

mr. H.A.J. de Jong
Zuid-Hollandlaan 7
2596 AL 's-Gravenhage

Handel

bezoekadres
Wilhelminaplein 100 / 125
3072 AK Rotterdam

correspondentieadres
postbus 50954
3007 BR Rotterdam

t 088-36 11915
f 088-36 10554

www.rechtspraak.nl

Bij beantwoording de datum
en ons kenmerk vermelden.
Wilt u slechts één zaak in uw
brief behandelen.

datum 18 december 2019
contactpersoon
doorkiesnummer 088-36 22378
ons kenmerk C/10/566578 / HA ZA 19/80
uw kenmerk
bijlage(n) 1
onderwerp FACET/TCM

Ter informatie

- Om te behouden
- Volgens afspraak van
- Op uw verzoek van
- In dank terug
- Voor de vergadering van
- Uw advies vóór
- Uw commentaar vóór
- Terugzenden vóór
- Ter verdere behandeling



In naam van de Koning

RECHTBANK ROTTERDAM

Team handel en haven

zaaknummer / rolnummer: C/10/566578 / HA ZA 19-80

Vonnis van 18 december 2019

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
FACET INFORMATISERING B.V.,
gevestigd te Den Bosch,
eiseres,
advocaat mr. M. Jansen te Arnhem,

tegen

de vereniging
TCM KRAAM, tevens handelend onder de naam **ICT4Kraam**,
gevestigd te Rotterdam,
gedaagde,
advocaat mr. H.A.J. de Jong te Den Haag.

Partijen zullen hierna Facet en ICT4Kraam genoemd worden.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van 15 januari 2019 met producties;
- de conclusie van antwoord met producties;
- de brief van de rechtbank van 19 juni 2019, waarbij partijen zijn uitgenodigd voor een comparitie van partijen;
- de akte overlegging producties van Facet met producties;
- de spreekantekeningen van Facet;
- de spreekantekeningen van ICT4Kraam;
- het proces-verbaal van comparitie, gehouden op 23 oktober 2019;
- de brief van mr. Jansen van 6 november 2019 met opmerkingen over het proces-verbaal;
- de brief van mr. De Jong van 7 november 2019 met opmerkingen over het proces-verbaal;
- de akte wijziging eis van Facet;
- de antwoordakte van ICT4Kraam.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De feiten

2.1. ICT4Kraam is een vereniging voor kraamzorgorganisaties die gebruik maken van het computerprogramma Informatie Systeem Kraamzorg (ISK). Facet houdt zich sinds 2000 in opdracht en voor rekening van (de leden van) ICT4Kraam bezig met onderhoud, support en ontwikkeling van ISK. Partijen hebben in de loop der tijd hun afspraken vastgelegd in een aaneenschakeling van overeenkomsten, telkens voor bepaalde tijd.

2.2. De laatste overeenkomst tussen partijen dateert van 18 mei 2017. De overeenkomst houdt onder meer in:

"(...)

Artikel 3: Opdrachtformulering

- 3.1 *Opdrachtgever [rb: ICT4Kraam] draagt aan opdrachtnemer [rb: Facet] op, welke opdracht opdrachtnemer aanvaardt, het aan leden van opdrachtgever beschikbaar stellen, implementeren, onderhouden en ontwikkelen van de applicatie- en koppelingsprogrammatuur, hierna te noemen de programmatuur. Vanaf 1 januari 2007 valt hieronder tevens de verdere ontwikkeling en het onderhoud van de roosterfunctionaliteit.*
- 3.2 *Opdrachtnemer is exclusief gerechtigd het onderhoud op de applicatieprogrammatuur te verzorgen gedurende de looptijd van deze overeenkomst. Opdrachtgever en opdrachtnemer komen overeen dat prijs en kwaliteit van deze dienstverlening marktconform dienen te zijn. Opdrachtnemer en opdrachtgever houden in dat kader 9000 uur (5 fte) dienstverlening voor 2017 aan op basis van een jaarbijdrage van opdrachtgever van € 490.000,- excl. BTW. Dit aantal uren kan in de daaropvolgende jaren variëren afhankelijk van de jaarbijdrage door opdrachtgever. Opdrachtgever en opdrachtnemer kunnen specifiek overeenkomen aan welke activiteiten genoemde uren worden besteed.*
- 3.3 *Opdrachtgever verstrekt gedurende maximaal 3 jaar een extra investering voor 1 extra FTE (a somma € 100.000,- excl. BTW per jaar) t.b.v. de verwebbing van het ISK, conform op 27 september 2016 met het bestuur is besproken. Ter plan- en besluitvorming worden drie voldoende gedetailleerde scenario's uitgewerkt. De startdatum van het project verwebbing is 1 juli 2017. De einddatum van het project is, uitgaande van het bovengenoemde aantal fte's (5+1 extra), uiterlijk 30 juni 2020.*

Artikel 4: Looptijd van de overeenkomst

- 4.1 *Deze overeenkomst gaat in op 1 juli 2017.*
- 4.2 *Deze overeenkomst eindigt 3 jaar na ondertekening. Uiterlijk 1 januari 2020 treden partijen in overleg over het al dan niet verlengen van deze overeenkomst en de voorwaarden waaronder dit dient te gebeuren.*
- 4.3 *Indien opdrachtgever niet om reden van niet marktconforme prijs of kwaliteit, dan wel wanprestatie, doch louter om strategische redenen, besluit de overeenkomst met opdrachtnemer na 30 juni 2020 niet voort te zetten, is opdrachtnemer gerechtigd zelf tot de bouw van vergelijkbare programmatuur over te gaan.*

(...)

Artikel 19: Algemeen

- 19.1 *Wijzigingen van deze overeenkomst zijn slechts geldig voor zover deze schriftelijk zijn overeengekomen.*

(...)"

2.3. Ter uitvoering van de overeenkomst is Facet zich hoofdzakelijk gaan bezighouden met het verwebben (ombouwen van ISK naar een via het web/internet toegankelijke versie).

2.4. ICT4Kraam heeft bij e-mails van 29 maart en 30 mei 2018 aan Facet de opdracht gegeven het verwebben *on hold* te zetten en prioriteit te geven aan support van de bestaande versie ISK8. Facet heeft daartegen geprotesteerd.

2.5. Tussen partijen is vervolgens aan correspondentie uitgewisseld:

- een brief van de advocaat van Facet van 2 juli 2018, waarin ICT4Kraam wordt gesommeerd om i) te bevestigen dat de prioriteit van de overeenkomst bij verwebbing ligt; ii) aan uitvoering daarvan alle medewerking te verlenen; iii) de daarvoor afgesproken aanvullende vergoeding van € 100.000,00 excl. btw per jaar te betalen voor de extra fte; en iv) voor 1 september 2018 in overleg te treden over een verlenging van de bestaande overeenkomst;
- een e-mail van ICT4Kraam van 4 juli 2018, met kort samengevat de mededeling dat in haar visie de prioriteit van de overeenkomst bij terbeschikkingstelling en onderhoud van de bestaande programmatuur (ISK8) ligt overeenkomstig het bepaalde in artikel 3 van de overeenkomst en dat Facet met onmiddellijke ingang het project verwebbing moet beëindigen;
- een brief van de advocaat van Facet van 18 juli 2018, met een laatste sommatie aan ICT4Kraam op straffe van een opzegging harerzijds van de overeenkomst per 1 januari 2019, en een vordering tot schadevergoeding wegens "*het vroegtijdig moeten afbreken van de speciaal voor de vereniging [rb: ICT4Kraam] opgetuigde organisatie*";
- een brief van de toenmalige advocaat van ICT4Kraam van 20 juli 2018, met het bericht dat ICT4Kraam blijft bij haar eerdere opdracht aan Facet om haar tijd en aandacht alleen nog te besteden aan onderhoud en ontwikkeling van ISK8;
- een brief van de advocaat van Facet van 30 juli 2018, met een verklaring dat de verbintenissen uit de overeenkomst op de voet van artikel 6:87 van het Burgerlijk Wetboek (BW) worden omgezet in verbintenissen tot vervangende schadevergoeding, voor wat betreft de verwebbing per direct en overigens per 1 januari 2019;
- een brief van ICT4Kraam van 10 augustus 2018, met het bericht dat zij de opzegging door Facet van de overeenkomst per 1 januari 2019 accepteert en dat zij ervan uitgaat dat tot die tijd de samenwerking op constructieve wijze wordt gecontinueerd.

2.6. Partijen hebben uitvoering gegeven aan een beëindiging van hun samenwerking per 1 januari 2019.

3. Het geschil en de beoordeling daarvan

3.1. Facet vordert in dit geding na wijziging van haar eis - samengevat - voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, 1) een verklaring voor recht dat zij a. haar verbintenissen uit de overeenkomst van 18 mei 2017 rechtsgeldig heeft omgezet in een verbintenis tot vervangende schadevergoeding en b. daarmee van haar daartegenover staande verplichtingen is bevrijd nu nakoming daarvan blijvend onmogelijk is geworden, althans 2) a. een verklaring voor recht dat zij de overeenkomst van 18 mei 2017 rechtsgeldig heeft ontbonden, althans b. dat op de voet van artikel 6:267 lid 2 BW die overeenkomst wordt ontbonden, althans c. een verklaring voor recht dat zij op de voet van artikel 6:60 BW van

haar verbintenissen uit de overeenkomst van 18 mei 2017 is bevrijd, alsmede veroordeling van ICT4Kraam tot betaling van primair € 696.258,94 en subsidiair een bedrag nader op te maken bij staat, primair en subsidiair met rente vanaf 1 januari 2019 en met veroordeling van ICT4Kraam in de kosten met rente en nakosten.

3.2. ICT4Kraam heeft de vorderingen gemotiveerd betwist.

4. De beoordeling

4.1. Voor een geslaagde omzetting van een verbintenis (uit overeenkomst) in een tot vervangende schadevergoeding op de voet van artikel 6:87 BW, is vereist dat de schuldenaar in verzuim is en nakoming niet reeds blijvend onmogelijk is. Bovendien moet de betekenis van de tekortkoming de omzetting rechtvaardigen.

4.2. Een omzetting laat in het geval van een wederkerige overeenkomst de verschuldigdheid van de eigen prestaties onverlet. Facet heeft na haar verklaring bij brief van 30 juli 2018 haar eigen prestaties gestaakt, wat betreft het verwebben per direct en overigens per 1 januari 2019. Daarmee komt bedoelde verklaring de facto neer op een verklaring tot een (gefaseerde) ontbinding van de overeenkomst op de voet van artikel 6:267 lid 1 BW.

4.3. Vervolgens is het de vraag of bedoelde verklaring door een tekortkoming van ICT4Kraam wordt gerechtvaardigd in de zin van artikel 6:265 lid 1 BW, zodat die ook zonder de medewerking van ICT4Kraam aan een beëindiging van de overeenkomst per 1 januari 2019 het gewenste effect zou hebben gesorteerd (ontbinding) en ICT4Kraam op de voet van artikel 6:277 lid 1 BW gehouden is om aan Facet de schade te vergoeden die deze lijdt doordat geen wederzijdse nakoming maar ontbinding van de overeenkomst heeft plaatsgevonden. Bij de beantwoording van die vraag is uitgangspunt dat de overeenkomst kwalificeert als een overeenkomst van opdracht in de zin van artikel 7:400 BW e.v. De overeenkomst ziet immers op door Facet te verrichten werkzaamheden anders dan op grond van een arbeidsovereenkomst, die in iets anders bestaan dan het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard, het bewaren van zaken, het uitvoeren van werken of het vervoeren of doen vervoeren van personen.

4.4. Facet heeft aan haar verklaring van 30 juli 2018 samengevat ten grondslag gelegd dat het eenzijdig *on hold* zetten van de verwebbing in strijd is met de overeenkomst. Haar daartoe betrokken stellingen komen erop neer dat die instructie moet worden uitgelegd als een (gedeeltelijke) opzegging van de overeenkomst, terwijl ICT4Kraam niet bevoegd was om de overeenkomst op te zeggen, omdat de overeenkomst was aangegaan voor bepaalde tijd (tot 1 juli 2020) en bovendien omdat ICT4Kraam na ommekomst van die tijd gehouden was om een opzegtermijn in acht te nemen van minimaal twee jaar. Daarop voortbouwend heeft zij aan schadeposten opgevoerd (dagvaarding onder 5.2):

- € 236.493,00 aan gedeelde winst over 2019 en de eerste helft van 2020;
- € 303.056,00 aan gedeelde winst over de twee jaar daarna;
- € 73.264,00 en € 16.140,30 aan kosten beëindiging personeelscontracten;
- € 35.208,32 aan huurtermijnen bedrijfspand;
- € 32.097,32 aan juridische kosten.

4.5. Het betoog van Facet - wat er ook van zij - gaat niet op, omdat de instructie van ICT4Kraam om het verwebben *on hold* te zetten niet kan worden aangemerkt als een (gedeeltelijke) opzegging van de overeenkomst. Die instructie is immers vergezeld gegaan van de instructie om prioriteit te geven aan support van de bestaande versie van ISK; artikel 3 van de overeenkomst laat geen andere uitleg toe dan dat support van ISK onder de opdrachtformulering valt. Bedoelde instructie moet dan ook redelijkerwijs worden uitgelegd als een aanwijzing omtrent de uitvoering van de opdracht in de zin van artikel 7:402 lid 1 BW, die overigens de uit de overeenkomst voortvloeiende verbintenissen onverlet laat. Daarbij wordt in aanmerking genomen dat ICT4Kraam haar (betalings)verplichtingen onverkort is nagekomen, althans tot 1 januari 2019.

4.6. Voor zover Facet heeft bedoeld te betogen dat bedoelde instructie moet worden aangemerkt als een wijziging die op de voet van artikel 19.1 van de overeenkomst schriftelijk moet zijn overeengekomen, faalt ook dat betoog. Dat betoog impliceert namelijk dat ICT4Kraam afstand zou hebben gedaan van haar bevoegdheid om op de voet van artikel 7:402 lid 1 BW eenzijdig aanwijzingen te geven aan Facet omtrent de uitvoering van de opdracht. Dat vergt een uitleg van artikel 19.1 die geen steun vindt in het dossier. Daarbij wordt in aanmerking genomen dat in artikel 3 van de overeenkomst de opdracht aan Facet in ruime bewoordingen is geformuleerd en dat in dat kader iedere verwijzing naar artikel 19.1 ontbreekt en dat omgekeerd in artikel 19.1 ieder verwijzing naar artikel 3 ontbreekt.

4.7. Voor zover Facet nog heeft bedoeld te betogen dat zij vanwege bedoelde instructie op de voet van artikel 7:402 lid 2 BW bevoegd was om de overeenkomst wegens gewichtige redenen op te zeggen en dat haar eerder bedoelde verklaring als een dergelijke opzegging moet worden beschouwd, heeft dat betoog evenmin succes. De bevoegdheid van de opdrachtnemer tot opzegging wegens gewichtige redenen - wat daar in dit geval ook van zij - doet op zichzelf niet af aan de bevoegdheid van de opdrachtgever om eenzijdig aanwijzingen te geven omtrent de uitvoering van de opdracht; een gegronde reden voor opzegging door de opdrachtnemer kwalificeert op zichzelf dus niet als een toerekenbare tekortkoming van de opdrachtgever.

4.8. Facet heeft nog een aantal nevenverwijten aan het adres van ICT4Kraam geformuleerd (dagvaarding onder 4). De verwijten worden gelaten voor wat zij zijn, omdat - wat er ook van zij - gesteld noch is gebleken dat zij vanwege hun meer dan geringe betekenis een ontbinding van de overeenkomst rechtvaardigen en zonder toelichting - die ontbreekt - niet in verband kunnen worden gebracht met de door Facet opgevoerde schadeposten.

4.9. Al met al zijn er geen aanwijzingen dat ICT4Kraam een relevante tekortkoming kan worden verweten die een ontbinding van de overeenkomst rechtvaardigt of anderszins tot schadeplichtigheid leidt. Facet wordt dus geacht met haar verklaring van 30 juli 2018 de overeenkomst zelf voortijdig te hebben opgezegd; de gevolgen van die opzegging komen dus voor haar eigen rekening. Voor zover Facet nog heeft bedoeld te betogen dat zij na de instructie om de verwebbing *on hold* te zetten niet anders kon dan de overeenkomst opzeggen, faalt ook dat betoog. Dat zij volledig afhankelijk was van de verwebbing omdat zij haar hele organisatie had ingericht voor de verwebbing en ICT4Kraam haar enige klant was, zijn omstandigheden die voor haar eigen rekening komen, nu zij immers als zelfstandig opdrachtnemer met ICT4Kraam heeft gecontracteerd.

4.10. Op het voorgaande stuiten alle vorderingen van Facet af. Aan bewijslevering wordt niet toegekomen, omdat geen voldoende specifiek bewijs is aangeboden van stellingen die voor de beslissing van de zaak van belang kunnen zijn. Facet zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van ICT4Kraam worden begroot op:

| | | |
|---------------------|---|---|
| - griffierecht: | € | 4.030,00 |
| - salaris advocaat: | € | 7.747,50 (2,5 punt × tarief € 3.099,00) |
| totaal: | € | 11.777,50 |

5. De beslissing

De rechtbank

- 5.1. wijst de vorderingen af;
- 5.2. veroordeelt Facet in de proceskosten, aan de zijde van ICT4Kraam tot op heden begroot op € 11.777,50, te vermeerderen met de wettelijke rente over dat bedrag vanaf de vijftiende dag na dit vonnis;
- 5.3. verklaart dit vonnis wat betreft de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. A.S. Arnold en in het openbaar uitgesproken op 18 december 2019.

[3179/2971]

Voor EERSTE GROSSE uitgegeven aan
Mr.

H.A.J. de Jong
advocaat.

De griffier.

