

# arrest

---

## GERECHTSHOF ARNHEM-LEEWARDEN

locatie Arnhem

afdeling civiel recht, handel

zaaknummer gerechtshof 200.243.622

(zaaknummer rechtbank Midden-Nederland, locatie Utrecht, C/16/442954)

### arrest van 7 april 2020

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

**Yourit B.V.**,

handelend onder de naam Otys Recruiting Technology,

gevestigd te Veenendaal,

appellante in het principaal hoger beroep,

geïntimeerde in het incidenteel hoger beroep,

in eerste aanleg: eiseres in conventie en verweerster in reconventie,

hierna: **Otys**,

advocaat: mr. P.G. van der Putt,

tegen:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

**Ordina Holding B.V.**,

gevestigd te Nieuwegein,

geïntimeerde in het principaal hoger beroep,

appellante in het incidenteel hoger beroep,

in eerste aanleg: gedaagde in conventie en eiseres in reconventie,

hierna: **Ordina**,

advocaat: mr. M.R. Ruygvoorn.

### 1. Het verdere verloop van het geding in hoger beroep

1.1 Voor het verloop van de procedure tot 29 oktober 2019 verwijst het hof naar het arrest dat op die datum is gewezen. Ter uitvoering van dat arrest heeft op 11 maart 2020 een comparitie van partijen plaatsgevonden. Daarbij zijn van beide zijden spreeknotities overgelegd. Van de zitting is proces-verbaal opgemaakt.

1.2 Partijen hebben arrest gevraagd.

### 2. De vaststaande feiten

2.1 Het hof gaat in hoger beroep uit van de feiten zoals beschreven in de rechtsoverwegingen 2.1 tot en met 2.9 van het (bestreden) vonnis van de rechtbank van 23 mei 2018 (ECLI:NL:RBMNE:2018:3766).

### 3. De motivering van de beslissing in hoger beroep

3.1 Het gaat in deze procedure om het volgende. Yourit levert software voor werving en selectie ("recruitmentsoftware"). Ordina is een ICT-dienstverlener. Otys heeft een offerte uitgebracht, gedateerd 13 januari 2017, voor levering van recruitmentsoftware onder de naam "Otys Go!" aan Ordina. Op 13 januari 2017 zijn partijen een "Pilotovereenkomst Otys Recruiting Technology" aangegaan (hierna: de overeenkomst). Het pilotgedeelte besloeg vier maanden. Feitelijk hield de pilot in dat Otys Go! - een bestaand product dat al aan vele klanten was geleverd, onder andere aan een aan Ordina gelieerde onderneming - zou worden geïmplementeerd binnen Ordina. Daarbij zou de software door wijziging en invullen van de instellingen worden aangepast aan de wensen van Ordina. Overeengekomen werd dat de raad van bestuur van Ordina na afloop van de pilot een definitief besluit zou nemen over het al dan niet aangaan van een meerjarige licentie- en onderhoudsovereenkomst (de zogenoemde "go-no go-beslissing").

In artikel 9.1 van de overeenkomst is, onder het kopje 'Garantie' bepaald dat Otys onder meer garandeert dat: "*c. de Programmatuur efficiënt, deugdelijk en onderling samenhangend is geschreven*"; en "*g. de structuur van de toegevoegde Programmatuur zodanig is dat - in het geval de Programmatuur wordt gewijzigd - deze met behulp van beperkte middelen en met behoud van de overeengekomen functionaliteit kan worden aangepast*".

Op de overeenkomst zijn van toepassing de Algemene Inkoopvoorwaarden Ordina (hierna: AV). Artikel 13.1 van de AV luidt, voor zover van belang:

*"Indien Leverancier toerekenbaar tekortschiet in de nakoming van verplichtingen voortvloeiende uit de Overeenkomst kan Ordina (...) de Overeenkomst (...) ontbinden na ingebrekestelling waarbij Leverancier een redelijke termijn wordt gesteld voor zuivering van de tekortkoming (...). Geen ingebrekestelling is vereist, indien Ordina redelijkerwijs kan voorzien dat niet kan worden nagekomen (...) in welke gevallen Leverancier direct in verzuim is."*

Otys heeft ter uitvoering van de overeenkomst werkzaamheden verricht. Vanaf 27 januari 2017 tot 28 april 2017 heeft Otys 5 facturen aan Ordina verstuurd conform het in de overeenkomst opgenomen schema. Ordina heeft daarvan alleen de tweede factuur van € 52.220,58 betaald. Bij brief van 10 mei 2017 heeft Otys Ordina gesommeerd de vervallen facturen per direct te betalen. Bij brief van eveneens 10 mei 2017 heeft Ordina aan Otys meegedeeld dat zij de overeenkomst met onmiddellijke ingang ontbindt, omdat zij heeft geconstateerd dat Otys de verplichtingen uit de overeenkomst niet kan nakomen.

3.2 Otys vorderde in eerste aanleg betaling van de vier openstaande facturen van in totaal € 208.882,31 incl. btw (alsmede een drietal in hoger beroep niet meer gevorderde andere facturen), vermeerderd met rente en kosten, een verklaring voor recht en schadevergoeding. Ordina vorderde terugbetaling van het door haar betaalde bedrag van € 52.220,58 op basis van primair ongedaanmaking na ontbinding, subsidiair schadevergoeding en meer subsidiair onverschuldigde betaling na vernietiging wegens dwaling.

De rechtbank heeft de vorderingen van beide partijen afgewezen en de proceskosten gecompenseerd.

3.3 In het principaal hoger beroep vordert Otys vernietiging van het vonnis in conventie en toewijzing van haar (gewijzigde) vordering, met veroordeling van Ordina in de kosten van beide instanties (naar het hof begrijpt: onder vernietiging in zoverre ook van het vonnis in reconventie). De eiswijziging bestaat enerzijds uit vermindering van het gevorderde bedrag tot € 208.882,31 en anderzijds uit een nieuwe subsidiaire grondslag (art. 7:405 en 7:411 BW) en een andere verklaring voor recht. Tegen die laatste eiswijzigingen zijn geen bezwaren



aangevoerd en deze acht het hof ook niet in strijd met de beginselen van een goede procesorde. Het hof zal dan ook recht doen op de verminderde en gewijzigde eis. In het incidenteel hoger beroep vordert Ordina vernietiging van het vonnis in reconventie en toewijzing van haar vorderingen, met veroordeling van Otys in de kosten van beide instanties (naar het hof begrijpt: onder vernietiging in zoverre ook van het vonnis in conventie). Het hof zal de grieven in het principaal en incidenteel hoger beroep zoveel mogelijk gezamenlijk bespreken.

3.4 Beide partijen (principale grief 3 en incidentele grief 1, onder randnummer 10.4) komen - terecht - op tegen het oordeel van de rechtbank dat in het midden kan blijven of de overeenkomst terecht door Ordina is ontbonden. Het beroep op ontbinding is immers het hoofdverweer van Ordina en heeft belangrijke rechtsgevolgen als het slaagt of als het faalt. De beide grieven zijn dus (in zoverre) terecht voorgesteld.

3.5 Voor een succesvol beroep op ontbinding is vereist dat sprake is van een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis uit de overeenkomst (tenzij de tekortkoming gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis de ontbinding en haar gevolgen niet rechtvaardigt) en, voor zover nakoming niet blijvend of tijdelijk onmogelijk is, dat de schuldenaar in verzuim is (art. 6:265 BW). Verzuim treedt, behoudens uitzonderingen, in door een ingebrekestelling en het uitblijven van nakoming binnen de gestelde termijn (art. 6:82 BW). In dit geval is niet in geschil dat geen ingebrekestelling heeft plaatsgevonden. Ordina beroept zich echter onder verwijzing naar artikel 13.1 van de AV, als hierboven geciteerd, erop dat sprake is van zodanige tekortkomingen door Otys dat "Ordina redelijkerwijs kan voorzien dat niet kan worden nagekomen" in welk geval het verzuim volgens de AV direct intreedt. Tussen partijen is niet in geschil dat de AV deel uitmaken van de contractuele relatie tussen partijen en het partijen vrijstaat een dergelijke uitzondering op het vereiste van een ingebrekestelling in de vorm van algemene voorwaarden met elkaar overeen te komen. Het hof stelt ook vast dat de overeengekomen regeling dicht ligt tegen de wettelijke bepaling dat bij tijdelijke of blijvende onmogelijkheid geen verzuim nodig is (een bepaling waar Ordina zich niet op heeft beroepen). De stelplicht en bewijslast dat sprake is van tekortkomingen door Otys van zodanige aard dat "Ordina redelijkerwijs kan voorzien dat niet kan worden nagekomen" rusten overeenkomstig de hoofdregel van art. 150 Rv op Ordina. Ter zitting van het hof is namens Ordina verder op een vraag van het hof bevestigd dat artikel 13.1 AV zo moet worden uitgelegd dat het gaat om de geobjectiveerde redelijke verwachting aan de zijde van Ordina.

3.6 Ordina heeft ter onderbouwing van haar standpunt betoogd dat de programmatuur van Otys 'interoperabel' moest zijn met de overige computersoftware van Ordina en zonder veel aanpassingen als het ware 'plug and play' in gebruik had moeten kunnen worden genomen. Er bleken echter veel aanpassingen nodig die niet eenvoudig te realiseren waren. Daarvoor moest de programmatuur op een groot aantal punten ingrijpend worden gewijzigd dan wel moesten aparte interfaces worden geschreven. Oplevering en zelfs de geplande deelopleveringen bleven uit. De door Otys aangeleverde documentatie was bovendien mager. Volgens Ordina voldeed de programmatuur niet aan de overeengekomen garanties. Voor het bewijs van haar stellingen verwijst Ordina naar een door drie van haar medewerkers opgesteld rapport, door Ordina aangeduid als 'deskundigenrapport'. Daaruit blijkt volgens Ordina dat door Otys niet wordt voldaan aan de garanties dat 'de programmatuur efficiënt, deugdelijk en onderling samenhangend is geschreven' en dat 'de structuur van de toegevoegde programmatuur zodanig is dat - in het geval de programmatuur wordt gewijzigd - deze met behulp van beperkte middelen en met behoud van de overeengekomen

functionaliteit kan worden aangepast'.

Het was volgens Ordina voor haar duidelijk dat het alsnog in overeenstemming brengen van de programmatuur met de uitgangspunten die partijen waren overeengekomen, zodanig veel tijd en een zodanige investering aan de zijde van Otys zou gaan vergen, dat in redelijkheid niet meer viel aan te nemen dat alsnog gekomen zou kunnen worden tot programmatuur die wel voldeed aan de hiervoor genoemde garanties en uitgangspunten. Feitelijk had de programmatuur daartoe volledig herschreven moeten worden. Daarnaast heeft Otys volgens Ordina de op haar, als professioneel leverancier van softwareprogrammatuur en ter zake meest deskundige partij, rustende zorgplicht jegens haar klant, Ordina, geschonden door Ordina niet tijdig te waarschuwen voor de discrepantie tussen wat partijen waren overeengekomen en haar product.

Subsidiair stelt Ordina te hebben gedwaald.

3.7 Otys heeft deze stellingen van Ordina gemotiveerd betwist. Otys stelt dat zij de overeenkomst correct is nagekomen. Zij wijst erop dat een pilot is bedoeld om na te gaan of een bepaald pakket voldoende potentie heeft om tot aanschaf over te gaan. Een pilot die is uitgevoerd conform de pilotovereenkomst kan als resultaat hebben dat een no-go beslissing wordt genomen. Als een no-go beslissing wordt genomen, betekent dat uiteraard niet dat de leverancier wanprestatie heeft gepleegd onder de pilotovereenkomst of dat sprake was van dwaling. Otys betwist dat Otys Go! niet goed interoperabel was met de overige computersoftware van Ordina. De overeenkomst bevat volgens Otys geen specifieke eisen ten aanzien van architectuur of configureerbaarheid, in het bijzonder niet dat op basis van 'plug & play' met de programmatuur aan de gang zou kunnen worden gegaan en zo min mogelijk kostbare maatwerk aanpassingen zouden dienen te worden gemaakt. Omdat een fixed fee is afgesproken, is bezorgdheid om dure maatwerk aanpassingen ook geen issue. De programmatuur was volgens Otys opleverklaar maar Ordina heeft die niet in ontvangst genomen. De bijgeleverde documentatie was niet summier. Otys betwist dat sprake was van een situatie dat Ordina redelijkerwijs kon voorzien dat door Otys niet kon worden nagekomen. Als Ordina al twijfels had over de architectuur en aanpasbaarheid van Otys Go!, dan had het (mede gezien de redelijkheid en billijkheid die partijen over en weer moeten betrachten) op haar weg gelegen die twijfels tijdig met Otys te delen. In ieder geval had het op haar weg gelegen om het door Ordina als zodanig aangeduide 'deskundigenbericht' en de vergaande en onjuiste conclusies die daarin worden getrokken, te delen met Otys en Otys in de gelegenheid te stellen daar op te reageren. Het 'deskundigenrapport' van de drie medewerkers wordt integraal betwist. Otys verwijst verder in dat verband naar een in haar opdracht vervaardigd rapport van Synthese (heer J. Honkoop) van 4 januari 2019, waarin wordt geconcludeerd dat de programmatuur "zonder haperingen" werkt. Otys bestrijdt dat zij een op haar rustende zorgplicht heeft geschonden. Otys bestrijdt ook het beroep op dwaling.

3.8 Het hof is van oordeel dat Ordina in het licht van de uitvoerige en gemotiveerde betwisting door Otys haar stellingen onvoldoende heeft onderbouwd. Ter zitting van het hof heeft zij niet kunnen aangeven waar in de overeenkomst de eis is opgenomen dat de apparatuur zonder veel aanpassingen 'plug and play' zou moeten werken ('standaardwerk'). Het enkele gegeven dat Otys in reactie op de 'initiële uitvraag' van Ordina heeft aangegeven dat de door Ordina daarin beschreven functionaliteiten voor "100% matcht met Otys" en dat van de gevraagde zeven koppelingen Otys er vijf standaard levert, acht het hof onvoldoende om de overeenkomst op die manier te kunnen uitleggen. Op basis hiervan mag worden verwacht dat de software over functionaliteiten beschikt die matchen met de uitvraag van Ordina maar niet dat geen of nauwelijks werkzaamheden nodig zijn om die functionaliteiten



werkend te krijgen. Bijkomende feiten en omstandigheden die (met toepassing van de hier geldende Haviltexmaatstaf) toch tot de door Ordina gestelde uitleg kunnen leiden zijn onvoldoende gesteld noch gebleken. Ordina heeft verder onvoldoende betwist dat de overeenkomst weliswaar een pilot was maar dat deze feitelijk een *volledige* implementatie van de software binnen Ordina inhield. Daarmee slaagt grief 4 in het principaal hoger beroep dat de rechtbank ten onrechte heeft aangenomen dat partijen over en weer de verwachting hadden dat het gebruik van de software door Ordina grotendeels standaardwerk zou zijn, in die zin dat in elk geval niet is gebleken dat een dergelijke verwachting aan de zijde van Ordina gerechtvaardigd was. De gestelde schending van de zorgplicht kan hier dan ook niet op worden gebaseerd. Ook het -zeer summier onderbouwde - beroep op dwaling kan niet met succes op de hiervoor bedoelde mededeling (de '100 % match') worden gebaseerd (aangenomen al dat Ordina deze mededeling bedoelt in randnummer 12.1 van de MvA tevens IA, nu zij dat verder niet toelicht). Het is overduidelijk een wervende tekst waaraan een in de branche zeer goed bekende partij als Ordina niet zomaar de verwachting mocht verbinden dat de 'matchende' software vrijwel zonder bijkomende werkzaamheden in de bestaande softwareomgeving van Ordina geïntegreerd kon worden. Als dat zo belangrijk was, dan had Ordina dit concreter en nauwkeuriger dienen te bedingen.

3.9 Dat de software verder van zodanige kwaliteit was dat deze ook na aanpassingen niet aan de overeengekomen garanties zou kunnen voldoen en Ordina daarom redelijkerwijs kon voorzien dat niet kon worden nagekomen, acht het hof onvoldoende onderbouwd. Het (door Ordina zo genoemde) deskundigenrapport waarop Ordina die stelling baseert is ongedateerd en afkomstig van drie eigen medewerkers en mist daarmee voldoende objectiviteit. Bovendien is het slechts een eerste evaluatie, zoals in het rapport (onder 2.3) wordt aangegeven. Verder is het rapport in de conclusie van antwoord in reconventie uitvoerig en gemotiveerd weersproken. De rechtbank constateerde een en ander al in rechtsoverweging 4.16, waartegen door Ordina geen grief is aangevoerd. Opvallend is verder dat er slechts één e-mailbericht van Ordina is overgelegd (e-mailbericht van 22 februari 2017) waarin bezorgdheid wordt geuit over een specifieke koppeling en dat verdere e-mailberichten of brieven van de kant van Ordina met klachten over de software ontbreken. Dit sluit weliswaar niet uit dat mondeling is geklaagd (zoals Ordina ook stelt, zonder overigens ook daarin concreet te worden) maar het geeft wel voeding aan de twijfel over de ernst en vermeende onoplosbaarheid van de klachten. Het hof onderschrijft verder de stelling van Otys dat de redelijkheid en billijkheid die de rechtsverhouding tussen partijen beheersen, meebrachten dat het op de weg van Ordina had gelegen om Otys te confronteren met het 'deskundigenrapport' en haar opvatting dat nakoming niet meer mogelijk was met het verzoek aan Otys om daarop te reageren. Het zonder wederhoor eenzijdig trekken van de conclusie dat niet kan worden nagekomen en het direct ontbinden met een beroep op artikel 13.1 AV zou alleen in geval van evidente niet herstelbare tekortkomingen in overeenstemming te brengen zijn met de redelijkheid en billijkheid, maar daarvan is hier niet gebleken. Daarbij moet worden bedacht dat de gevolgen van een ontbinding in dit geval ingrijpend zijn, daar waar Otys onweersproken heeft gesteld dat zij al zeer veel uren aan de pilot had gewerkt toen de ontbinding werd ingeroepen. Het hof stelt ten slotte vast dat een concreet op specifieke tekortkomingen en het 'redelijkerwijs voorzien dat niet kan worden nagekomen' toegesneden bewijsaanbod ontbreekt. Het wel gedane bewijsaanbod is te algemeen geformuleerd en zal daarom worden gepasseerd. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat het beroep op ontbinding, evenals het beroep op dwaling, faalt.

#### 4. De slotsom

4.1 Nu Ordina zich niet beroept op opzegging of een andere vorm van beëindiging van de overeenkomst dan door ontbinding of vernietiging, slaagt daarmee grief 2 in het principaal hoger beroep die gericht is tegen het oordeel van de rechtbank dat de overeenkomst is geëindigd door de brief van Ordina van 10 mei 2017. Ook het beroep op dwaling faalt en daarmee grief III in het incidenteel hoger beroep. Daarmee slaagt grief 1 in het principaal hoger beroep dat de rechtbank ten onrechte heeft aangenomen dat er onvoldoende grond is om de vordering tot betaling van de facturen waarvan in hoger beroep betaling wordt gevorderd toe te wijzen. De vordering tot betaling van die facturen (die als zodanig niet zijn betwist) ten bedrage van € 208.882,31 incl. btw is dan ook toewijsbaar, vermeerderd met de - niet afzonderlijk betwiste - wettelijke handelsrente vanaf datum opeisbaarheid. Ook de gevorderde verklaring voor recht dat het bedrag van € 52.220,58 verschuldigd is betaald is toewijsbaar. De tevens gevorderde buitengerechtelijke kosten zijn niet in een bedrag uitgedrukt en daarom reeds niet toewijsbaar. Grievens 5 en 6 in het principaal hoger beroep behoeven niet besproken te worden. Grief II in het incidenteel hoger beroep kan gelet op het voorgaande eveneens onbesproken blijven. Het hof ontwaart in het incidenteel hoger beroep geen grief tegen de afwijzing van de subsidiair gevorderde schadevergoeding. Overigens is die vordering in het licht van wat hiervoor is overwogen onvoldoende onderbouwd en daarom niet toewijsbaar. Met grief IV in het incidenteel hoger beroep klaagt Ordina over de compensatie van de proceskosten omdat volgens haar Otys heeft te gelden als de in het ongelijk te stellen partij. De grief faalt nu, in tegendeel, Ordina heeft te gelden als de overwegend in het ongelijk te stellen partij. Zij zal dan ook worden veroordeeld in de kosten van beide instanties.

4.2 De kosten voor de procedure in eerste aanleg aan de zijde van Otys zullen worden vastgesteld op:

*in conventie:*

- exploitkosten	€ 80,42
- griffierecht	€ 3.894
- totaal verschotten	€ 3.974,42
- salaris advocaat	€ 3.414 (2 punten x tarief V)

*in reconventie:*

- salaris advocaat	€ 1.707 (1 punt x tarief V)
--------------------	-----------------------------

De kosten voor de procedure in hoger beroep aan de zijde van Otys zullen worden vastgesteld op:

*In het principaal hoger beroep:*

- exploitkosten	€ 81
- griffierecht	€ 5.270
- totaal verschotten	€ 5.351
- salaris advocaat	€ 6.322 (2 punten x tarief V)

*in het incidenteel hoger beroep:*

- salaris advocaat	€ 3.161 (1 punt x tarief V).
--------------------	------------------------------



Als niet weersproken zal het hof ook de gevorderde nakosten toewijzen zoals hierna vermeld.

### **De beslissing**

Het hof, recht doende in hoger beroep:

vernietigt het vonnis van de rechtbank Midden-Nederland, locatie Utrecht, van 23 mei 2018 en doet opnieuw recht;

veroordeelt Ordina tot betaling aan Otys van de vier facturen waarvan in hoger beroep betaling wordt gevorderd, in totaal € 208.882,31 incl. btw, vermeerderd met de wettelijke handelsrente vanaf data opeisbaarheid, respectievelijk: 28-03-2017, 29-05-2017, 23-06-2017 en 27-06-2017, tot aan de dag van voldoening;

verklaart voor recht dat Ordina het bedrag van € 52.220,58 (factuur NL20170626 d.d. 28 februari 2017) verschuldigd aan Otys heeft voldaan;

veroordeelt Ordina in de kosten van beide instanties, tot aan de bestreden uitspraak aan de zijde van Otys wat betreft de eerste aanleg vastgesteld op (in conventie) € 3.974,42 voor verschotten en op € 3.414 voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief en (in reconventie) op € 1.707 voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief en tot aan deze uitspraak wat betreft het hoger beroep vastgesteld op € 5.351 voor verschotten en op € 6.322 voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief in het principaal hoger beroep en € 3.161 voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief in het incidenteel hoger beroep;

veroordeelt Ordina in de nakosten, begroot op € 157, met bepaling dat dit bedrag zal worden verhoogd met € 82 in geval Ordina niet binnen veertien dagen na aanschrijving aan deze uitspraak heeft voldaan én betekening heeft plaatsgevonden;

verklaart dit arrest ten aanzien van de daarin vervatte veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit arrest is gewezen door mr. S.M. Evers, mr. L. Janse en mr. J. Wolbrink, is ondertekend door de rolraadsheer en is door de rolraadsheer in tegenwoordigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op 7 april 2020.



Handwritten signature in blue ink above a blue stamp. The stamp reads: 'Uitgegeven voor grosse op 7-4-2020 door de griffier van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden'.