavige geschil te beslechten, welke stelling [Leverancier] in haar korte antwoord heeft bevestigd.
- 2.4 Bij Memorie van Antwoord in Reconventie heeft [Afnemer] gesteld dat – indien juist is dat partijen op 27 januari 2017 geheel nieuwe afspraken hebben gemaakt waardoor de eerder gesloten contracten niet meer van toepassing zouden zijn, hetgeen [Leverancier] naar haar mening aanvoert – het scheidsgerecht onbevoegd is kennis te nemen van alle vorderingen in conventie en reconventie. Tijdens de Zitting heeft [Leverancier] bij monde van haar advocaat [mr. S.] aangevoerd dat [Leverancier] die stelling niet inneemt en dat [Leverancier] niet stelt dat partijen op 27 januari 2017 de eerdere afspraken omtrent geschilbeslechting d.m.v. arbitrage hebben laten vervallen. Op deze uitlating van [Leverancier] heeft [Afnemer] niet meer gereageerd zodat het scheidsgerecht het ervoor houdt dat partijen niet zijn teruggekomen op hetgeen het scheidsgerecht hiervoor in § 2.3 omtrent zijn bevoegdheid heeft vastgesteld.
- 2.5 Artikel 16.2 van genoemde ICT~Office voorwaarden 2009 verklaart het Arbitragereglement van de SGOA van toepassing. Dit reglement is het Arbitragereglement van de SGOA , versie 2015 en wordt hierna ‘het Arbitragereglement’ genoemd.
- 2.6 Overeenkomstig artikel 10.1 van het Arbitragereglement bestaat het scheidsgerecht uit drie personen.
- 2.7 Benoeming van het scheidsgerecht heeft plaatsgevonden overeenkomstig het Arbitragereglement. Hierdoor is het scheidsgerecht bevoegd om over het geschil te oordelen. Arbiters hebben hun benoeming schriftelijk aanvaard.
- 2.8 Overeenkomstig artikel 4 van het Arbitragereglement is de plaats van arbitrage Haarlem. Op grond van artikel 5.5 van het Arbitragereglement wordt de arbitrage in de Nederlandse taal gevoerd. Conform artikel 28 van het Arbitragereglement beslist het scheidsgerecht als goede personen naar billijkheid.

3. De vaststaande feiten

- 3.1 Als enerzijds gesteld en anderzijds niet dan wel niet-voldoende betwist staat tussen partijen zowel in conventie als in reconventie het navolgende vast.
- 3.2 [Afnemer] maakt onderdeel uit van de [Afnemer]-groep. De [Afnemer]-groep kent een zevental werkmaatschappijen, waaronder [Afnemer] en [Afnemer MT] ¹. De [Afnemer]-groep biedt met twintig vestigingen in Nederland op flexibele basis diensten aan bij calamiteiten en in de facilitaire dienstverlening. In de producties bij de processtukken wordt [Afnemer] ook wel aangeduid als ‘DCD’.
- 3.3 [Leverancier] is softwareleverancier. Zij biedt het standaardsoftwarepakket [Leverancier] Service Management [("R")] aan. [R] kent standaardoplossingen voor het automatiseren van bepaalde dienstverleningsprocessen, bijvoorbeeld storingsregistratie, contractbeheer,

¹ tot één 1 januari 2017 geheten: [Afnemer] [J], afgekort ["J"].

planning, digitale werkbonden en rapportages. [R] is in operationeel gebruik bij ongeveer 150 organisaties.

- 3.4 Rond 2012 was bij [Afnemer] de wens ontstaan haar interne proces van opdrachtverlening tot en met betaling van diensten, inclusief de tijdsregistratie, digitaal vast te leggen. [Afnemer] heeft ter Zitting aangegeven dat zij na een selectieproces ervoor gekozen heeft gebruik te maken van het pakket ['P'] van de firma [A] en dat het aanvankelijk de bedoeling was dat de software van [A] in alle eisen en wensen van [Afnemer] op dit vlak, zou voorzien.
- 3.5 Gaande de invoering van de [P] software van [A] is het [Afnemer] gebleken dat 'planning, fieldmanagement en projectadministratie' niet met behulp van [P] kon worden gerealiseerd. Via [A] is zij toen in contact gekomen met [Leverancier], die één van haar gecertificeerde partners is.
- 3.6 Het contact tussen partijen is aangevangen met diverse verkennende gesprekken en interviews die [Leverancier] met medewerkers van [Afnemer] heeft gehouden. Tevens heeft een zogenoemde 'Proof of Concept' plaatsgevonden, waarvan echter geen gezamenlijk gedeelde verslaglegging heeft plaatsgevonden.
- 3.7 Dit alles heeft er onder meer toe geleid dat [Leverancier] per e-mail van donderdag 25 juli 2013 een 'opdrachtbevestiging en een 'bijbehorende' raamovereenkomst met betrekking tot de implementatie van [R] aan [Afnemer] heeft toegestuurd. Aan deze e-mail waren ook 'het standaard leveringsproces' en 'de geldende ICT~Office Voorwaarden toegevoegd'.²
- 3.8 Van 7 oktober 2013 dateert het document 'Opdrachtbevestiging [Leverancier] Services Management'³ (hierna: 'Opdracht 2013'). Dit document is door de heer [voorletters] [Afnemer], algemeen directeur van [Afnemer], ondertekend.
- 3.9 In de Opdracht 2013 wordt onder meer voorzien dat 'er een interface gemaakt zal worden tussen [Leverancier] Service Management en [A]'. Met ['A'] wordt bedoeld op het standaard softwarepakket ['P'] van de firma [A], dat [Afnemer] in de tweede helft van 2013 als ERP-pakket voor haar gehele groep heeft aangeschaft. Zij wenste [P] te gebruiken voor de HR en financiële administratie, de tijdsregistratie en de facturatie van de werkzaamheden van [Afnemer]. [Leverancier] zou de koppeling tussen beide pakketten [(P en R)] door middel van uitbreiding van een bestaande interface realiseren. Tijdens de Zitting heeft [Afnemer] aangegeven dat zij op dat moment⁴ alleen de HR functionaliteit van [P] gebruikte en voor de financiële functionaliteit nog steeds haar oude systemen benut. Tijdens de Zitting is eveneens gebleken dat Partijen het er over eens zijn dat bij de interface tussen [R] en [P], laatstgenoemd softwarepakket het leidende systeem is.
- 3.10 Op 31 juli 2014 heeft [Afnemer] schriftelijk een aanvullende opdracht aan [Leverancier] verstrekt voor een uitbreiding van de implementatie en het gebruik van 'een compleet

² Productie 3 [Leverancier].

³ Productie 1 [Afnemer].

⁴ D.w.z. mei 2018.

[Leverancier] Service Management systeem, als aanvulling op de initiële opdrachtbevestiging d.d. 7 oktober 2013', ('Opdracht 2014').⁵

- 3.11 Op 3 februari 2015 heeft [Afnemer] schriftelijk wederom een aanvullende opdracht aan [Leverancier] verstrekt⁶. Het opdrachtdocument ('Opdracht 2015') betrof zowel de voorwaarden voor het opstellen van een functioneel ontwerp als het functioneel ontwerp zelf. Ter Zitting hebben partijen als toelichting op de Opdracht 2015 aangegeven dat [R] als uitgangspunt heeft dat iedere persoon die van dit systeem gebruik maakt een eigen device (zoals een smartphone of PDA) heeft en dat [Afnemer] [R] ook wilde kunnen gebruiken voor functionarissen die voor andere medewerkers van [Afnemer] gegevens zouden invullen in [R], die dus geen eigen device zouden hebben.
- 3.12 Het geheel van Opdrachten zal hierna door het scheidsgerecht als 'de Overeenkomst' worden aangeduid. De activiteiten in het kader van de Overeenkomst worden in dit vonnis aangeduid als 'het Project'.
- 3.13 Oogmerk van het Project was voor [Afnemer] onder andere om [R] als een standaardapplicatie voor haar bedrijfsvoering te kunnen gebruiken en dus geen maatwerksoftware af te nemen. Afgesproken was dat [Leverancier] hiertoe [R] met diverse functionaliteiten zou verrijken, waarbij op voorhand duidelijk was dat niet alle eisen en wensen van [Afnemer] per se door [Leverancier] konden of zouden worden ingevuld. In dat verband vond er afstemming plaats tussen medewerkers van partijen, waarbij [de heer V.] door [Afnemer] was ingeschakeld om haar ([Afnemer]) over de kenmerken van [P] te adviseren.
- 3.14 Gedurende het Project heeft [Leverancier] diverse versies van [R] aan [Afnemer] opgeleverd. Als testmethode voor de opgeleverde software hanteerde [Afnemer] een werkwijze die zij 'een rondje maken' noemde. Hieronder verstond zij het doorlopen van haar werkprocessen vanaf het moment dat zij 'een project aanmaakte' tot het moment dat een project kon worden afgesloten. Hetgeen zij gedurende het rondje (hierna: 'het Rondje') aan bevindingen deed, rapporteerde zij aan [Leverancier].
- 3.15 Op 15 juni 2015 is [Afnemer MT] live gegaan met een versie van [R]. Tot 15 juli 2017 heeft [Afnemer MT] (versies) van [R] gebruikt.
- 3.16 Op 24 november 2015 heeft [Leverancier] aan [Afnemer] per e-mail een planning afgegeven voor het livegaan van [Afnemer]. Mevrouw [H] van [Afnemer] meldde in deze e-mail aan de heren [T] en [E] van [Afnemer] dat het testen van de productieomgeving van [R] op "25/27" november zou kunnen aanvangen⁷.
- 3.17 Eveneens op 24 november 2015 heeft [Afnemer] bij monde van [de heer T.] aan [Leverancier] bericht⁸ dat

⁵ Productie 4 [Leverancier].

⁶ Productie 5 [Leverancier].

⁷ Productie 6 [Leverancier].

⁸ E-mail van [de heer T.] aan mevrouw [H], onderdeel van Productie 6 van [Leverancier].

“Vanochtend in de stuurgroep [is] besloten om live-gang nog 1 maand uit te stellen.”

- 3.18 Tijdens de Zitting heeft [Afnemer]⁹ aangevoerd dat de functionaliteit van de versie van [R] die in december 2015 bestond, toereikend was voor ingebruikname daarvan bij [Afnemer] en dat problemen rond het inlezen van scripts, alsmede het vertrouwen in en ondersteuning van [Leverancier] de live-gang op dat moment hebben verhinderd.
- 3.19 [Leverancier] heeft op 24 november 2015 per e-mail aan [Afnemer] kenbaar gemaakt ‘geen belemmeringen te zien’ ten aanzien van de December live-gang¹⁰. [Leverancier] heeft uiteindelijk ingestemd met verplaatsing van de live-gang naar 4 januari 2016.¹¹
- 3.20 De live-gang per 4 januari 2016 heeft niet plaatsgevonden. Omdat [Afnemer] sinds eind december 2015 geen facturen van [Leverancier] meer betaalde, heeft [Leverancier] haar werkzaamheden vervolgens gestaakt, hetgeen zij per e-mail van 10 maart 2016 aan [Afnemer] heeft kenbaar gemaakt¹².
- 3.21 Partijen hebben in juni 2016 de firma [A] benaderd en verzocht te bemiddelen bij het ‘vlot trekken van het traject’¹³.
- 3.22 Mede door deze bemiddeling hebben partijen uiteindelijk afspraken gemaakt over de afronding van het Project.
- 3.22.1 Deze afspraken zijn vastgelegd in een brief van [Afnemer] aan [Leverancier] d.d. 27 januari 2017, welke door [Leverancier] voor akkoord is ondertekend (‘de Januari 2017-afspraken’).
- 3.22.2 Ten aanzien van de door [Leverancier] te leveren software wordt in de Januari 2017-afspraken gesteld:

“De standaard

Na ons gesprek over het volgen van de standaard het volgende.

Het is onze uitdrukkelijke wens om binnen de standaard te blijven. Een aparte [Afnemer] versie van de [Leverancier] software is geen optie. Wij begrepen uit ons gesprek dat [Leverancier] geen garantie kan en wil geven dat

nieuw te ontwikkelen functionaliteit per definitie in de standaard kan worden opgenomen. Wij begrijpen dat er geen garantie gegeven wordt, wij gaan er echter vanuit dat nieuwe functionaliteit in de standaard wordt opgenomen, tenzij er dringende redenen zijn om dat niet te doen. En dat uiteraard vooraf te bespreken.

• Tot op heden is aangegeven dat alles wat er tot nog toe is gemaakt voor [Afnemer], opgenomen is in de [Leverancier] standaard.

• Dat de nog te ontwikkelen functionaliteit, vastgelegd in de zogenaamde prioriteitenlijst, en die besproken is met Peter Jan en

⁹ Deels in afwijking van het gestelde in randnummer 2.24 van de MvE.

¹⁰ Productie 6 [Leverancier].

¹¹ Productie 6 [Afnemer].

¹² Productie 8 [Leverancier].

¹³ § 2.30 MvE.

Patrick, ook wordt opgenomen in de standaard. Jullie hebben aangegeven dit niet te kunnen garanderen. Wij stellen daarom voor om zo snel mogelijk na akkoord en 18 betaling nogmaals door deze functionaliteit heen te gaan en te bepalen of het wel of niet binnen de standaard past.

- De interface tussen [Leverancier] en de firma [A] is stabiel en betrouwbaar. Hierbij geldt dat [Leverancier] er vanzelf alles aan zal doen om de interfaces stabiel te krijgen/houden en dat dat ook in samenwerking met de firma [A] gebeurt.*
- Na het verwezenlijken van de wensen op de prioriteitenlijst, is naar onze verwachting, het aantal nieuwe wensen beperkt.*
- Als er al nieuwe wensen zijn, dan is het uitgangspunt dat de standaard [Leverancier] software leidend is.”*

3.22.3 Onderdeel van de Januari 2017-afspraken is voorts de volgende betalingsregeling:

- “• 50% nadat wij het eens zijn.
o Waarna [Leverancier] de testomgeving ter beschikking zal stellen. Dat is wat wij de 'december 2015' versie noemen. Inclusief wat ontwikkeld is voor blok1 en blok 2. Plus de scripts en de proefconversie.*
- 12,5% bij het opleveren van bovenstaande omgeving.*
- 12,5% na het testen van de omgeving.
o Waarna deze versie voor [AfnemerMT] in productie genomen wordt.*
- 25% na livegang van DCD”*

3.22.4 Naar aanleiding van de Januari 2017-afspraken heeft [Afnemer] de op bladzijde 3 genoemde termijn groot 50 procent (d.w.z. € 72.360,16) aan [Leverancier] voldaan. Verdere betalingen hebben niet plaatsgevonden.

3.23 [Afnemer] heeft tijdens de Zitting onweersproken opgemerkt dat waar in de Januari 2017-afspraken wordt gesproken over ‘alles wat er tot nog toe is gemaakt voor [Afnemer]’, bedoeld wordt op de functionaliteit van [R], die in de versie zat die [Leverancier] in december 2015 aan haar zou opleveren, met inbegrip van hetgeen sinds december 2015 ontwikkeld is ‘voor blok 1 en blok 2’. Dit geheel noemen partijen kortweg ‘de December 2015-versie’¹⁴.

3.24 Tijdens de Zitting is tevens duidelijk geworden dat het tussen partijen geen discussiepunt is dat [R] na het stilleggen van het Project is doorontwikkeld, waarbij [Leverancier] heeft aangevoerd dat in nieuwere versies van R geen verlies van functionaliteit heeft plaatsgevonden. [R] zou dus nog steeds aan de eisen die voor de December 2015-versie golden moeten kunnen voldoen. Wel kan het volgens [Leverancier] zo zijn dat na december 2015 functionaliteit van [R] op een andere manier in de nieuwere versies is verwerkt.

3.25 Per e-mail van 15 februari 2017 heeft [Leverancier] aan [Afnemer] een voorstel gedaan voor het ‘Opnieuw opstarten [R] implementatie’¹⁵.

¹⁴ In eerste instantie zou de functionaliteit voor blok 2 nog niet geleverd behoeven te worden (zie randnummer 2.34 MvE).

¹⁵ Productie 17 [Afnemer].

3.26 In haar brief van 13 april 2017 meldt [Leverancier] aan [Afnemer] onder andere het navolgende¹⁶:

“Wat [Leverancier] betreft zijn er geen grote barrières om 8 mei of 30 dagen na 8 mei te halen, maar wij gaan het ook niet garanderen. Dit zal mede ook afhankelijk zijn van hoelang [Afnemer] zelf alleen wenst te testen. [Leverancier] streeft ernaar om de gemelde items waarvan we gezamenlijk van mening zijn dat die opgelost dienen te worden dit in de komende 2 test sessies af te ronden en goed te laten keuren. Als [Afnemer] daarop groen licht zou geven, wordt 8 mei gehaald. Dat groene licht is er echter nog niet. De genoemde data zijn steeds streefdata of data om een indicatie te krijgen van wat mogelijk zou kunnen zijn, maar of die datum gehaald wordt is afhankelijk van omstandigheden die niet, althans niet volledig, bij [Leverancier] liggen. Hier in is [Leverancier] mede afhankelijk van [Afnemer]. Hoeveel tijd heeft [Afnemer] bijvoorbeeld dagelijks beschikbaar om te testen als alle gemelde punten zijn afgehandeld en hoeveel aandachtspunten worden er nog geformuleerd?

Overigens is er geen enkele reden om aan te nemen dat niet live zou kunnen worden gegaan met blok 1 zonder blok 2. In feite is blok 1 al een update en uitbreiding van datgene waar [Afnemer MT] nu ook al mee draait. Ik begrijp dat [Afnemer] graag een nog verdergaand geïntegreerd systeem draait, maar op zich kan de bedrijfsvoering uitstekend plaats vinden op de wijze zoals nu ook gebeurt.”

3.27 Uit de stuurgroep notulen van 12 mei 2017 blijkt dat [Afnemer] met de op dat moment door [Leverancier] aan haar geleverde software in beginsel ‘het rondje heeft kunnen doen’ en dat openstaande punten vanaf dat moment in het workflow management systeem ‘Trello’ zullen worden bijgehouden, voorzien van een kleuren code. Deze notulen melden hierover het volgende¹⁷:

“Marc¹⁸ geeft aan dat Nelleke het 'rondje' heeft kunnen doen. Nog niet alles 'de diepte' in kunnen doen. Wacht op een aantal aanpassingen. Waaronder; Roosters, facturatie, BTW facturen.

Vanaf vandaag is Trello het rapportage systeem voor openstaande punten. Is actueel en wordt zowel door [Leverancier] als [Afnemer] bijgehouden. Stand per 12/5:

44 punten opgelost

10, waarvan 3 Rood liggen bij [Afnemer] ter goedkeuring

5, waarvan 1 Rood, verzoek tot meer info.

2, waarvan 2 Rood, in behandeling

8, gemeld. 1 Rood (checklist documentatie niet vooraf ingevuld)

7 Oranje.

Rood = moet opgelost zijn om te kunnen testen

Oranje = moet opgelost zijn voor LIVE [Afnemer MT]

Blauw = verbeterpunt.”

¹⁶ Productie 14 [Afnemer].

¹⁷ Productie 19 [Afnemer].

¹⁸ scheidsgerecht: bedoeld wordt [de heer MB], medewerker van [Afnemer]

3.28 Bij brief van 15 juni 2017¹⁹ heeft [Afnemer] [Leverancier] in gebreke gesteld ('de ingebrekestelling') en gesommeerd voor 23 juni 2017

"alsnog na te komen en dus een door [Leverancier] geteste en voor [Afnemer MT] testbare versie op te leveren waarin de issues en de tekortkomingen als opgenomen in bijlage 1 zijn hersteld".

3.29 De ingebrekestelling bevat een bijlage waarop 22 issues worden vermeld, die in een zogenoemde 'Trello lijst' waren geplaatst en door partijen werden voorzien van de afgesproken kleurcode. Onder randnummer 2.46 van de MvE heeft [Afnemer] aangegeven dat het overzicht in de bijlage bij de ingebrekestelling 'gedetailleerd en volledig' was.

3.30 Door middel van haar brief van 19 juni 2017²⁰ aan [Afnemer] heeft [Leverancier] gemotiveerd betwist ingebreke te zijn. In een bijlage bij deze brief gaat [Leverancier] op deze issues in en stelt ten aanzien van een aantal issues dat deze hetzij op 14 juni 2017 reeds waren opgelost, hetzij voor 24 juni 2017 zullen worden opgelost. Met betrekking tot andere, door [Afnemer] genoemde issues merkt zij op dat deze hetzij als aanvullende wens kwalificeren, hetzij geen issue zijn.

3.31 [Afnemer] heeft op 22 juni 2017 in reactie op deze brief aangegeven 'niet schriftelijk te reageren' maar 'de levering af te wachten'²¹.

3.32 Bij brief van 11 juli 2017²² heeft [Afnemer] 'de overeenkomst met [R]' ontbonden. Op 13 juli 2017 heeft [Leverancier] in reactie op die brief de rechtsgeldigheid van die ontbinding schriftelijk betwist.²³

3.33 Partijen hebben voorafgaand aan de start van deze arbitrageprocedure een SGOA mediation procedure doorlopen teneinde te proberen tot een vergelijk te komen. Die mediaton procedure heeft niet tot overeenstemming tussen partijen geleid waarna [Afnemer] deze arbitrage heeft aangevangen.

4. De vorderingen in conventie en reconventie

4.1 In hoofdstuk 8 van de MvE verzoekt [Afnemer] het scheidsgerecht om bij arbitraal vonnis²⁴:

4.1.1 Primair:

1. Voor recht te verklaren dat de overeenkomst rechtsgeldig is ontbonden op 11 juli 2017, althans, als het scheidsgerecht zou oordelen dat dit niet het geval is, de overeenkomst alsnog ex artikel 6:267, tweede lid, BW te ontbinden met ingang van de datum van de uitspraak, althans een door het scheidsgerecht te bepalen tijdstip;

¹⁹ Productie 23 [Afnemer].

²⁰ Productie 24 [Afnemer].

²¹ Productie 12 [Leverancier].

²² Productie 26 [Afnemer].

²³ Productie 27 [Afnemer].

²⁴ Bij akte van 18 januari 2018 gewijzigd.

2. [Leverancier] te veroordelen tot terugbetaling van een bedrag ad € 595.676,44 (incl. BTW), althans een door het scheidsgerecht te bepalen bedrag, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 25 september 2017, althans [Leverancier] te veroordelen het betaalde bedrag van € 595.676,44 (incl. BTW), dan wel een door het scheidsgerecht in goede justitie te bepalen bedrag, als schadevergoeding te betalen aan [Afnemer];

4.1.2 Subsidiair:

3. voor het geval het scheidsgerecht onder het gevorderde sub 2 in het totaal minder toewijst dan het bedrag van € 595.676,44 (incl. BTW), [Leverancier] daarnaast te veroordelen tot betaling van het verschil als schade, op basis van onrechtmatige daad c.q. wanprestatie (te kort schieten zorgplicht);

4.1.3 Meer subsidiair:

4. voor het geval toewijzing van de hieronder geformuleerde vordering tot vernietiging wegens dwaling resulteert in een betalingsverplichting van [Leverancier] wegens onverschuldigde betaling voor een bedrag dat hoger is dan hetgeen onder sub 2 en sub 3 gezamenlijk wordt toegewezen, de overeenkomst, althans de afspraken van 27 januari 2017, te vernietigen wegens dwaling en [Leverancier] te veroordelen tot terugbetaling van een bedrag ad € 595.676,44 (incl. BTW), althans een door het scheidsgerecht te bepalen bedrag uit hoofde van onverschuldigde betaling;

4.1.4 Primair, subsidiair en meer subsidiair

5. Voor recht te verklaren dat de openstaande facturen ad € 130.099,22 (excl. BTW), althans voor een in goede justitie te bepalen bedrag, niet verschuldigd zijn;

6. [Leverancier] te veroordelen tot betaling van de (overige) schade van [Afnemer] ad € 948.731,42, dan wel een door u in goede justitie te bepalen bedrag;

7. [Leverancier] te veroordelen in de kosten van juridische bijstand, tot en met 15 januari 2018 begroot op € 39.395,30 (incl. BTW).

8. [Leverancier] te veroordelen tot vergoeding van de kosten van deze arbitrageprocedure en de mediation procedure.

4.2 In hoofdstuk 4 van de MvA verzoekt [Leverancier] het scheidsgerecht bij vonnis, voor zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad,

4.2.1 in conventie:

1. de vorderingen van [Afnemer] af te wijzen,

2. met bepaling dat [Leverancier] is bevrijd van al haar verbintenissen die eventueel nog uit de overeenkomst tussen partijen mochten voortvloeien en

3. met veroordeling van [Afnemer] in de kosten van de arbitrage en de kosten van juridische bijstand van [Leverancier] in conventie;

4.2.2 in reconventie:

4. [Afnemer] te veroordelen tot betaling aan [Leverancier] van

a. € 157.420,05 ten titel van nakoming, vermeerderd met de wettelijke handelsrente, ten aanzien van elke van de betrokken facturen te rekenen vanaf de dertigste dag na factuurdatum t/m de dag van voldoening;

b. € 131.061,93 ten titel van schadevergoeding, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 1 1 juli 2017, althans vanaf de dag van indiening van deze memorie;

5. met veroordeling van [Afnemer] in de kosten van de arbitrage en in de kosten van juridische bijstand van [Leverancier] in reconventie.

4.3 In haar MvAiR concludeert [Afnemer] dat het scheidsgerecht de reconventionele vorderingen van [Leverancier] dient af te wijzen, handhaaft zij haar vorderingen in conventie , “met veroordeling van [Leverancier] tot vergoeding van de kosten van deze arbitrageprocedure en de mediation procedure.”

5. [Afnemer]’ onderbouwing van haar vorderingen

5.1 In de MvE heeft [Afnemer] haar vorderingen primair onderbouwd met de stelling dat [Leverancier] toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van haar verplichtingen waardoor [Afnemer] gerechtigd was de Overeenkomst te ontbinden.

5.2 [Afnemer] stelt allereerst dat voorafgaand aan de Januari 2017-afspraken de oplevering van [R] ‘niet soepel’ is gegaan, waardoor de leverdata herhaaldelijk moesten worden verschoven. [Leverancier] bleek onder meer de scripts (bijvoorbeeld voor afsluiten van projecten, vullen van de inkoopkosten en bijwerken van de spaaruren) nog niet gereed te hebben (deze moesten gedaan worden door [Afnemer] in de database van [Leverancier]), en voorbereidingen voor de conversie en functionaliteit nog niet te hebben voltooid. De leverdatum is vele malen verschoven, en als gevolg daarvan ook de datum van de live-gang. Nadat een live-gang eind 2014 niet realistisch bleek, hebben partijen 18 mei 2015 als datum afgesproken waarop [R] live zou gaan. Deze datum moest steeds weer worden verschoven omdat [R] bij oplevering gebreken vertoonde die aan operationele ingebruikname in de weg stonden en niet gereed bleek. Uiteindelijk werd 30 november afgesproken als 3e livedatum van 2015.

5.3 Door gebreken en tekortkomingen in [R] was [Afnemer] niet in staat om het Rondje te voltooien, laat staan om de functionaliteit in detail te testen. [Afnemer] heeft haar klachten over het functioneren van de opgeleverde versies van [R] steeds aan [Leverancier] kenbaar gemaakt. Bij oplevering bleek steeds weer dat eerder gemelde gebreken niet waren opgelost in de nieuwe versie. In nieuwe versies van [R] kwamen zelfs gebreken terug die in eerdere versies waren opgelost.

5.4 Toen een live-poging op 18 mei 2015 was gestrand, hebben partijen besloten om parallel aan het oplossen van de gebreken en tekortkomingen op 15 juni 2015 alvast live te gaan met [R] bij [Afnemer MT] omdat deze de functionaliteit van de software maar beperkt zou gebruiken.

5.5 Nadat de 3e live-poging op 30 november 2015 was mislukt, heeft [Afnemer] besloten de live-gang naar 4 januari 2016 te verplaatsen. Deze live-gang werd door de projectleider van [Leverancier], de heer [de G.], eind december 2015 namelijk ontraden. [R] zou functioneel nog niet werken. Ook zou de overeengekomen analyse- en rapportagefunctionaliteit nog niet

gereed zijn, zouden de scripts niet werken en gedocumenteerd zijn en zou de conversie mislukt zijn. Deze observatie werd onderschreven door de heer [de W.], algemeen directeur van [Leverancier]. [Afnemer] heeft de live-gang hierdoor uitgesteld.

- 5.6 Door de voortdurende problemen heeft [Afnemer] betaling van de facturen van [Leverancier] gestaakt. In reactie daarop is [Leverancier] in maart 2016 met haar werkzaamheden gestopt in afwachting van betaling. Om uit de ontstane impasse te komen, hebben partijen [A] in juni 2016 verzocht om als mediator op te treden. Mede door deze bemiddeling zijn de Januari 2017-afspraken tot stand gekomen.
- 5.7 Onderdeel van de Januari 2017-afspraken vormde dat [Leverancier] een voor [Afnemer] testbare versie van de December 2015-versie zou opleveren, waarbij [Afnemer] er uiteindelijk mee akkoord is gegaan dat het ontbreken van de functionaliteit die ontwikkeld zou worden voor blok 2 niet aan de live-gang bij [Afnemer MT] in de weg zou staan. Deze was echter wel nodig voor uiteindelijke de live-gang bij DCD.
- 5.8 Nadat de eerste bevindingen teleurstellend waren hebben partijen afgesproken dat [Leverancier] op 14 juni 2017 een testbare versie van [R] aan [Afnemer] zou opleveren waarin ook de items die als rood (en paars) in Trello werden gerapporteerd verholpen zouden zijn. De items die in Trello als oranje waren gelabeld, moesten voor de live-gang bij [AFNEMER MT] zijn opgelost.
- 5.9 De versie die [Leverancier] 14 juni 2017 opleverde bleek niet testbaar. De aanwezige, in Trello als rood aangemerkte blocking issues maakten het voor [Afnemer] onmogelijk om het Rondje te doen. Hierdoor kon niet worden vastgesteld of R werkte en of de issues van de oorspronkelijke issuelijst waren verholpen.
- 5.10 Dit vormde voor [Afnemer] aanleiding om per brief van 15 juni 2017 [Leverancier] in gebreke te stellen. In de ingebrekestelling heeft [Afnemer] een gedetailleerd en volledig overzicht van de voor 14 juni om 16.00 uur geconstateerde blocking issues en tekortkomingen in de opgeleverde decemberversie opgenomen. De ingebrekestelling gaf [Leverancier] tot uiterlijk 23 juni 2017 de tijd om een testbare versie op te leveren. Als uitgangspunt voor het in de ingebrekestelling opgenomen overzicht heeft [Afnemer] de openstaande gebreken en tekortkomingen in Trello genomen die als paars en rood waren aangemerkt.
- 5.11 In reactie op de ingebrekestelling heeft [Leverancier] op 22 juni 2017 een nieuwe versie van [R] geleverd. Deze bleek wederom niet testbaar. De software bevatte veel fouten die er aan in de weg stonden om verder te testen, waaronder ook fouten die in de ingebrekestelling waren genoemd en waarover consensus bestond. De nog aanwezige gebreken hadden onder meer tot gevolg dat er nog steeds verschillen bleken te ontstaan tussen de gegevens in [R] en de gegevens in [P], waardoor facturatie niet mogelijk was. Ook kwamen gebreken die in een eerdere versie hersteld leken weer terug. Door de nieuwe problemen die bij het testen van de decemberversie boven water kwamen, is [Afnemer] niet in de gelegenheid geweest om te testen of de voorheen geconstateerde (ernstige) problemen met [R], vermeld op die issuelijst, door [Leverancier] waren opgelost. Het Rondje kon niet worden gemaakt, althans niet voldoende diep.

- 5.12 Bij brief van 11 juli 2017 heeft [Afnemer] de Overeenkomst ontbonden. [Afnemer] heeft [de heer H.] RI BI als onafhankelijke deskundige gevraagd om te beoordelen of de laatste aan [Afnemer] geleverde versie van [R] gebreken bevat en inzetbaar is bij [Afnemer]. De conclusies van [de heer H.] laten geen ruimte voor twijfel dat de op 22 juni 2017 opgeleverde versie van [R] inderdaad gebreken bevat en als gevolg daarvan niet inzetbaar is.
- 5.13 De ontbinding van de Overeenkomst is volgens [Afnemer] gegrond. Meer in het bijzonder heeft [Afnemer] hierover gesteld:

“4.4. Partijen zijn overeengekomen dat een door [Afnemer] testbare versie van [R] uiterlijk 14 juni 2017 zou worden opgeleverd (Productie 21). Het spreekt voor zich dat dit een wezenlijke verplichting is. Aan die plicht heeft [Leverancier] niet voldaan, waarna [Afnemer] [Leverancier] heeft gesommeerd alsnog een testbaar systeem te leveren, uiterlijk op 23 juni 2017. Daarbij heeft [Afnemer] de issues die zij heeft kunnen constateren zo gedetailleerd mogelijk aan [Leverancier] medegedeeld. [Leverancier] is er vervolgens niet in geslaagd om binnen deze redelijke (en door [Leverancier] bevestigde) termijn een testbaar systeem te leveren. Het op 22 juni 2017 geleverde, aangepaste Systeem bevatte nog steeds veel blocking issues, waardoor testen niet mogelijk was. Daarmee is [Leverancier] in verzuim geraakt.

4.5. Overigens is dit in lijn met art. 10.2 van de Voorwaarden, dat bepaalt dat leverancier bij een termijnoverschrijding in verzuim raakt indien hij door cliënt in gebreke is gesteld. 4.6. Deze issues en tekortkomingen waren bovendien van dien aard, dat ingebruikname van de opgeleverde versie van [R] de bedrijfsvoering van [Afnemer] in gevaar zou kunnen brengen. Het op 22 juni jl. opgeleverde Systeem voldoet bijvoorbeeld niet aan de voor ieder systeem geldende eis van de integriteit van de gegevensverzamelingen (Productie 25).”

- 5.14 Het scheidsgerecht begrijpt dat [Afnemer] met ‘de voor ieder systeem geldende eis van de integriteit van de gegevensverzamelingen’ doelt op het correct functioneren van de door [Leverancier] te leveren interface tussen [R] en [P], hetgeen zij door [de heer H.] heeft laten beoordelen.
- 5.15 Subsidiar heeft [Afnemer] haar vorderingen gebaseerd op de stelling dat [Leverancier] haar zorgplicht heeft geschonden en meer subsidiar beroept [Afnemer] zich op ‘dwaling’.
- 5.16 Ten aanzien van de op de Overeenkomst van toepassing zijnde ICT~Office voorwaarden neemt [Afnemer] het standpunt in dat alleen de Module Algemeen daarvan van toepassing is en dat aan de als concept door [Leverancier] opgestuurde Raamovereenkomst geen waarde toekomt aangezien deze evenmin onderdeel vormt van de Overeenkomst.

6. [Leverancier]s verweer tegen de vorderingen van [Afnemer]

- 6.1 Allereerst stelt [Leverancier] dat vanaf de eerste contacten tussen partijen en gedurende het Project [Afnemer] zich er steeds van bewust is geweest dat [R] een standaardpakket is dat mogelijk niet geheel aansloot bij de eisen en wensen die [Afnemer] stelde aan de oplossing. Sterker nog: het was juist de wens van [Afnemer] om met standaardsoftware te werken (en dus niet met maatwerk). Dit uitgangspunt heeft [Afnemer] in de praktijk echter niet willen respecteren.

- 6.2 Gedurende het Project is er weliswaar sprake geweest van vertragingen maar deze werden vooral veroorzaakt doordat [Afnemer] [R] voortdurend benaderde als programmatuur die in alle opzichten aan de (voortdurend veranderende en uitdijende) wensen van [Afnemer] moest voldoen in plaats van als standaardprogrammatuur van [Leverancier] met een aantal specifieke aanpassingen die zouden worden opgenomen in (toekomstige releases van) de [R]-standaard. Daarbij kwam dat [Afnemer] een en andermaal op eigen initiatief de geplande live-gang bij DCD heeft afgeblazen. Dit is ook voor de live-gang per 4 januari 2016 het geval geweest.
- 6.3 Wat hiervan zij: voorop staat dat partijen d.m.v. de Januari-2017 afspraken hernieuwde afspraken hebben gemaakt over de oplevering van [R] en over de norm die voor de beoordeling daarvan zou worden gehanteerd. Ter uitvoering daarvan heeft oplevering plaatsgehad op 14 juni 2017, waarna [Afnemer] [R] heeft getest en haar testbevindingen (die overigens zeer beperkt in aantal waren) in de vorm van een ingebrekestelling aan [Leverancier] heeft meegedeeld. Het zijn uitsluitend die bevindingen na de oplevering en acceptatietest van 14 juni 2017, getoetst aan de hernieuwde afspraak van januari 2017, die van belang zijn voor de juridische beoordeling van de verwijten van [Afnemer] in deze procedure.
- 6.4 De versie van [R] die in 2015 bij [Afnemer MT] is geïnstalleerd en sinds juni 2015 ruim twee jaar operationeel gebruikt, is exact hetzelfde systeem en heeft exact dezelfde procedures als was overeengekomen voor [Afnemer] als geheel.
- 6.5 Art. 5.6, laatste volzin van Module I van de toepasselijke ICT -Office Voorwaarden bepaalt:

"In afwijking hiervan zal de programmatuur, indien cliënt daarvan voor het moment van een uitdrukkelijke acceptatie enig gebruik voor productieve of operationele doeleinden maakt, gelden als volledig geaccepteerd vanaf de aanvang van dat gebruik."

Dit betekent dat [Afnemer] [R] reeds heeft geaccepteerd waardoor in deze procedure alle klachten van [Afnemer] over [R] moeten worden verworpen.

- 6.6 De Januari 2017-afspraken houden in dat [Afnemer] uitdrukkelijk accepteerde en erkende dat zij een standaardproduct had gekocht en dat dit betekende dat [Afnemer] geen aanspraak kon maken op het realiseren of implementeren van door [Afnemer] gewenste functionaliteit of andere eigenschappen van de programmatuur als die niet aanwezig waren dan wel konden worden ingepast in de standaard [R]-programmatuur.
- 6.7 Partijen hebben in het kader van de Januari 2017-afspraken afgesproken dat dat [Leverancier] op 14 juni 2017 de versie (release) van [R] zou opleveren die aan beide partijen bekend was en door hen steeds is aangeduid als de 'december-release', waarin de in Trello als rood gemarkeerde issues zouden zijn opgelost.
- 6.8 In haar ingebrekestelling heeft [Afnemer] als een soort testverslag issues, die zij gebreken noemt, aan [Leverancier] gemeld. Per brief van 19 juni 2017 heeft [Leverancier] gedetailleerd op de ingebrekestelling van [Afnemer] gereageerd. Hierin heeft zij ook toegezegd de wel relevante gebreken voor 23 juni 2017 op te lossen, hetgeen zij heeft gedaan. Andere dan de op 14 juni 2017 door [Afnemer] gemelde issues zijn in deze kwestie niet van belang nu art. 11.1 van de ICT~Office Voorwaarden Module Algemeen ten aanzien van een ingebrekestelling vereist dat issues zo gedetailleerd mogelijk worden gemeld.

- 6.9 Nadat [Afnemer] de versie die [Leverancier] op 22 juni had geleverd, had getest resteerde 'hooguit een handje vol geringe punten'. Er is geen sprake van een tekortkoming in de nakoming van "wezenlijke verplichtingen" in de zin van artikel 11.1 van de ICT~Office Voorwaarden Module Algemeen. Bovendien heeft [Afnemer] in strijd met artikel 5.7 van Module 1 van de ICT~Office Voorwaarden gehandeld door [Leverancier] niet schriftelijk en gedetailleerd over de fouten te informeren.
- 6.10 Als [Afnemer] stelt dat de op 14 en/of 22 juni 2017 geleverde versies niet testbaar waren, wordt dit weersproken door de correspondentie van [Afnemer] zelf die zich beroept op haar testresultaten.
- 6.11 [Afnemer] heeft in juni/juli 2017 op oneigenlijke gronden acceptatie van in ieder geval hetgeen door [Leverancier] op 22 juni 2017 is geleverd, onthouden. Als er nog sprake was van issues betroffen dit onderwerpen die op grond van artikel 5.8 Module 1 van de ICT~Office Voorwaarden geen reden zijn voor afkeuring.
- 6.12 Ten aanzien van de integriteit in de gegevensuitwisseling tussen [R] en [P], stelt [Leverancier] dat zij een goed werkende interface heeft geleverd. [Afnemer] miskent echter volgens [Leverancier] dat ook het bestaan van een interface tussen twee applicaties niet wegneemt dat er altijd gebruikershandelingen kunnen zijn die, ondanks het goed werken van de interface, tot gevolg hebben dat toch geen identieke gegevens bestaan 'aan weerszijden' van de interface. Dergelijke discrepanties zijn onvermijdelijk - althans niet op te lossen met een interface - wanneer de gebruikers van beide applicaties niet tevens bepaalde gebruiksinstructies in acht nemen. Dit laatste heeft [Afnemer] niet gedaan.
- 6.13 Nu [Afnemer] de overeenkomst ten onrechte heeft ontbonden heeft [Leverancier] aanspraak op betaling van hetgeen zij in reconventie van [Afnemer] vordert.
- 6.14 Ten aanzien van de op de Overeenkomst van toepassing zijnde ICT~Office voorwaarden neemt [Leverancier] het standpunt in dat alle Modules daarvan, voor zover relevant, van toepassing zijn.
- 6.15 Met betrekking tot de schade die [Afnemer] vordert merkt [Leverancier] op dat deze onvoldoende onderbouwd is en geheel of althans gedeeltelijk afstuit op het bepaalde in de ICT~Office voorwaarden.

7. Het verweer van [Afnemer] tegen de vorderingen van [Leverancier] in reconventie

- 7.1 [Afnemer] weersprekt dat haar rechten terzake van gebreken in [R] zouden zijn vervallen doordat zij in juni 2015 bij [Afnemer MT] [R] in gebruik heeft genomen. Partijen hebben nimmer beoogd dat deze ingebruikname acceptatie van [R] zou inhouden, hetgeen alleen al blijkt uit het feit dat er na juni 2015 verder is ontwikkeld aan RMS en partijen de Januari 2017-afspraken hebben gemaakt.
- 7.2 De ingebrekestelling van 15 juni 2015 voldoet aan de in de ICT~Office genoemde eisen. Er was namelijk sprake van wezenlijke verplichtingen waarin [Leverancier] tekort was geschoten.
- 7.3 Voor het overige handhaaft [Afnemer] met nadere onderbouwing haar stellingen, die tevens als verweer in reconventie hebben te gelden.

8. De beoordeling

8.1 Het scheidsgerecht zal de vorderingen in conventie en in reconventie gelijktijdig bespreken en behandelen gezien de samenhang tussen de grondslagen van die vorderingen. Zowel in conventie als in reconventie is namelijk bepalend of [Afnemer] de Overeenkomst terecht heeft ontbonden.

9. De op de Overeenkomst toepasselijke ICT~Office voorwaarden

9.1 Tussen partijen staat vast dat de Opdracht 2013 het eerste geformaliseerde contract document is in dit project. Het document is namelijk getiteld: 'Opdrachtbevestiging [Leverancier] Service Management [Afnemer]' en is door laatstgenoemde rechtsgeldig ondertekend.

9.2 In § 10 op blz. 26 van de Opdracht 2013 wordt het navolgende vermeld:

"10 ONDERTEKENING OPDRACHTBEVESTIGING

Met ondertekening van deze opdrachtbevestiging gaat de Opdrachtgever akkoord met de beschreven opdracht. U gaat eveneens akkoord met de bepalingen van de Raamovereenkomst en de Algemene Voorwaarden (modules ICT~Office, januari 2009), die ondeelbaar met dit contract verbonden zijn. De Opdrachtgever verklaart kennis te hebben genomen van deze voorwaarden en verklaart dat deze exclusief van toepassing zijn op deze overeenkomst."

9.3 [Afnemer] heeft niet bestreden dat [Leverancier] per e-mail van 25 juli 2013 de door laatstgenoemde als producties 1 en 2 overgelegde raamovereenkomst en 'de geldende ICT~Office Voorwaarden' aan [Afnemer] heeft toegestuurd en dat deze (versies van de) raamovereenkomst en ICT~Office Voorwaarden in § 10 van de Opdracht 2013 worden bedoeld.

9.4 In § 3 van de Opdracht 2014 wordt vermeld dat

"Deze opdracht valt onder de getekende opdrachtbevestiging van 8 oktober 2013."

9.5 Het scheidsgerecht neemt aan dat hiermee ook op § 10 van de Opdracht 2013 wordt bedoeld, zodat de in die paragraaf genoemde voorwaarden tevens op deze aanvullende opdracht van toepassing zijn.

9.6 In § 8 van de Opdracht 2015 wordt vermeld dat

"Opdrachtgever gaat eveneens akkoord met de bepalingen van de Raamovereenkomst en de Algemene Voorwaarden (Nederland ICT Voorwaarden 2014), die ondeelbaar met dit contract verbonden zijn. Opdrachtgever verklaart kennis te hebben genomen van deze voorwaarden en verklaart dat deze exclusief van toepassing zijn op deze overeenkomst."

9.7 De Opdracht 2015 is niet door [Afnemer] ondertekend maar [Afnemer] heeft in deze procedure niet betwist dat zij de bepalingen van die Opdrachtbevestiging heeft aanvaard.

- 9.8 In de Opdracht 2013 en de Opdracht 2014 wordt verwezen naar de door [Leverancier] overgelegde raamovereenkomst en de ICT~Office Voorwaarden, versie 2009 op de overeenkomst(en). Deze worden op de door [Leverancier] te verrichten werkzaamheden van toepassing verklaard. [Afnemer] heeft deze twee Opdrachten door ondertekening bevestigd. Op grond hiervan stelt het scheidsgerecht vast dat zowel de door [Leverancier] overgelegde raamovereenkomst als de ICT~Office Voorwaarden, versie 2009 op de Opdracht 2013 en Opdracht 2014 van toepassing zijn.
- 9.9 In de Opdracht 2013 wordt gesproken over de Algemene Voorwaarden (modules²⁵ ICT~Office, januari 2009). Op grond van deze meervoudsvorm moet aangenomen worden dat alle modules die onderdeel uitmaken van de 'ICT~Office voorwaarden versie januari 2009' op de Opdrachten 2013 en 2014 van toepassing zijn.
- 9.10 Blijkens het bepaalde in de Opdracht 2015 zijn de voorwaarden van de Raamovereenkomst eveneens op die opdracht van toepassing. Aan het feit dat § 8 van die Opdracht verwijst naar "de Algemene Voorwaarden (Nederland ICT Voorwaarden 2014)" heeft in deze procedure geen van partijen gevolgen verbonden.
- 9.11 Nu geen van partijen heeft betoogd dat hun juridische relatie door andere opdrachten dan de Opdrachten 2013, 2014 en 2015 wordt beheerst en hun discussie gaat over de vraag of naast het algemeen deel ook de overige modules van de 'ICT~Office voorwaarden van toepassing zijn, neemt het scheidsgerecht aan dat de Raamovereenkomst en alle modules van de 'ICT~Office voorwaarden'(januari 2009)' op de Overeenkomst van toepassing zijn.
- 9.12 Weliswaar heeft [Leverancier] gesteld dat de Januari 2017-afspraken een 'herstartovereenkomst' was, maar zij heeft niet gesteld dat daardoor 'ICT~Office voorwaarden'(januari 2009)' hun gelding verloren. Ook [Afnemer] heeft dat niet gesteld.
- 9.13 Tenslotte constateert het scheidsgerecht dat [Leverancier] zich in dit geding in het geheel niet op enige bepaling van de Raamovereenkomst heeft beroepen en dat de door haar als productie 1 overgelegde versie niet is voorzien van specifieke gegevens betreffende dit project. Als gevolg hiervan zal het scheidsgerecht alleen betekenis toekennen aan de relevante modules ICT~Office voorwaarden, voor zover [Leverancier] daarop een beroep heeft gedaan. Artikel 1.6 van de Raamovereenkomst verwijst overigens ook naar de 'ICT~Office voorwaarden' (januari 2009)'.

10. Heeft [Afnemer] [R] geaccepteerd?

- 10.1 [Leverancier] heeft gesteld dat [Afnemer] [R] heeft geaccepteerd doordat zij in juni 2015 deze software bij [Afnemer MT] in gebruik heeft genomen. Artikel 5.6, laatste volzin van Module I van de toepasselijke ICT -Office Voorwaarden bepaalt dat in afwijking van de in dat artikellid beschreven testprocedure 'de programmatuur' geldt als geaccepteerd "indien cliënt daarvan vóór het moment van een uitdrukkelijke acceptatie enig gebruik voor productieve of operationele doeleinden maakt". Dit laatste is volgens [Leverancier] het geval. [Afnemer] heeft deze uitleg, althans de gevolgen daarvan voor haar rechten, bestreden.

²⁵ Onderstreping en bold toegevoegd door het scheidsgerecht.

- 10.2 Het scheidsgerecht is met [Afnemer] van mening dat ingebruikneming van [R] bij [Afnemer MT] niet betekent dat [Afnemer] latere versies niet meer zou kunnen of mogen testen en aan de status van die versies geen juridische gevolgen meer zou mogen verbinden.
- 10.3 Uit de processtukken is voldoende duidelijk geworden dat partijen deze vorm van gebruik van [R] door [Afnemer MT] als een praktische aangelegenheid hebben gezien en dat beide partijen zich ervan bewust waren dat de levering van [R] aan [Afnemer] daarmee niet was voltooid. Na die ingebruikname in juni 2015 is het Project immers voortgezet en is [Leverancier] mede ten behoeve van [Afnemer] [R] blijven doorontwikkelen. Onderdeel van de Januari 2017-afspraken was bovendien juist dat [Afnemer] [R] zou gaan testen en haar bevindingen aan [Afnemer] zou rapporteren. Een dergelijke afspraak staat haaks op de stelling van [Leverancier] in dit geding dat [Afnemer] [R] al had geaccepteerd en haar rechten terzake van gebreken had verspeeld.
- 10.4 Deze stelling van [Leverancier] wordt dan ook verworpen.

11. Status van de Januari 2017-afspraken

- 11.1 [Leverancier] heeft het standpunt ingenomen dat deze het karakter hebben van ‘hernieuwde afspraken’.
- 11.2 In § 2.22 en 2.23 van de MvA stelt zij hierover:

“.. Het zijn uitsluitend die bevindingen na de oplevering en acceptatietest van 14 juni 2017, getoetst aan de hernieuwde afspraak van januari 2017, die van belang zijn voor de juridische beoordeling van de verwijten van [Afnemer] in deze procedure.

2.23 Al hetgeen [Afnemer] te berde brengt over de periode voor de hernieuwde afspraak van januari is dus niet alleen feitelijk onjuist, maar ook irrelevant voor de beslissing van deze zaak.”²⁶

- 11.3 [Afnemer] heeft dit gemotiveerd betwist.
- 11.4 Tijdens de Zitting heeft [Leverancier] desgevraagd opgemerkt dat ook wat haar betreft de Januari 2017-afspraken niet inhouden dat het voordien geldende contractuele kader geen gelding meer zou hebben, waardoor bijvoorbeeld ook de ICT~Office voorwaarden, die niet in de brief van 27 januari 2017 worden genoemd, niet meer van toepassing zouden zijn.
- 11.5 Het scheidsgerecht merkt hierover het navolgende op.
- 11.6 Tussen partijen is niet in geding dat [Afnemer] van meet af aan met standaardsoftware wilde werken en dat het evenmin de bedoeling van [Leverancier] was maatwerksoftware aan [Afnemer] te leveren. Omdat [Leverancier] [R] echter ook op basis van dit Project met functionaliteit wilde ‘verrijken’ heeft zij zich opengesteld voor eisen en wensen van [Afnemer]. Deels heeft zich dat in aanvullende opdrachten vertaald, maar deels heeft het er ook toe geleid dat niet duidelijk was of en hoe [R] bij [Afnemer] zou moeten functioneren.
- 11.7 Het scheidsgerecht stelt vast dat de gekozen vorm van projectorganisatie evenmin helder was. Dit is geen aangelegenheid die alleen [Leverancier] valt te verwijten. Van [Afnemer] als grote(re) organisatie mocht ook worden verwacht dat zij wist, althans had moeten weten, wat

²⁶ Randnummer 2.22 en 2.23 MvA, zie ook 2.40 MvA.

er bij een Project als dit qua organisatie komt kijken. Niet alleen was zij immers al doende met het invoeren van [P], maar tevens had zij in het Project externe expertise bijgeschakeld, zoals in de persoon van de heer Verberne. Van beide partijen mocht dus worden verwacht dat zij dit Project adequaat organiseerden.

- 11.8 Uit de brief van [Leverancier] aan [Afnemer] d.d. 8 januari 2016 (Productie 7 MvA) blijkt dat [Leverancier] destijds het standpunt innam dat

“In de periode van 29 tot en met 31 december²⁷ voorbereidende werkzaamheden [zijn] verricht ten behoeve van de live gang op 4 januari 2016. De eerst te nemen stap hierbij was het dupliceren van de applicatie vanuit de acceptatie/test omgeving naar de live omgeving. Aansluitend hierop is gestart met bestandsconversie, upload en inrichting. Voordat deze activiteiten afgerond waren, heeft [Afnemer] op 30 december besloten de livegang uit te stellen.”

- 11.9 Deze brief laat zien dat [Leverancier] destijds diverse maatregelen voorstelde om de bestaande werkwijze te verbeteren, hetgeen ook een invulling van haar zorgplicht vormt. Zo schrijft [Leverancier] o.a. het navolgende

“De lopende acties, de terugkoppeling daarvan binnen de stuurgroep en de in deze brief aangegeven vervolgtrajecten vormen samen een integraal onderdeel van onze visie op het voorkomen van toekomstige teleurstellingen en het herwinnen van acceptatie binnen de gebruikersgroep van [Afnemer]. Indien wensen en/of aanvullingen vanuit uw organisatie mochten ontbreken in onze weergave, zullen wij daarover graag met u overleggen. Voor dit moment vertrouwen wij er op u met deze brief overeenkomstig onze afspraak geïnformeerd te hebben.”

- 11.10 Tevens constateert het scheidsgerecht dat [Afnemer] na het afblazen van de live-gang in januari 2016 geen opvolging heeft gegeven aan de verbetervoorstellen die [Leverancier] bij brief van 8 januari 2016 heeft gedaan.²⁸ Daarmee heeft [Afnemer] een kans laten lopen om het Project in die fase alsnog tot een goed eind te laten komen. Dat [Afnemer] in die periode grond had facturen van [Leverancier] onbetaald te laten is het scheidsgerecht niet duidelijk geworden.

- 11.11 Met behulp van [A] hebben partijen in 2016 nieuwe afspraken gemaakt die tot de Januari 2017-afspraken hebben geleid. De inhoud van de Januari 2017-afspraken laat zien dat partijen enerzijds de inhoudelijke en financiële aspecten van hetgeen voordien was geschied wilden regelen, door te verwijzen naar de December 2015-versie qua functionaliteit en betalingsafspraken te maken met betrekking tot openstaande facturen. Anderzijds wilden zij afspreken hoe het Project moest worden afgerond.

- 11.12 De Januari 2017-afspraken dienen daarom te worden gezien als nieuwe afspraken tussen partijen. Hetgeen zich voordien heeft voorgedaan vormt als gevolg daarvan geen zelfstandige grond voor ontbinding van de Overeenkomst.

²⁷ scheidsgerecht: 2015

²⁸ Productie 7 MvA.

12. De ingebrekestelling in relatie tot de acceptatietestprocedure

- 12.1 De ingebrekestelling bevat de sommatie om voor 23 juni 2017 “alsnog na te komen en dus een door [Leverancier] geteste en voor [AFNEMER MT] testbare versie op te leveren waarin de issues en de tekortkomingen als opgenomen in bijlage 1 zijn hersteld”. In reactie op de ingebrekestelling heeft [Leverancier] op 19 juni 2017 aan [Afnemer] laten weten dat ‘er wel een testbare versie beschikbaar was gesteld en dat geconstateerde issues zijn of worden opgelost’. Op 11 juli 2017 heeft [Afnemer] de Overeenkomst ontbonden op basis van de stelling dat zij heeft moet constateren dat niet alle items, ook die waar consensus over is, opgelost waren op of na 23 juni 2017.
- 12.2 Ter bestrijding van die stellingen heeft [Leverancier] onder meer aangevoerd dat de ingebrekestelling in feite een testverslag was en dat daardoor – als er na de oplevering van de 22 juni 2017 versie van [R] nog sprake zou zijn van gebreken - [Afnemer] niet heeft voldaan aan het bepaalde in artikel 5.7 van Module 1 van de ICT~Office Voorwaarden. Zij heeft [Leverancier] door middel van de ingebrekestelling namelijk niet schriftelijk en gedetailleerd²⁹ over de fouten geïnformeerd.
- 12.3 Het scheidsgerecht stelt vast dat partijen ook in juni 2017 een procedure van testen gevolgd door foutherstel wilden uitvoeren. Onduidelijk is echter of de testwerkzaamheden die [Afnemer] verrichtte onderdeel waren van acceptatietestprocedure zoals in de ICT~Office Voorwaarden bedoeld. Het constateren van fouten tijdens het uitvoeren van een overeengekomen testprocedure houdt op zichzelf geen wanprestatie in, maar is onderdeel van de uitvoering van een overeenkomst.
- 12.4 Feit is echter dat [Afnemer] [Leverancier] ingebreke heeft gesteld en geen testverslag zoals bedoeld in artikel 5.7 van Module 1 van de ICT~Office Voorwaarden bij [Leverancier] heeft ingediend. Hierdoor rijst de vraag welke status toekomt aan de bevindingen die in de ingebrekestelling worden gedaan.
- 12.5 Het scheidsgerecht is van mening dat de overeengekomen testprocedure er niet aan in de weg stond dat [Afnemer] [Leverancier] in gebreke stelde. Het verweer van [Leverancier], dat als [Afnemer] de bevindingen die zij via de ingebrekestelling aan [Leverancier] meldde als toerekenbare tekortkomingen wilden kwalificeren zij in dat opzicht volledig moest zijn in de opsomming van die gebreken, volgt het scheidsgerecht echter.
- 12.5.1 Na alle eerder uitgevoerde testen was het naar de mening van het scheidsgerecht wel mogelijk dat [Afnemer] [Leverancier] ingebreke stelde maar was het tevens haar verplichting om de bevindingen, die zij naar aanleiding van de versie van 14 juni 2017 van [R] had gedaan, gedetailleerd aan [Leverancier] te melden en dus ook volledig te zijn ten aanzien van de geconstateerde gebreken. Een ingebrekestelling is immers ‘een laatste kans’ en de wederpartij moet op basis daarvan weten hoe hij het verzuim kan voorkomen of herstellen. Het lijkt er op dat [Afnemer] dit ook zelf heeft ingezien door in

²⁹ Onderstreping door scheidsgerecht aangebracht.

de ingebrekestelling te spreken van “een overzicht van de issues en tekortkomingen”, die zijn in Bijlage 1 bij de ingebrekestelling heeft vastgelegd.

- 12.5.2 Het verder strekkende verweer van [Leverancier] dat [Afnemer] in dit geval *alleen* de procedure van artikel 5.7 van Module 1 van de ICT~Office Voorwaarden had kunnen volgen verwerpt het scheidsgerecht dus, gezien de voorgeschiedenis van de ingebrekestelling. Uit de processtukken van de zijde van [Leverancier] valt overigens evenmin af te leiden dat deze destijds zelf de testen die [Afnemer] in 2017 uitvoerde, als testen in het kader van artikel 5.7 van Module 1 van de ICT~Office Voorwaarden zag.
- 12.6 De formulering in de ingebrekestelling dat de sommatie betreft een door [Leverancier] geteste en voor [Afnemer] testbare versie op te leveren komt geen zelfstandige betekenis toe. Enerzijds omdat deze tekstpassage wordt vervolgd met een verwijzing naar de formulering “waarin de issues en de tekortkomingen als opgenomen in bijlage 1 zijn hersteld” en anderzijds omdat [Afnemer] niet heeft gesteld welke betekenis aan deze eis toekomt zonder³⁰ de lezing in combinatie met bijlage 1 van de ingebrekestelling.
- 12.7 Het vorenstaande leidt ertoe dat het scheidsgerecht alleen de in bijlage 1 bij de ingebrekestelling genoemde ‘issues’ als uitgangspunt hanteert voor de beoordeling of [Afnemer] de Overeenkomst terecht heeft ontbonden.
- 13. Is er sprake van gebreken en heeft [Leverancier] deze tijdig hersteld?**
- 13.1 Bijlage 1 bij de ingebrekestelling bevat een lijst met tweeëntwintig issues, d.w.z. beweerdelijke tekortkomingen aan de zijde van [Afnemer] in de nakoming van de Overeenkomst.
- 13.2 Om te beoordelen of deze issues daadwerkelijk toerekenbare tekortkomingen zijn, maakt het scheidsgerecht gebruik van de door partijen ingediende processtukken en het verhandelde ter Zitting. In het bijzonder slaat het scheidsgerecht acht op:
- 13.2.1 De ingebrekestelling van 15 juni 2017 bijlage 1 openstaande punten;
- 13.2.2 Brief [Leverancier] d.d. 19 juni 2017, reactie op ingebrekestelling brief van 15 juni [Afnemer] (Productie 11 [Leverancier]), hierna: ‘de Initiële reactie’;
- 13.2.3 E- mail [Leverancier] d.d. 23 juni 2017, update rode blokkerende items (Productie 11 [Leverancier]);
- 13.2.4 Brief [Afnemer] d.d. 28 juni, status opgeleverde [R] versie d.d. 22 juni 2017 (Productie 11 [Leverancier]);
- 13.2.5 E-mail 29 juni 2017, reactie op brief 28 juni [Afnemer] (Productie 11 [Leverancier]);
- 13.2.6 Pleitaantekeningen [Afnemer] (met verwijzing naar MvAiR paragraaf 6.7);
- 13.2.7 Pleitaantekeningen [Leverancier] en MvA;
- 13.2.8 Het verhandelde ter Zitting zoals door het scheidsgerecht waargenomen;

³⁰ Onderstrepingen door scheidsgerecht aangebracht.

13.3 De issues genoemd in Bijlage 1 van de ingebrekestelling.

13.3.1 Issue 1: Uren corrective rapport: [Leverancier] heeft in de Initiële reactie aangegeven dat "dit geen issue (is) maar een groep van opmerkingen. Vervolgens is [Afnemer] in 2017 hierop niet, althans niet voldoende duidelijk, teruggekomen.

13.3.2 Issue 2: "Uren controlescherm klopt niet; identiek aan uren correctie (m.u.v. urenmutatie)". [Leverancier] heeft in haar reactie op de ingebrekestelling het volgende aangegeven:

"Uit de sectie Trello issues voor test 14/6 - Realiseren we op het moment dat het urencorrectie scherm akkoord is bevonden. Daarna zorgen we d.m.v. autorisatie dat niet alle acties zichtbaar zijn. Gaan we pas aanpakken als urencorrectierapport 100% akkoord is. (Dit is straks hetzelfde rapport)"

Ondanks dat in de e-mail van [de heer L] van [Leverancier] d.d. 23 juni 2017³¹ bij de status hiervan wordt vermeld: 'Moet opgepakt worden', hebben partijen over dit issue geen c.q. onvoldoende informatie verstrekt, mitsdien ook niet door [Afnemer]. In de brief van [Afnemer] aan [Leverancier] d.d. 28 juni 2017³² wordt dit issue evenmin als gebrek aangeduid in de rubriek '6 issues nog niet werken'. [Afnemer] stelt in die brief slechts dat dit issue 'getest kan worden, nadat vastgesteld is dat de input 100% goed is'. Hierdoor heeft deze niet aan haar stelplicht voldaan en is er geen aanleiding nader vast te stellen of dit issue een gebrek is.

13.3.3 Issue 3: "Uren verdeling gaat niet goed; als je rond middernacht werkt kloppen de weergaves niet met uren op juiste dag". Nadat [Leverancier] dit issue in haar Initiële reactie als een 'wens' heeft aangeduid, heeft zij in haar e-mail van 29 juni 2017 erkend dat dit niet goed werkt en nog een open punt is. Het gebrek was dus niet voor 23 juni 2017 verholpen.

(a) Het scheidsgerecht meent dat dit issue een gebrek is doordat [Afnemer] na de Initiële reactie van [Leverancier] dit issue opnieuw heeft gemeld en [Leverancier] dat op 29 juni 2017 heeft erkend met de woorden:

"Voor item 2, 3 geldt dat in de situatie zoals nu bij de laatste test geconstateerd het inderdaad zo is dat als er over de nacht gewerkt wordt het rapport dit niet correct weergeeft. Dit is dus op dit moment het enige item waarvan wij weten dat we nog iets moeten doen."

(b) De stelling van [Leverancier] onder randnummer 2.48 van de MvA ten aanzien van dit issue dat

"hetzij niet duidelijk was gemaakt wat het vermeende gebrek precies was hetzij dat het bewuste aspect werkte conform de RM standaardsoftware en/of realisatie daarvan niet behoorde tot de tussen partijen overeengekomen functionaliteit, dan wel [.]"

³¹ Productie 11 MvA.

³² Idem.

wordt door deze erkenning van [Leverancier] zelf weerlegd.

13.3.4 Issue 4: “HR uren analyse niet gelijk aan HR uren correctie”. In haar Initiële reactie heeft [Leverancier] dit punt erkend en gesteld dat zij dit voor 24 juni zou opleveren. Nadat [Leverancier] aangaf dit te hebben opgeleverd heeft [Afnemer] opnieuw geconstateerd dat deze functionaliteit niet correct functioneerde. In haar reactie van 29 juni 2017 heeft [Leverancier] dit erkend, waardoor vaststaat dat er sprake was van een gebrek. Het scheidsgerecht verwijst naar het in § 13.3.3 genoemde citaat. [Leverancier]’s stelling onder randnummer 2.48 van de MvA dat issue 4 is opgelost, is niet alleen onvoldoende onderbouwd maar op basis van het vorengenoemde evenzeer onjuist. Het gebrek was dus niet voor 23 juni 2017 verholpen.

13.3.5 Issue 5: “Berekening van onbetaald verlof gaat niet goed”. In haar Initiële reactie heeft [Leverancier] aangegeven:

“Dit betreft volgens ons een oude melding van 22-05. Indien men van mening is dat dit niet juist functioneert dan graag nieuw voorbeeld aanleveren”

Gesteld noch gebleken is dat [Afnemer] deze input heeft aangeleverd. Hierdoor verwerpt het scheidsgerecht de stelling dat alhier sprake zou zijn van een gebrek.

13.3.6 Issue 6: “Bij uren correctie word de aanpassing van een overlapping niet meteen aangepast; dan moet je eerst uit het scherm en weer terug wil je de aanpassing kunnen zien.” In haar Initiële reactie heeft [Leverancier] aangegeven:

“Correct dat is hoe rapportages momenteel werken. Indien gewenst gaan wij onderzoeken of wij hier een generieke oplossing voor kunnen maken in [R].”

Het scheidsgerecht is met [Leverancier] van mening dat als hier al sprake is van een ‘issue’ – het gaat zoals onbetwist is gesteld om de inrichting van de standaardsoftware – door middel van een workaround het nadeel is op te heffen. Dat een gebruiker ‘in en weer uit een scherm’ moet is misschien onhandig, maar niet per se een gebrek in [R]. Bij dit issue heeft [Afnemer] tijdens de Zitting bovendien zelf aangegeven dat zij deze niet als grondslag voor de ontbinding heeft gehanteerd.

13.3.7 Ten aanzien van Issue 7: “Invoeren user key bij openen rapport, Issue 8: “Knop voor wijzigen data HR uren werkt niet”, Issue 9: “Knop voor verwijderen regel uit rapport geeft bug weer” en Issue 10: “Knop voor verwijderen hele dag in rapport geeft bug weer” heeft [Leverancier] in haar Initiële reactie aangegeven dat de punten op 14 juni 2017 waren opgelost. [Afnemer] heeft die uitspraak in dit geding niet bestreden.

13.3.8 Ten aanzien van issue 11: “HR uren medewerkers mogen pas op de project analyse terecht komen na akkoord MA” en issue 12: “Uren correctie scherm voor HR moet omschrijving project gebruiken” heeft [Leverancier] in haar Initiële reactie aangegeven dat er sprake was van ‘aanvullende wensen’ aan de zijde van [Afnemer]. Over deze issue is door partijen geen verdere informatie verstrekt, mitsdien ook niet door

[Afnemer]. Hierdoor heeft deze niet aan haar stelplicht voldaan en is er geen aanleiding nader vast te stellen of deze issues gebreken zijn. Bij issue 12 heeft [Afnemer] tijdens de Zitting bovendien zelf aangegeven dat zij deze niet als grondslag voor de ontbinding heeft gehanteerd.

13.3.9 Ten aanzien van issue 13: “Verlof moet 8 uur zijn in plaats van 9,5 uur (bug)” heeft [Leverancier] in haar Initiële reactie aangegeven dat er sprake was van ‘(aanvullende) wensen’ aan de zijde van [Afnemer]. Letterlijk merkt zij op:

“Aanvullende wensen (zat dus ook niet in de december release) en niet besproken dan wel geaccordeerd door de stuurgroep – [R] genereert dit op basis van beschikbaarheid volgens rooster. Indien ongewenst dan of anders boeken (daadwerkelijk 8 uur) dan wel rooster aanpassen. Geen bug maar standaard correcte werkwijze [R]”.

Het scheidsgerecht deelt de mening van [Leverancier] en acht de voorgestelde workaroud ‘werkbaar’ nu het hier gaat om standaardsoftware en [Afnemer] juist voor standaardsoftware heeft gekozen. In het testverslag van 26 juni 2017 waar [Afnemer] naar verwezen heeft staat overigens ook vermeld dat dit onderwerp een ‘wens’ is volgens [Leverancier].

13.3.10 Ten aanzien van Issue 14: “Aanpassen uren vanuit HR scherm geeft server error” heeft [Leverancier] in haar Initiële reactie aangegeven dat de punten op 14 juni 2017 waren opgelost. [Afnemer] heeft verwezen naar haar testverslag van 26 juni 2017 maar in dat verslag wordt niet verwezen naar een server error. Gesproken wordt op dat moment over een incorrecte ‘projectanalyse’. Dit lijkt wat anders te zijn, hetgeen [Afnemer] tijdens de Zitting heeft erkend³³.

13.3.11 Ten aanzien van issue 15: “Rapport zelf uitsplitsen werk reis uren voor en na;” heeft [Leverancier] in haar Initiële reactie gesteld:

“Aanvullende wensen (zat dus ook niet in de december release) en niet besproken dan wel geaccordeerd door de stuurgroep - Wens: betreft vereenvoudiging van de werkwijze voor de medewerker. Betreft dus geen bug maar optimalisatie. Maakte ook geen onderdeel uit van de december release.”

[Afnemer] beroept zich op een afspraak van 24 mei 2017 maar is niet duidelijk genoeg ingegaan op deze Initiële reactie van [Leverancier], waardoor zij niet aan haar stelplicht heeft voldaan. Bovendien blijkt dat er sprake is van een workaroud. Het issue is dus geen gebrek.

13.3.12 Ten aanzien van issue 16: “Correctiescherm verder uitsplitsen in uren per percentage in eigen kolom” heeft [Leverancier] in haar Initiële reactie gesteld:

“Aanvullende wensen (zat dus ook niet in de december release) en niet besproken dan wel geaccordeerd door de stuurgroep - Wens: betreft vereenvoudiging van de werkwijze voor de medewerker. Betreft dus geen bug maar optimalisatie. Maakte ook geen onderdeel uit van de december

³³ § 3.6 sub b Pleitaantekeningen [Afnemer].

release.”

[Afnemer] beroept zich op een afspraak van 24 mei 2017 maar is niet duidelijk genoeg ingegaan op deze Initiële reactie van [Leverancier], waardoor zij niet aan haar stelplicht heeft voldaan. In het testverslag van 26 juni 2017 waar [Afnemer] naar verwezen heeft, staat ook vermeld dat dit onderwerp een ‘wens’ is volgens [Leverancier].

13.3.13 Ten aanzien van issue 17: “Correctie rapport week nummer toevoegen achter datum” heeft [Leverancier] in haar Initiële reactie gesteld:

“Aanvullende wensen (zat dus ook niet in de december release) en niet besproken dan wel geaccordeerd door de stuurgroep - Wens: ingebracht door Marcel 14-06 aan het begin van de middag. Maakt geen onderdeel uit van de december release.”

[Afnemer] heeft hier niet voldoende op gereageerd. Bovendien is het in de ogen van het scheidsgerecht ‘een kleinigheid’. Er is dus geen sprake van een gebrek.

13.3.14 Ten aanzien van issue 18: “Correctie rapport spaaruren etc. niet weergeven als je slechts 1 dag bekijkt - slechts bij een volle week weergeven” heeft [Leverancier] in haar Initiële reactie gesteld:

“Aanvullende wensen (zat dus ook niet in de december release) en niet besproken dan wel geaccordeerd door de stuurgroep - Wens: rapport toont altijd totaal. Gebruiker bepaald periode”

13.3.15 Los van het feit dat [Leverancier] de issues 15 t/m 18 als wensen aanduidt en [Afnemer] hierop in dit geding niet (voldoende) heeft gereageerd en dus niet aan de stelplicht heeft voldaan, meent het scheidsgerecht dat deze kwesties niet voldoende zwaarwegend zijn om als gebrek te worden aangeduid en veelal via een workaroud kunnen worden opgelost.

13.3.16 Issues 19: “Uren geboekt verkeerde persoon Glen, aangepast naar Ferry. Bij de commerciële uren gaat het goed bij de HR uren op de analyse niet” en issue 20: “Komen uren tevoorschijn die we niet geboekt hebben we boeken 8 uur 100% deze is zichtbaar maar er komt ook 8 uur 125% erbij”. [Leverancier] heeft in haar Initiële reactie op de ingebrekestelling aangegeven dat zij dit voor 24 juni 2017 zou oplossen. Vervolgens is [Afnemer] hierop niet meer (voldoende) teruggekomen zodat het scheidsgerecht aanneemt dat [Leverancier] deze issues heeft opgelost. In het testverslag van [Afnemer] van 26 juni 2017 staat bovendien bij issue 19 ‘werkt’.

13.3.17 Ten aanzien van issue 21: “Weergave projectanalyse kwam niet overeen met correctiescherm bij het wijzigen van uren” heeft [Leverancier] in haar Initiële reactie aangegeven dat dit punt op 14 juni 2017 was opgelost. [Afnemer] heeft die uitspraak in dit geding niet bestreden.

13.3.18 Ten aanzien van issue 22: “Volledig dichtzetten van de week na uren akkoord HR” heeft [Leverancier] in haar Initiële reactie gesteld:

“Aanvullende wensen (zat dus ook niet in de december release) en niet besproken dan wel geaccordeerd door de stuurgroep - Geen bug is

standaard werking [R]. Uren zijn te muteren op een project zolang dit project niet volledig is afgesloten.”

[Afnemer] heeft die uitspraak in dit geding niet bestreden. Wel heeft zij verwezen naar een testverslag van 26 juni 2017 (punt 28) maar uit de notitie over dit onderwerp wordt niet duidelijk waarom de stelling van [Leverancier] onjuist zou zijn dat er geen sprake is van een bug. Zonder deugdelijke uitleg kan het scheidsgerecht evenmin begrijpen waarom dit een bug zou zijn.

14. De issues 3 en 4 betreffen ‘wezenlijke verplichtingen’ en rechtvaardigen ontbinding van de Overeenkomst

14.1 Hierdoor is vastgesteld dat [Leverancier] terzake van de issues 3 en 4 toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen uit hoofde van de Overeenkomst nu vaststaat dat deze issues op 24 juni 2017 niet waren opgelost.

14.2 [Leverancier] heeft een beroep gedaan op artikel 11 lid 1 van de ICT~Office voorwaarden. Dit artikellid zegt dat er voor rechtsgeldige ontbinding sprake moet zijn van het toerekenbaar niet-nakomen van ‘wezenlijke verplichtingen’.

14.3 Het scheidsgerecht is van mening dat ten deze sprake is van toerekenbaar tekortschieten in de nakoming van wezenlijke verplichtingen uit de overeenkomst.

14.3.1 Ten aanzien van issue 3 geldt dat er door onjuiste invoer van gegevens ‘nachtelijk gewerkte uren’ verloren kunnen gaan. Weliswaar is dit met goede instructies aan medewerkers van [Afnemer] te voorkomen, maar gezien de aard van de werkzaamheden van [Afnemer] (hulp bij calamiteiten) is denkbaar dat een dergelijke complexere werkwijze (nachtelijke uren op twee werkdagen boeken) tot fouten in de uren registratie leidt. Voor [Leverancier] is steeds duidelijk geweest dat [Leverancier] een dergelijke werkwijze niet aanvaardbaar vond en zij heeft dit niet kunnen of willen oplossen.

14.3.2 Ten aanzien van issue 4 geldt dat managers van [Afnemer] bij gebruikmaking van [R] een onbetrouwbaar beeld kregen van HR uren. Dit hield verband met de synchronisatie tussen [R] en [P], dat [Afnemer] alleen voor HR doeleinden gebruikte. Deze synchronisatie moest met behulp van een goed functionerende interface gebeuren. Het leveren van een dergelijke interface vormde een verplichting van [Leverancier] op basis van de Overeenkomst. Zij wist bovendien dat [P] het leidende systeem was, dus [R] moest daarop aansluiten. Voor het feit dat die interface niet correct werkte is ook een aanwijzing te vinden in het rapport [de heer H.], waarvan [Leverancier] de bevindingen slechts in algemene zin heeft betwist. [Afnemer] hoefde niet te aanvaarden dat zij gegevens na synchronisatie handmatig moest aanpassen.

14.3.3 De issues 3 en 4 betreffen beide de urenregistratie van personeel van [Afnemer], waardoor deze gebreken direct invloed hebben op de facturatie aan klanten van [Afnemer] en uitbetaling van vergoedingen/salaris aan personeel. Hierdoor raken deze issues direct de bedrijfsvoering van [Afnemer].

14.4 Het betreft hier dus twee contractuele verplichtingen van [Leverancier] die – zeker in combinatie – als ‘wezenlijke verplichtingen’ moeten worden aangemerkt en mitsdien ontbinding van de Overeenkomst op grond van de ICT~Office voorwaarden rechtvaardigen. Het beroep van [Leverancier] op artikel 5.8 Module 1 van de ICT~Office Voorwaarden gaat dan ook niet op.

15. Ongedaanmaking

15.1 Hiervoor is vastgesteld dat [Afnemer] de Overeenkomst terecht heeft ontbonden, waardoor een recht op ongedaanmaking ontstaat. Tevens is vastgesteld dat de Januari 2017-afspraken het karakter hebben van nieuwe afspraken over het voltooien van het Project.

15.2 [Leverancier] heeft zich in het kader van de verplichting tot ongedaanmaking verweerd met een beroep op artikel 11.2 ICT -Office Voorwaarden, Module 1 dat luidt:

"11.2 Indien cliënt op het moment van de ontbinding als bedoeld in artikel 11.1 reeds prestaties ter uitvoering van de overeenkomst heeft ontvangen, zullen deze prestaties en de daarmee samenhangende betalingsverplichting geen voorwerp van ongedaanmaking zijn, tenzij cliënt bewijst dat leverancier ten aanzien van het wezenlijke deel van die prestaties in verzuim is. Bedragen die leverancier voor de ontbinding heeft gefactureerd in verband met hetgeen hij ter uitvoering van de overeenkomst reeds naar behoren heeft verricht of geleverd, blijven met inachtneming van het in de vorige volzin bepaalde onverminderd verschuldigd en worden op het moment van de ontbinding direct opeisbaar."

15.3 In § 11 van dit vonnis heeft het scheidsgerecht vastgesteld dat [Leverancier] terzake van haar verplichtingen uit hoofde van de Overeenkomst die voorafgingen aan de Januari 2017-afspraken niet in verzuim was. Dit betekent dat er geen aanleiding bestaat de gevolgen van hetgeen partijen voor de Januari 2017-afspraken ter uitvoering van de Overeenkomst hebben verricht ongedaan te maken. Er zijn geen redenen het gestelde in de laatste volzin van artikel 11 lid 2 van de ICT -Office Voorwaarden, Module 1 voor die werkzaamheden te doorbreken.

15.4 Wel staat vast dat [Leverancier] de Januari 2017-afspraken niet is nagekomen. Die afspraken borduurden inhoudelijk weliswaar door op hetgeen [Leverancier] voordien voor [Afnemer] had gedaan, maar vormden ook een nieuwe start. Niet alleen zou [Leverancier] enerzijds alsnog een aantal werkzaamheden voor [Afnemer] verrichten, maar anderzijds was de versie van [R] inmiddels niet meer gelijk aan die van December 2015. Het scheidsgerecht gaat ervan uit dat partijen in januari 2017 hebben beoogd niet meer te discussiëren over de vraag aan wie van hen het lag dat de toenmalige versie van [R] niet in gebruik was genomen. De brief van 27 januari 2017, waarin de Januari 2017-afspraken zijn vastgelegd, maakt duidelijk dat [Leverancier] opnieuw een of meerdere versies van [R] zou leveren en dat [Afnemer] in ruil daarvoor een bedrag van € 169.737,93³⁴ aan [Leverancier] zou voldoen. Hiervan heeft [Afnemer] € 72.360,16 aan [Leverancier] betaald. Ook al betreft dit bedrag ‘posten’ die in januari 2017 ‘open staan’ en dus dateren uit de periode voor de Januari 2017-afspraken, toch zijn zij tevens een vergoeding voor wat [Leverancier] vanaf januari 2017 nog voor [Afnemer] zal

³⁴ € 159.730,89 en 2 x € 5003,52

doen. Dit wordt bevestigd door het afgesproken betaalschema. Ten aanzien van die prestaties is komen vast te staan dat [Leverancier] is verzuim was.

- 15.5 De ongedaanmaking blijft daardoor beperkt tot hetgeen [Afnemer] terzake van de Januari 2017-afspraken aan [Leverancier] heeft voldaan, zijnde een bedrag van € 72.360,16. Artikel 11 lid 2 van de ICT -Office Voorwaarden, Module 1 is terzake daarvan niet van toepassing c.q. het beroep daarop door [Leverancier] is voor terugvordering van die betaling in het kader van de redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar.
- 15.6 Het scheidsgerecht veronderstelt dat dit bedrag, dat blijkt uit derde bladzijde van het document bevattende de Januari 2017-afspraken, te vermeerderen met BTW is. Mocht dit echter een 'inclusief BTW' bedrag zijn dan komt [Afnemer] alleen dit bedrag toe en niet (ook) de BTW daarover. Deze informatie is partijen bekend en om die reden zal het scheidsgerecht in het dictum van dit vonnis spreken over 'exclusief BTW'.

16. Schenden zorgplicht

- 16.1 [Afnemer] heeft haar vorderingen mede gebaseerd op de stelling dat [Leverancier] in haar zorgplicht tekort zou zijn geschoten en dat een dergelijk tekortschieten een zelfstandige/aanvullende bron voor aansprakelijkheid van [Leverancier] jegens [Afnemer] zou zijn. Deze stelling heeft zij uitgebreid en met vele verwijzingen naar rechtspraak toegelicht.
- 16.2 [Leverancier] heeft die stelling bestreden, onder meer met het argument dat zij [Afnemer] wel degelijk naar behoren heeft geïnformeerd. Zij stelt bijvoorbeeld dat zij [Afnemer] "[Leverancier], op een beleefde maar duidelijke wijze, het voortdurende probleem dat [Afnemer] telkens op een ongestructureerde wijze ad hoc nieuwe wensen naar voren bracht en erop stond dat die steeds voor live-gang werden gerealiseerd, waarbij [Leverancier] [Afnemer] er in deze brief nog eens duidelijk op wees dat al zulke wensen en extra's langere doorlooptijd en verhoogde kosten met zich zouden brengen."
- 16.3 Zoals hiervoor in § 11 van dit vonnis is overwogen vallen beide partijen ten aanzien van de periode voorafgaand aan de Januari 2017-afspraken verwijten te maken. De aard van de afspraak, te weten [Afnemer]' keuze voor standaardsoftware die door de leverancier voor een bedrijf als dat van [Afnemer] geschikt zou worden gemaakt, hield op zichzelf het risico in dat het voor [Afnemer] niet duidelijk was wat zij wel of niet van [R] kon verlangen. Niet gebleken is echter dat [Afnemer] over onvoldoende informatie beschikte om haar keuzes te kunnen maken. De periode tot december 2015 lijkt niet de indruk te wekken dat [Afnemer] niet 'wist wat zij deed' of dat er sprake was van een problematische situatie. In tegendeel: het is [Afnemer] zelf die in 2017 stelde dat de December 2015-versie (in ieder geval in eerste instantie) 'goed genoeg was' maar destijds niet tot ingebruikneming overging. Niet gebleken is dat zij daartoe gerechtigd was.
- 16.4 [Afnemer] stelt met name dat afspraken en procedures rond die December 2015-versie haar destijds ervan hebben weerhouden die versie in gebruik te nemen. Zij heeft dat in deze procedure niet (voldoende) geconcretiseerd en de stelling dat zij die versie op advies van [Leverancier] niet in gebruik heeft genomen, wordt door deze weersproken. Die weerspreking wordt gestaafd door de brief van [Leverancier] van 8 januari 2016 (Productie 7 MvA) welke in § 11.8 en 11.9 hierboven is geciteerd.

16.5 Dat er in de ogen van het scheidsgerecht geen sprake is van schending van de zorgplicht houdt met het bovenstaande verband alsmede met het feit dat [Afnemer] over voldoende professionaliteit beschikte (of geacht kan worden te beschikken) om ook zelf te kunnen vaststellen wat een Project als dit van haar eist.

17. Dwaling

17.1 [Afnemer] baseert haar meer subsidiaire vordering op 'dwaling' en verzoekt om vernietiging van 'alle afspraken' indien "het arbitraal college [...] van oordeel mocht zijn dat [Leverancier] niet veroordeeld moet worden tot betaling van een vergoeding aan [Afnemer] die hoger is dan de reeds door [Afnemer] aan [Leverancier] betaalde vergoedingen".

17.2 Deze dwaling voert zij terug op de stelling dat "[Leverancier] [Afnemer] in de sessies voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst (heeft) verzekerd dat de door [Afnemer] gewenste functionaliteit voor [R] standaard in het [R] softwarepakket van [Leverancier] is inbegrepen, dan wel nog toegevoegd zou worden aan deze standaard". Op basis van die verzekering zou [Afnemer] voor [R] hebben gekozen. Daarnaast stelt zij de Januari 2017-afspraken te zijn aangegaan op basis van informatie van [Leverancier] over de status van [R]. Na het maken van de afspraken van 27 januari 2017 werd het [Afnemer] echter duidelijk dat de werkelijke situatie wezenlijk anders is dan hetgeen haar was voorgespiegeld door [Leverancier].

17.3 [Leverancier] heeft deze stellingen gemotiveerd bestreden.

17.4 Het scheidsgerecht verwerpt het beroep op dwaling tevens. Zoals gedurende het Project is gebleken waren de eisen en wensen van [Afnemer] bij het aangaan van de Overeenkomst niet volledig bekend. De uitgevoerde PoC wekte niettemin de indruk dat [R] geschikt zou kunnen zijn voor de doeleinden van [Afnemer]. Beide partijen was bekend dat [R] 'geschikt' moest worden gemaakt voor [Afnemer]. Het staat geenszins vast dat al in 2013 duidelijk was of moest zijn dat zoiets niet zou gaan lukken. Uit de processtukken is ook niet op andere wijze gebleken dat [R] met een voldoende mate van zekerheid ongeschikt was voor de doelstellingen van [Afnemer]. Van dwaling in die fase kan dus geen sprake zijn.

17.5 Evenmin neemt het scheidsgerecht aan dat er bij het aangaan van de Januari 2017-afspraken sprake was van dwaling aan de zijde van [Afnemer]. Uit de processtukken is gebleken dat in de periode tussen het maken van die afspraken en het tijdstip van ontbinding een versie van [R] kon worden gerealiseerd die voor de testfase kon worden opgeleverd. Dat na die oplevering twee issues bleken die 'wezenlijk' waren, betekent niet dat in januari 2017 met voldoende zekerheid vaststond dat een live-gang in juni 2017 niet kon worden gehaald.

18. De schade

18.1 [Afnemer] vordert als schadevergoeding een bedrag van € 948.731,42 dan wel een door het scheidsgerecht in goede justitie te bepalen bedrag. Deze schade heeft zij in Productie 28 gespecificeerd.

18.2 [Leverancier] heeft zich ter afwering van deze vordering allereerst beroepen op de aansprakelijkheidsbeperkingen die onderdeel vormen van de ICT~Officevoorwaarden.

18.2.1 Artikel 12 lid 1 daarvan bepaalt bijvoorbeeld:

“De totale aansprakelijkheid van leverancier wegens een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst of uit enige andere hoofde, daaronder uitdrukkelijk ook begrepen iedere tekortkoming in de nakoming van een met cliënt overeengekomen garantieverplichting, is beperkt tot vergoeding van directe schade tot maximaal het bedrag van de voor die overeenkomst bedongen prijs (excl. BTW). [..] In geen geval zal de totale aansprakelijkheid van leverancier voor directe schade, uit welke hoofde dan ook, echter meer bedragen dan € 500.000 (vijfhonderd duizend Euro).”

18.2.2 Artikel 12 lid 3 bepaalt daarnaast

“De aansprakelijkheid van leverancier voor indirecte schade, gevolgschade, gederfde winst, gemiste besparingen, verminderde goodwill, schade door bedrijfsstagnatie, schade als gevolg van aanspraken van afnemers van cliënt, schade verband houdende met het gebruik van door cliënt aan leverancier voorgeschreven zaken, materialen of programmatuur van derden en schade verband houdende met de inschakeling van door cliënt aan leverancier voorgeschreven toeleveranciers is uitgesloten. Eveneens is uitgesloten de aansprakelijkheid van leverancier wegens verminking, vernietiging of verlies van gegevens of documenten.”

- 18.3 Ook op inhoudelijke gronden betwist [Leverancier] de door [Afnemer] gevorderde schadevergoeding. Het scheidsgerecht zal daarom, mede aan de hand van de verweren van [Leverancier], deze schadeposten waar nodig bespreken.
- 18.4 Voor het toelaten van [Afnemer] tot het leveren van bewijs ten aanzien van de vorderingen tot schadevergoeding die het scheidsgerecht (gedeeltelijk) afwijst bestaat geen aanleiding, nu [Afnemer] terzake onvoldoende heeft gesteld voor het rechtvaardigen van de toewijzing daarvan.
- 18.5 Allereerst merkt het scheidsgerecht op dat de term ‘directe schade’, die in de ICT~Office voorwaarden worden genoemd, niet wordt toegelicht, anders dan dat lid 3 van die voorwaarden bepaalt welke schade niet voor vergoeding in aanmerking komt. Ook partijen hebben zich hier niet over uitgelaten zodat het scheidsgerecht dit begrip zelf zal moeten uitleggen.
- 18.6 De uitleg die het scheidsgerecht hieraan geeft en hierna bij de beoordeling van de gevorderde schade zal toepassen, is als volgt.
- 18.6.1 Allereerst merkt het scheidsgerecht op dat de vraag welke schade aan [Leverancier] kan worden toegerekend zal worden beoordeeld aan de hand van de maatstaven van artikel 6:98 BW.
- 18.6.2 Daarnaast merkt het scheidsgerecht op dat partijen door aanvaarding van de ICT~Office voorwaarden – al dan niet stilzwijgend – zijn overeengekomen dat de in lid 3 van artikel 12 genoemde schade niet voor vergoeding in aanmerking komt.
- 18.6.3 Tenslotte merkt het scheidsgerecht op dat indien het vorengaande tot gevolg zou hebben dat aan de gelaedeerde partij (in case [Afnemer]) feitelijk geen vergoeding zou

toekomen, omdat lid 3 van artikel 12 een vrijwel volledige uitsluiting van aansprakelijkheid zou inhouden, het beroep van [Leverancier] op artikel 12 leden 1 en 3 op basis van de redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

- 18.7 Partijen hebben zich over de omvang van de schade maar beperkt uitgelaten. Het scheidsgerecht zal hierna de schadeposten genoemd in Productie 28 van [Afnemer] beoordelen op basis van hetgeen partijen hebben gesteld en vaststellen op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is, waarbij het scheidsgerecht ook gebruik maakt van de eigen deskundigheid op het vlak van de gevolgen van mislukte ICT-projecten. Tenslotte speelt hierbij steeds de billijkheid een rol.
- 18.8 [Afnemer] noemt in Productie 28 drie schadeposten die verband houden met 'Digitaal inkoopfacturen'. Zij heeft die kosten echter niet, althans niet-voldoende, toegelicht. De vorderingen worden daarom afgewezen.
- 18.9 De vordering tot vergoeding van de kosten van de ingeschakelde deskundige (bureau Synthese) ad € 4.408,40 komt voor vergoeding in aanmerking nu op basis van constante rechtspraak ook de kosten van deskundig advies voor rekening van de aansprakelijke partij komen. De betwisting van die kosten door [Leverancier] onder randnummer 3.39 van de MvA is zodanig algemeen dat het scheidsgerecht aan het verweer voorbij zal gaan. Gelet op de materie en de benodigde deskundigheid van de adviseur zijn deze kosten gebruikelijk en niet-onredelijk.
- 18.10 De kosten van de door [Afnemer] ingeschakelde advocaat ([naam bureau]) in de fase voorafgaand aan de mediation/arbitrage komen eveneens voor vergoeding in aanmerking. [Leverancier] heeft van meet af aan betwist dat zij jegens [Afnemer] schadeplichtig was. Het is gebruikelijk dat een gelaedeerde partij in dergelijke situaties een (gespecialiseerd) advocaat inschakelt. De gevorderde kosten ad € 13.544,77 komen het scheidsgerecht niet onredelijk of ongebruikelijk voor. De betwisting van die kosten door [Leverancier] onder randnummer 3.39 van de MvA is zodanig algemeen dat het scheidsgerecht aan het verweer voorbij zal gaan.
- 18.11 [Afnemer] heeft geen toelichting gegeven op de gevorderde kosten voor de aanschaf van tablets ('Insights'). Daarmee is niet voldaan aan de stelplicht en wordt deze vordering afgewezen. Ten overvloede merkt het scheidsgerecht op dat niet vast staat dat de tablets niet voor andere doeleinden worden of kunnen worden gebruikt.
- 18.12 [Afnemer] heeft vergoeding van de inzet van de [A]-adviseur, [de heer V.], ad € 190.573,06 gevorderd. Het scheidsgerecht deelt de mening van [Leverancier] dat [Afnemer] deze kosten onvoldoende heeft onderbouwd gedeeltelijk. Enerzijds constateert het scheidsgerecht dat [Afnemer] ook een project heeft uitgevoerd voor het implementeren van [P] van [A] zodat niet uitgesloten kan worden dat [de heer V.] ook aan dat project tijd heeft besteed of daaraan heeft bijgedragen. Anderzijds acht het scheidsgerecht voldoende aannemelijk dat nu [R] met [P] moet samenwerken de expertise van [de heer V.] ook voor het Project noodzakelijk was. Het scheidsgerecht zal daarom vijftig procent van die kosten, derhalve een bedrag van € 95.286,80 toewijzen.
- 18.13 De kosten die [A] aan [Afnemer] in rekening zou hebben gebracht ad € 67.349,52, heeft [Afnemer] niet (voldoende) toegelicht. Deze vordering wordt daarom afgewezen.

- 18.14 Vervolgens vordert [Afnemer] de kosten van de inzet van diverse medewerkers, te weten: [namen 8 medewerkers]k. Ook deze kosten van meer dan € 365.930,55 in totaal, heeft [Afnemer] niet of nauwelijks toegelicht, zoals [Leverancier] terecht heeft aangevoerd. Dit neemt echter niet weg dat het scheidsgerecht op basis van de processtukken heeft kunnen vaststellen dat medewerkers van [Afnemer] - achteraf nodeloos – tijd aan het Project hebben besteed. De schade van [Afnemer] wordt in goede justitie vastgesteld op € 25.000 nu – zeker gezien de exactheid van de gevorderde bedragen, [Afnemer] de tijdsbesteding en kosten van haar medewerkers beter had kunnen en moeten toelichten zodat het scheidsgerecht op dit punt ‘aan de voorzichtige kant’ blijft.
- 18.15 Ook voor gevorderde kosten van opleiding (groot € 33.416,83) geldt dat [Afnemer] deze niet-nauwelijks heeft toegelicht. [Leverancier] heeft deze kosten echter eveneens slechts in algemene zin bestreden. Dat [Afnemer] haar medewerkers ten behoeve van het Project heeft laten opleiden acht het scheidsgerecht aannemelijk. Dergelijke kosten zijn evenmin ongebruikelijk en daarom kent zij dit onderdeel van de vordering toe.
- 18.16 De kosten van ‘[naam digitale transformatie partner] ad € 3.422,88 heeft [Afnemer] niet (voldoende) toegelicht. Deze vordering wordt daarom afgewezen
- 18.17 Op basis van het vorenstaande komt [Afnemer] toe het bedrag van € 171.656,80. Als onderdeel van haar primaire vordering claimt [Afnemer] tevens dat het betaalde bedrag van € 595.676,44 (incl. BTW) als schadevergoeding aan haar wordt toegekend voor zover dat bedrag of een deel ervan niet in het kader van de ongedaanmaking aan haar wordt toegewezen. Nu partijen echter zijn overeengekomen dat slechts in beperkte mate ongedaanmaking plaatsvindt (verwezen zij naar § 15 van dit vonnis) kan hetgeen [Afnemer] niet terugkrijgen niet als ‘schade’ gelden.
- 18.18 Het scheidsgerecht zal verder niet ingaan op hetgeen verder door partijen is aangevoerd aangezien dat niet tot een ander oordeel kan leiden.

19. De kosten van rechtsbijstand ex artikel 38 Arbitragereglement

- 19.1 [Leverancier] heeft op 2 juli 2018 aan het bureau van SGOA bericht dat haar kosten van rechtsbijstand in deze procedure € 75.046,86 inclusief bureaunkosten en BTW hebben bedragen.
- 19.2 [Afnemer] heeft op 3 juli 2018 aan het bureau van SGOA bericht dat haar kosten van rechtsbijstand in deze procedure € 72.631,11 inclusief BTW³⁵ hebben bedragen, waarbij zij ook de kosten verbonden aan de mediation procedure vordert blijktens haar toelichting.
- 19.3 Beide partijen hebben geen gebruik gemaakt van de gelegenheid die het scheidsgerecht hen heeft geboden op de hiervoor genoemde specificaties van de andere partij te reageren.
- 19.4 Nu [Afnemer] grotendeels in het gelijk is gesteld en de reconventionele vorderingen van [Leverancier] worden afgewezen komt [Afnemer] ex artikel 38 van het Arbitragereglement een redelijke vergoeding voor de kosten van juridische bijstand toe. [Afnemer] heeft een vordering

³⁵ € 60.025,70 exclusief BTW.

van die strekking ingesteld. De gemaakte kosten waren in de ogen van het scheidsgerecht noodzakelijk.

19.4.1 In haar specificatie heeft [Afnemer] aangegeven dat van de gemaakte kosten ad € 60.025,70 exclusief BTW een bedrag van € 5.082 betrekking heeft op de eerder gevoerde mediation. Deze kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking nu deze rechtsbijstand niet de arbitrageprocedure betrof. Het scheidsgerecht stelt de kosten van [Afnemer] dan ook vast op € 54.943,70 exclusief BTW en € 66.481,88 inclusief BTW.

19.4.2 Nu een groot deel van de vordering van [Afnemer] wordt afgewezen, vindt het scheidsgerecht het redelijk dat 33 procent van die kosten voor haar rekening blijven.

19.5 [Leverancier] dient derhalve aan [Afnemer] te vergoeden € 36.912,28 exclusief BTW en € 44.522,86 inclusief BTW.

20. De kosten van het geding

20.1 De kosten van deze arbitrage worden vastgesteld op € [bedrag] (excl. BTW) welke bedrag als volgt is samengesteld:

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

Partijen hebben de volgende kosten reeds voldaan aan de SGOA:

[Afnemer]:

Administratiekosten	€	[bedrag]
Depot honorarium (125 uur)	€	[bedrag]
Voorschot verschotten	€	<u>[bedrag]</u>
Totaal	€	[bedrag]

[Leverancier]:

Administratiekosten	€	[bedrag]
Depot honorarium (55 uur)	€	[bedrag]
Voorschot verschotten	€	<u>[bedrag]</u>
Totaal	€	[bedrag]

20.2 Nu [Afnemer] grotendeels in het gelijk is gesteld en de reconventionele vorderingen van [Leverancier] worden afgewezen, komen de kosten van het geding voor rekening van [Leverancier]. Nu een groot deel van de vordering van [Afnemer] wordt afgewezen, vindt het scheidsgerecht het redelijk dat 33 procent van die kosten voor haar rekening blijven.

20.3 [Afnemer] heeft voor de administratiekosten aan SGOA [bedrag] ex BTW betaald en heeft € [bedrag] ex BTW in het depot gestort voor het honorarium en de verschotten van de arbiters. [Leverancier] heeft € [bedrag] ex BTW voor administratiekosten betaald aan SGOA en heeft €

[bedrag] ex BTW in het depot gestort voor het honorarium en de verschotten van arbiters. Voornoemde kosten ad € [bedrag] zullen worden verrekend met de in depot gestorte bedragen ad € [bedrag] ex BTW. Gelet op hetgeen hiervoor wordt overwogen ten aanzien van de kosten van de arbitrage, impliceert dit dat de SGOA aan [Afnemer] € [bedrag] ex BTW zal terugstorten. [Leverancier] dient derhalve aan [Afnemer] te vergoeden € [bedrag] ex BTW.

21. SLOTSOM

Gelet op het vorenstaande en rechtdoende als goede personen naar billijkheid, oordeelt het scheidsgerecht in conventie en reconventie dat

- 1) de Overeenkomst rechtsgeldig is ontbonden op 11 juli 2017;
- 2) [Leverancier] terzake van de verplichting tot ongedaanmaking aan [Afnemer] dient te betalen hetgeen zij ter uitvoering van de Januari 2017-afspraken in valuta van [Afnemer] heeft ontvangen (te weten een bedrag van € 72.360,16, exclusief BTW), te vermeerderen met wettelijke rente m.i.v. 25 september 2017, en daartoe bij deze wordt veroordeeld;
- 3) [Afnemer] de openstaande facturen van [Leverancier] ad € 130.099,22 (excl. BTW) niet verschuldigd is;
- 4) [Leverancier] terzake van de verplichting tot schadevergoeding aan [Afnemer] dient te betalen het bedrag van € 171.656,80 en daartoe bij deze wordt veroordeeld;
- 5) [Leverancier] terzake van de kosten van rechtsbijstand van [Afnemer] aan deze dient te betalen het bedrag van € 36.912,28 exclusief BTW en daartoe bij deze wordt veroordeeld;
- 6) [Leverancier] aan [Afnemer] een bedrag van € [bedrag] excl. BTW aan arbitragekosten dient te voldoen tot betaling van welk bedrag [Leverancier] wordt veroordeeld.

Wijzen af hetgeen meer of anders is gevorderd.

Aldus gewezen te Haarlem op .. juli 2018

[Arbiter1]

[Arbiter2]

[Arbiter 3]