

**LJN: BP2965, Gerechtshof Amsterdam , 200.043.352/01**

Datum uitspraak: 01-02-2011

Datum publicatie: 03-02-2011

Rechtsgebied: Handelszaak

Soort procedure: Hoger beroep

Inhoudsindicatie: Uitleg van (elkaar opvolgende) overeenkomst(en).

---

**Uitspraak**

zaaknummer 200.043.352/01

1 februari 2011

## GERECHTSHOF TE AMSTERDAM TWEEDE MEERVOUDIGE BURGERLIJKE KAMER

## ARREST

in de zaak van:

- 1) de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid ORDINA CONSULTING B.V., voorheen genaamd Ordina Business & Enterprise Solutions B.V.,
  - 2) de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid ORDINA DESKTOP SOLUTIONS B.V.,
  - 3) de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid ORDINA DATA SERVICES B.V.,
- alle gevestigd te [vestigingsplaats],  
APPELLANTEN in principaal appel,  
GEÏNTIMEERDEN in incidenteel appel,  
advocaat: mr. K.A.J. Bisschop, te Amsterdam,

t e g e n

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
ECONOCOM NEDERLAND B.V.,  
gevestigd te [vestigingsplaats],  
GEÏNTIMEERDE in principaal appel,  
APPELLANTE in incidenteel appel,  
advocaat: mr. R. Imhof, te Utrecht.

Appellanten in principaal appel, geïntimeerden in incidenteel appel zullen in dit arrest (ook) Ordina worden genoemd. Geïntimeerde in principaal appel, appellante in incidenteel appel zal Econocom worden genoemd.

## 1. Het geding in hoger beroep

1.1. Ordina is bij dagvaarding van 29 juli 2009 in hoger beroep gekomen van de vonnissen die door de rechtbank te Amsterdam, sector kanton, onder nummer CV 07-29020 tussen Ordina als eiseressen in conventie, verweersters in reconventie en Econocom en de naamloze vennootschap Amstel Lease Maatschappij N.V. (hierna Amstel Lease) als gedaagden in conventie, eiseressen in reconventie zijn gewezen en die zijn uitgesproken op 28 augustus 2008, 15 januari 2009 en 7 mei 2009 met dagvaarding van Econocom en Amstel Lease voor dit hof.

1.2. Ordina heeft bij memorie tien grieven (in de memorie is sprake van veertien grieven, maar de grieven zeven tot en met tien ontbreken) geformuleerd, haar eis vermeerderd en bewijs aangeboden, met conclusie als verwoord in die memorie. Voorts heeft Ordina in de memorie aangegeven het hoger beroep tegen Amstel Lease (die door Ordina in hoger beroep wel was gedagvaard) niet door te zetten.

1.3. Econocom heeft bij memorie van antwoord de grieven in het principaal appel bestreden, in

incidenteel appel drie grieven naar voren gebracht, haar eis in reconventie vermeerderd en bewijs aangeboden, met conclusie als in die memorie omschreven.

1.4. Ordina heeft bij memorie de grieven in het incidenteel appel bestreden en bewijs aangeboden.

1.5. Partijen hebben hun zaak doen bepleiten. Namens Ordina is gepleit door mr. K.A.J. Bisschop voornoemd en mr. H. Zagers, advocaat te Amsterdam. Zij hebben hun pleitnotities aan het hof overgelegd. Namens Econocom is door mr. R. Imhof gepleit, hij heeft zijn pleitnota aan het hof overgelegd.

1.6. Ten slotte hebben partijen het hof gevraagd arrest te wijzen op de stukken van beide instanties.

## 2. De grieven

Voor de inhoud van de grieven verwijst het hof naar de hier-voor onder 1.2 en 1.3 genoemde memories.

## 3. Waarvan het hof uitgaat

3.1. De rechtbank, sector kanton, (hierna de kantonrechter) heeft in het vonnis van 28 augustus 2008 in de eerste tien rechtsoverwegingen een aantal feiten vastgesteld. De juistheid van die vaststelling is niet in geding, zodat ook het hof van die vaststelling zal uitgaan.

3.2. Samengevat gaat het in deze zaak om het volgende.

3.2.1. Appellanten in principaal beroep, tevens geïntimeerden in incidenteel beroep – Ordina - zijn dochterondernemingen van Ordina Nederland B.V. Zij maken deel uit van de Ordina Groep. Ordina is gericht op dienstverlening op het gebied van auto-matisering.

3.2.2. Econocom is een onderneming die gericht is op lease en financiering van (vooral) ICT-apparatuur.

3.2.3. Ordina Sociale Zekerheid B.V. (hierna Ordina PSZ) heeft in november 2000 Relan ICT B.V. overgenomen. Hierdoor kreeg Ordina PSZ de beschikking over een grote hoeveelheid ICT-apparatuur (meer dan 20.000 objecten), die gemiddeld 18 maanden oud was. Ordina PSZ heeft de ICT-apparatuur op 31 december 2000 overgedragen aan Econocom voor een bedrag van € 10.004.082,-. Dit bedrag is gelijk aan de boekwaarde die de ICT-apparatuur destijds vertegenwoordigde. Econocom heeft vervolgens bij een op 6 maart 2001 gesloten leaseovereenkomst de ICT-apparatuur aan Ordina PSZ verhuurd voor een periode van 36 maanden, met als ingangsdatum 1 januari 2001 (hierna de DTS overeenkomst). De artikelen 15 en 22 sub 19 opgenomen in die overeenkomst luiden als volgt:

### “Artikel 15 Verlenging

Deze overeenkomst wordt stilzwijgend telkenmale met 12 maanden tegen dezelfde voorwaarden verlengd, tenzij een van de partijen tenminste 9 maanden voor het mogelijke einde van de huurperiode de overeenkomst opzegt per aangetekend schrijven; tijdens een verlenging bedraagt deze periode echter 6 maanden. Ook de in artikel 6 genoemde opties voor wijziging en vervanging van de APPARATUUR blijven dus onverminderd van toepassing.

Indien de in artikel 20 lid 1 opgenomen huurprijs niet constant is, zal de huurprijs van de verlenging gelijk zijn aan het gewogen gemiddelde van de in artikel 20 lid 1 genoemde huurprijzen.

### Artikel 22 Aanvullingen en wijzigingen

(...)

19. Gedurende een verlenging van deze overeenkomst op grond van het bepaalde in artikel 15 zal de huurprijs gebaseerd worden op de dan geldende marktwaarde van de apparatuur, met dien verstande dat de huurprijs niet meer zal bedragen dan 45% van de in deze overeenkomst genoemde huurprijs.”

3.2.4. De DTS overeenkomst voorziet – in artikel 6 - in de mogelijkheid dat Ordina PSZ gedurende de looptijd daarvan wijzigingen kan aanbrengen in de samenstelling van het contractsbestand. Ordina PSZ heeft van deze mogelijkheid (veelvuldig) gebruik gemaakt. Artikel 6 luidt:

### “Artikel 6 Opties

HUURDER heeft de mogelijkheid de APPARATUUR te wijzigen of te vervangen. VERHUURDER verplicht zich die wijziging of vervanging uit te voeren, mits wordt voldaan aan de volgende voorwaarden:

a het KREDIET COMITÉ geeft haar toestemming aan de nieuwe overeenkomst met HUURDER, zij zal deze toestemming niet op onredelijke gronden weigeren;

b de nieuwe huurperiode is minimaal gelijk aan de huurperiode van de oorspronkelijke overeenkomst;

c de huurprijs van de nieuwe overeenkomst is minimaal gelijk aan de huurprijs van de oorspronkelijke overeenkomst.”

3.2.5. Telkens na drie maanden hebben partijen een nieuw contract getekend met daarin opgenomen de nieuw geleaste ICT-apparatuur. Het laatste artikel van iedere (nieuwe) opvolgende huurovereenkomst – vlak boven de handtekening van partijen - luidt:

“Bij aanvang van deze huurovereenkomst komt huurovereenkomst met nummer \_\_\_\_\_ te vervallen.”

Voorts is in al deze overeenkomsten een bepaling (artikel 21 lid 2) opgenomen met de navolgende inhoud:

“Bij aanvang van deze overeenkomst komen alle voorafgaande overeenkomsten en aanbiedingen die betrekking hebben op de in artikel 23 genoemde APPA-RATUUR te vervallen.”

Artikel 23 van de overeenkomsten geeft steeds een beschrijving van de gehuurde apparatuur.

3.2.6. Op 26 maart 2003 hebben Ordina PSZ en Econocom een afgesplitste tweede leaseovereenkomst (hierna de DS overeenkomst) gesloten met als ingangsdatum 1 april 2003. Het sluiten van de DS overeenkomst hield verband met wijzigingen in de vennootschapsstructuur van Ordina. Ook in het kader van deze DS overeenkomst zijn vervolgens op dezelfde wijze als hiervoor omschreven nieuwe opeenvolgende contracten gesloten.

3.2.7. Ordina is op enig moment rechtsoptvolger (onder algemene titel) geworden van Ordina PSZ. Ordina heeft per 15 maart 2005 de lopende huurovereenkomsten opgezegd. Per 1 april 2007 was de termijn van het laatste contract verlopen.

3.2.8. Naast de hiervoor vermelde huurovereenkomsten is voorts nog sprake van separate huurovereenkomsten die – door Econocom - worden aangeduid als Overeenkomst 3. De looptijd daarvan is beëindigd op 1 april 2007 dan wel 1 juli 2007, zoals hierna zal blijken, na aanvang van de onderhavige procedure.

3.2.9. Ordina heeft bij dagvaarding in eerste aanleg van 21 maart 2007 (in conventie) een bedrag van € 5.172.976,- (met rente en kosten) gevorderd van Econocom uit hoofde van onverschuldigde betaling. Ordina heeft zich op het standpunt gesteld dat Econocom op grond van onjuiste uitleg van de leaseovereenkomst (en) haar voornoemd bedrag teveel in rekening heeft gebracht.

3.2.10. Econocom heeft dit gemotiveerd betwist, maar heeft primair een beroep gedaan op een in de huurovereenkomsten opgenomen vervaltermijn. In reconventie heeft Econocom van Ordina na eisiwijziging - eerst vorderde Econocom een bedrag van € 2.620.851,41 - betaling gevorderd van een bedrag van € 237.000,- (met rente en kosten) uit hoofde van het door Ordina niet voldoen aan de op Ordina bij het beëindigen van de overeenkomsten rustende verplichtingen (waaronder de verplichting tot inlevering van geleaste apparatuur).

3.2.11. De kantonrechter heeft in conventie het beroep van Econocom op de vervaltermijn afgewezen en de vordering van Ordina afgewezen. In reconventie heeft de kantonrechter de - gewijzigde - vordering van Econocom toegewezen.

3.2.12. Ordina heeft zowel tegen het in conventie als tegen het in reconventie gewezen vonnis geappelleerd en (de grondslag van) haar eis gewijzigd. In appel heeft Ordina haar vordering subsidiair gebaseerd op de stelling dat de opvolgende overeenkomsten niet rechtsgeldig namens haar zijn aangegaan, omdat de door haar verstrekte volmachten zeer uitdrukkelijk niet zijn gegeven voor het overeenkomen en aanbrengen van in-houdelijke wijzigingen ten opzichte van de oorspronkelijke overeenkomst.

3.2.13. Econocom heeft haar incidenteel appel gericht tegen het in conventie en reconventie gewezen vonnis. In appel heeft Econocom haar eis vermeerderd naar haar oorspronkelijke eis in reconventie ten bedrage van € 2.620.851,41 (met rente en kosten).

4. Ontvankelijkheid van het tegen het tussenvonnissen van 15 januari 2009 ingestelde hoger beroep

Tegen het vonnis van 15 januari 2009 zijn geen grieven gefor-muleerd. Ordina kan derhalve in haar hoger beroep tegen dat vonnis niet worden ontvangen. Dienovereenkomstig zal worden beslist.

#### 5. Behandeling van de grieven I en II van het incidenteel appel

5.1. De grieven I en II in incidenteel appel stellen de vraag aan de orde of de rechtsvordering van Ordina is vervallen.

5.2. In de tussen partijen gesloten overeenkomsten is telkens een bepaling opgenomen met de navolgende inhoud (zie voor een voorbeeld artikel 17 lid 2 van de overeenkomst van 6/3/2001, productie 3 conclusie van antwoord in conventie, tevens eis in reconventie):  
“De mogelijkheid tot het instellen van enige rechtsvordering danwel aanhan-gig maken van enig geschil ter zake of naar aanleiding van deze overeen-komst vervalt na verloop van 2 jaar nadat de aanleiding zich heeft voorge-daan.”

5.3. Econocom stelt – onder verwijzing naar de inleidende dagvaarding onder 1.16 van Ordina - dat de kwestie van de onverschuldigde betaling in de loop van 2004 door Ordina aan de orde is gesteld, zodat Ordina uiterlijk “in de loop van 2006” een rechtsvordering tegen Econocom had moeten instellen. Nu Ordina Econocom pas op 21 maart 2007 heeft gedagvaard is de vervaltermijn overschreden.

5.4. Ordina bestrijdt dit. Zij brengt naar voren dat - nadat zij in september 2004 Econocom had verzocht een beëindigings-voorstel voor de overeenkomsten te doen - partijen veelvuldig met elkaar van gedachten hebben gewisseld en dat Econocom zowel bij brief van 21 januari 2005 als bij e-mail van 2 februari 2005 heeft aangegeven dat de doorhuurprijs wordt toegepast. Hierna heeft Ordina, in brieven, Econocom gevraagd te laten zien hoe die doorhuurprijs was berekend, waarna in een – in opdracht van Econocom opgesteld - BDO-rapport van 13 januari 2006 wordt gesteld dat het rapport is bedoeld voor overleg tussen Ordina en Econocom. Pas toen het Ordina, na een mislukte bemiddelingspoging, duidelijk werd dat Econocom op geen enkele wijze inzage wilde geven in haar berekeningswijze en Ordina dus ook geen antwoord kreeg op de vraag of de door-huurprijs moest worden toegepast op apparatuur die langer dan 36 maanden deel uitmaakte van de samenwerking deed de aan-leiding zich voor een rechtsvordering in te stellen.

5.5. Naar uit de e-mail van 28 januari 2005 blijkt schreef de heer [X] van Econocom aan Ordina, voor zover thans van belang, :  
“(…) Wat in de vergelijking, die door jou is opgesteld met in acht name van mijn aanvullingen, in ieder geval te herleiden is, is dat we naast de 45% doorhuurkorting nog een aanvullende korting hebben doorberekend in de huurprijs (het verschil van bijna 1,5 mio euro. (...) We willen het dan dan ook bij deze afsluitende toelichting laten. (...) Natuurlijk zijn we bereid om, op basis van de flexibiliteitsoptie zoals vermeld in de huidige over-eenkomsten, in overleg te treden om de overeenkomsten, indien deze behoefte bij Ordina bestaat, daar waar mogelijk zoveel mogelijk te laten aansluiten /aan te passen bij de wensen die Ordina heeft. Zoals bekend, is onze accountantmanager de heer [Y] hiervoor het primaire aanspreekpunt.”

5.6. Gezien de inhoud van voornoemd e-mailbericht is het hof van oordeel dat er voor Ordina op dat moment (nog) geen aan-leiding bestond een rechtvordering tegen Econocom in te stel-len.

5.7. Nu gesteld noch gebleken is dat in de periode van 28 januari 2005 tot en met 21 maart 2005 die aanleiding voor Ordina wel is ontstaan en Ordina de inleidende dagvaarding heeft doen uitbrengen op 21 maart 2007 faalt het beroep op de vervaltermijn. Dit betekent dat de grieven I en II in incidenteel appel falen.

#### 6. Behandeling van de grieven voor zover gericht tegen het in conventie gewezen vonnis

6.1. Ordina stelt in grief I dat de kantonrechter in het von-nis van 28 augustus 2008 ten onrechte, althans op onjuiste gronden heeft overwogen dat Econocom de leaseprijzen heeft berekend in overeenstemming met de tekst van de contracten en in grief II dat de kantonrechter ten onrechte, of in ieder geval onvoldoende gemotiveerd heeft geoordeeld dat er ieder kwartaal een nieuwe 36-maands-termijn voor het op dat moment bestaand contractsbestand werd overeengekomen. De derde grief is gericht tegen de door de kantonrechter aan artikel 6 van de overeenkomst gegeven uitleg.

6.2. Ter onderbouwing van deze grieven wijst Ordina er - kort

samengevat - op dat het per kwartaal vernieuwen van de oorspronkelijke overeenkomsten (de DTS- en de DS overeenkomst) uitsluitend om administratieve redenen en op verzoek van Econocom geschiedde. Ordina ging accoord met het voorstel van Econocom om redenen van inzichtelijkheid en vereenvoudigde administratieve afhandeling. Voor Ordina was niet duidelijk dat Econocom daarbij ieder kwartaal een nieuwe looptijd van 36 maanden zou laten starten en evenmin dat zij - althans volgens Econocom - vervolgens nimmer aanspraak zou maken op de doorhuurkorting van maximaal 45% na 36 maanden lease. Ordina brengt voorts nog naar voren dat Econocom op geen enkel moment heeft aangegeven dat de door Econocom voorgestelde drie maanden-delijkse vernieuwing ertoe zou leiden dat zij na 1 januari 2004 geen aanspraak kon maken op de doorhuurkorting.

6.3. Econocom stelt om te beginnen in haar eerste grief in het incidenteel appel dat enig vorderingsrecht van Ordina, gelet op de in artikel 19 lid 2 van de huurovereenkomsten verwoorde vervalttermijn, is komen te vervallen. Voorts betwist Econocom gemotiveerd hetgeen Ordina stelt. Econocom stelt - kort samen-gevat - dat er ieder kwartaal een nieuwe huurovereenkomst voor een periode van 36 maanden tot stand kwam en er een nieuwe huurprijs werd bepaald, doordat Ordina vanaf het eerste kwartaal in 2001 tot en met het laatste kwartaal van 2003 op eigen initiatief ieder kwartaal gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid de apparatuur te vervangen en/of te wijzigen. Consequentie van een en ander is, dat zolang ieder kwartaal een nieuwe huurovereenkomst werd gesloten voor een periode van 36 maanden er nooit is toegekomen aan de door Ordina veronderstelde verlenging van de huurovereenkomst. Ordina heeft, aldus Econocom, als professionele contractspartij zelf haar keuzes gemaakt. Ook wijst Econocom erop dat voorafgaand aan de totstandkoming van het contract er gedurende een periode van drie maanden intensief is onderhandeld, waarbij door beide partijen met name aan de formulering van de uitgangspunten van de samenwerking in de huurovereenkomsten veel aandacht is besteed en waarbij door Ordina professionele mensen (onder meer bedrijfsjuristen) zijn ingeschakeld. Econocom ontkent dat de huurovereenkomsten voor meerdere uitleg vatbaar zijn. Uitleg conform de Haviltex-maatstaf is niet aan de orde.

6.4. Naar aanleiding van deze eerste drie grieven in het principaal appel wordt het navolgende overwogen.

6.5. Ordina en Econocom verschillen van mening over de inhoud van de huurovereenkomsten. Econocom stelt dat uitleg van de huurovereenkomsten, conform de Haviltex-norm, niet aan de orde is nu de inhoud van die overeenkomsten niet voor meerdere uitleg vatbaar is.

6.6. Deze stelling wordt verworpen. Immers, ook al is de tekst van een overeenkomst duidelijk, dan wil dat nog niet zeggen dat partijen over de inhoud van de overeenkomst niet van mening kunnen verschillen. Wel spreekt voor zich dat aan de taalkundige betekenis van de woorden van een overeenkomst veel gewicht toekomt, temeer nu – naar door Econocom is gesteld en door Ordina niet is bestreden – in dit geval voorafgaand aan de totstandkoming van de DTS overeenkomst er gedurende een periode van drie maanden intensief is onderhandeld, waarbij door beide partijen met name aan de formulering van de uitgangspunten van de samenwerking in de huurovereenkomst veel aandacht is besteed en waarbij door Ordina professionele mensen (onder meer bedrijfsjuristen) zijn ingeschakeld.

6.7. Voor de beantwoording van de vraag wat de inhoud is van de tussen partijen gesloten huurovereenkomst(en) komt het derhalve, ook bij de onderhavige overeenkomst(en) en met in-achtneming van hetgeen hiervoor onder 6.6 is overwogen, aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de in de huurovereenkomsten opgenomen woorden mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs over en weer van elkaar mochten verwachten - mede gelet op de maatschappelijke kring waartoe partijen behoren en welke rechtskennis van hen kan worden verwacht -, waarbij de rechten en verplichtingen van partijen over en weer niet alleen bepaald worden door hetgeen zij uitdrukkelijk zijn overeengekomen, doch ook door de redelijkheid en billijkheid die hun rechtsverhouding beheersen. Voorts is van belang dat sprake is van meerdere elkaar opvolgende huurovereenkomsten, waarbij de ene huurovereenkomst niet los van de andere kan worden gezien/uitgelegd.

6.8. Allereerst wordt van belang geacht dat de redactie van artikel 6 sub b van de DTS-overeenkomst waarin staat “de nieuwe huurperiode is minimaal gelijk aan de huurperiode van de oorspronkelijke overeenkomst” geenszins uitsluit dat men deze bepaling leest op de door Ordina voorgestane wijze.

6.9. Voorts wordt overwogen dat, indien de door Econocom be-pleite uitleg zou worden gevolgd, zowel artikel 15 als artikel 22 sub 19 als opgenomen in de op 6 maart 2001 gesloten DTS-

overeenkomst – alsmede soortgelijke bepalingen in de latere overeenkomsten - in feite zinledig zouden zijn. Partijen stond immers met/bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen Ordina in staat te stellen op ieder gewenst moment haar ICT-park te upgraden en niet om een huurovereenkomst te sluiten waarvan de huurobjecten voortdurend dezelfde zouden blijven. Aangezien Ordina vervolgens ook (snel) nieuwe ICT-apparatuur is gaan huren, alsmede bij ICT-apparatuur - gelet op de snelle ontwikkelingen op dat terrein – te verwachten valt dat snelle en voortdurende aanpassingen nodig zijn, komt verlenging nooit in beeld.

6.10. Begrijpelijk is dat Ordina, die er redelijkerwijs niet op bedacht behoefde te zijn dat er in de huurovereenkomst(en) zinledige bepalingen waren opgenomen, de huurovereenkomst(en) c.q. het samenstel van huurovereenkomsten zo heeft uitgelegd dat niet elke drie maanden voor alle – ook de reeds eerder gehuurde - ICT-apparatuur een nieuwe looptijd van 36 maanden is overeengekomen.

6.11. Vervolgens rijst de vraag of Econocom redelijkerwijs heeft kunnen begrijpen dat Ordina de huurovereenkomsten aldus uitlegde. Het navolgende is in dat kader van belang.

6.12. Door Ordina zijn ieder kwartaal volmachten verstrekt voor de ondertekening van de huurovereenkomsten (productie 11 bij de inleidende dagvaarding). Daarin was onder meer opgenomen: “Ondergetekende, ... , verklaart hierbij volmacht te verlenen aan ... om namens ondergetekende de acceptatieverklaring en de driepartijen bevestigingsbrief behorende bij de periodiek te actualiseren huurovereenkomst inclusief de daarbij behorende bijlagen, welke is afgesloten tussen Ordina ... en Econocom ..., zelfstandig te ondertekenen.

Deze volmacht is slechts van toepassing voorzover er sprake is van de periodieke actualisering van bovengenoemde documenten en strekt zich nadrukkelijk niet uit tot het overeenkomen en aanbrengen van inhoudelijke wijzigingen ten opzichte van de gesloten overeenkomst met referentie 0009-GG/ch-01 tussen ... Ordina ... en Econocom ...”

6.13. Gelet op de inhoud van die volmachten, met name de zinsneden “de periodiek te actualiseren huurovereenkomst” alsmede “strekt zich nadrukkelijk niet uit tot het overeenkomen en aanbrengen van inhoudelijke wijzigingen” en het feit dat in die volmachten wordt verwezen naar de overeenkomst met referentie 0009-GG/ch-01, de eerste op 6 maart 2001 gesloten huurovereenkomst, is het hof van oordeel dat Econocom redelijkerwijs heeft kunnen en behoren te begrijpen dat Ordina het samenstel van huurovereenkomsten aldus opvatte dat de in de initiële huurovereenkomst opgenomen termijn van 36 maanden van toepassing was en bleef op de van meet af aan gehuurde ICT-apparatuur en dat voor nieuw gehuurde ICT-apparatuur vanaf het moment van aanschaf een termijn van 36 maanden zou gaan lopen, zodat op ICT-apparatuur die zij langer dan 36 maanden zou huren de doorhuurkorting van toepassing zou zijn.

6.14. Het had op de weg van Econocom gelegen duidelijk aan Ordina te doen blijken dat met het sluiten van elk nieuw contract ook voor reeds gehuurde ICT-apparatuur een nieuwe termijn van 36 maanden zou gaan lopen, waardoor (ook) voor die apparatuur pas later en - gezien de aard van de huurovereenkomsten – in feite nimmer een doorhuurkorting zou intreden. Het enkele vermelden in de huurovereenkomsten dat alle voor-afgaande overeenkomsten zijn komen te vervallen is daartoe onvoldoende.

6.15. Aan een en ander doet niet af dat voorafgaand aan de totstandkoming van de overeenkomst van 6 maart 2001, zoals door Econocom is gesteld en door Ordina niet is betwist, er gedurende een periode van drie maanden intensief is onderhandeld, waarbij door beide partijen met name aan de formulering van de uitgangspunten van de samenwerking in de huurovereenkomsten veel aandacht is besteed. Gesteld noch gebleken is dat zodanig overleg ook nadien (bij het sluiten van de nieuwe opeenvolgende overeenkomsten) nog heeft plaats-gehad. Dat, zoals Econocom stelt, Ordina gedurende de looptijd in ieder geval is bijgestaan door [A] (directeur acquisitions, legal & compliance Ordina) en [B] (concern controller Ordina) maakt dit niet anders, nu – gelet op hetgeen hiervoor onder 6.14 is overwogen – Ordina (en ook haar deskundige vertegenwoordigers) hier redelijkerwijs niet, zonder dat Econocom dit punt uitdrukkelijk naar voren had gebracht, op bedacht behoefde(n) te zijn.

6.16. Ook het feit dat in de huurovereenkomst(en) is opgenomen dat er geen separate afspraken tussen huurder en verhuurder worden gemaakt, anders dan de afspraken zoals opgenomen in deze overeenkomst, maakt dit niet anders. Onder het begrip “deze overeenkomst” dient niet slechts

de laatst gesloten huurovereenkomst te worden begrepen maar tevens, gelet op het-geen in de voorgaande overwegingen is opgemerkt, de initiële overeenkomst van 6 maart 2001.

6.17. Econocom heeft voorts gesteld dat het telkenmale aanpassen van de huurtermijn(en) voor Ordina financieel voordelig was, omdat zo het nog te betalen resterende (huur)bedrag wederom over 36 termijnen werd verspreid, waardoor de maandelijke huurtermijn(en) voor de reeds gehuurde ICT-apparatuur naar beneden kon/konden worden bijgesteld, er extra financie-ringsruimte ontstond voor nieuwe ICT-apparatuur en de totale maandelijkse huurtermijn(en) minder snel steeg/stegen dan het geval zou zijn geweest indien de 36-maandstermijn(en) voor eerder gehuurde ICT-apparatuur niet zou/zouden zijn aangepast.

6.18. Aan deze stelling - die Ordina overigens betwist – gaat het hof voorbij. Niet, althans onvoldoende is gebleken dat voor Ordina reeds op grond van de hoogte van de huurtermijn (en) duidelijk had moeten zijn dat telkens bij het sluiten van een huurovereenkomst ook voor de (oude) reeds gehuurde ICT-apparatuur een nieuwe 36-maandstermijn ging lopen.

6.19. Voor het overige brengt dit echter wel mee dat, indien Econocom kan aantonen dat deze aanpassingen daadwerkelijk hebben plaatsgevonden, met dit gegeven rekening dient te worden gehouden bij het berekenen van het bedrag dat door Ordina onverschuldigd is betaald aan Econocom.

6.20. Dit alles leidt tot de slotsom dat de eerste drie grieven van het principaal appel slagen. Geoordeeld wordt dat Ordina de rechtsverhouding tussen partijen redelijkerwijs aldus heeft kunnen en mogen begrijpen/uitleggen dat de in de initiële overeenkomst overeengekomen termijn van 36 maanden doorwerkte in de daarna gesloten nieuwe huurovereenkomsten, in die zin dat voor de ICT-apparatuur die van meet af aan werd gehuurd de eerder overeengekomen periode bleef gelden, dat voor daarna gehuurde nieuwe ICT-apparatuur een nieuwe periode van 36 maanden gold en dat Ordina na 36 maanden huur voor de desbetreffende ICT-apparatuur aanspraak kon maken op de uit artikel 22 sub 19 van de DTS overeenkomst voortvloeiende korting bij voortzetting van de huur van die ICT-apparatuur.

6.21. Met betrekking tot het bewijsaanbod van Econocom – dat wordt aangemerkt als tegenbewijsaanbod waarvoor minder strenge eisen gelden - geldt dat dit wordt gepasseerd, omdat Econocom – naast haar stelling dat uitleg niet aan de orde is dan wel dat gelet op de omstandigheden van het geval slechts sprake kan zijn van tekstuele uitleg - geen concrete feiten en omstandigheden heeft gesteld op grond waarvan zou kunnen worden aangenomen dat Ordina de overeenkomst c.q. het samenstel van overeenkomsten redelijkerwijs niet aldus heeft mogen begrijpen als zij heeft gedaan, waardoor niet aan levering van tegenbewijs kan worden toegekomen.

6.22. Hetgeen Econocom verder in eerste aanleg en in appel nog naar voren heeft gebracht doet niet af aan voornoemd oordeel, in welk kader nog wordt overwogen dat uit de interne mail van Ordina van 29 maart 2004 (productie 6 bij de conclusie van antwoord in conventie tevens eis in reconventie) - waar Econocom een beroep op doet - geenszins blijkt dat Ordina wist dan wel begreep dat Econocom de huurovereenkomsten kennelijk anders uitlegde/interpreteerde.

6.23. Econocom brengt naar aanleiding van de gestelde pri-maire grondslag van de vordering van Ordina voorts nog naar voren dat van onverschuldigde betaling reeds daarom geen sprake kan zijn, nu er is betaald op grond van de huurovereenkomsten.

6.24. Deze stelling wordt verworpen, nu – zoals Econocom ook zelf reeds stelt – dit niet geldt indien, gelet op de hiervoor aan de huurovereenkomst(en) gegeven uitleg, moet worden aangenomen dat de huurprijzen niet juist zijn berekend.

6.25. De overige grieven van Ordina voor zover betrekking hebben op het in conventie gewezen vonnis behoeven, in het licht van het vorenstaande, bij gebreke van belang geen behandeling.

6.26. Een en ander betekent niet, gelet op de door Econocom gemotiveerde betwisting van de omvang van de onverschuldigde betaling en de buitengerechtigde kosten, dat de in conventie ingestelde vordering voor toewijzing gereed ligt. Gelet echter op het bewijsaanbod van Ordina zal het hof Ordina in de gelegenheid stellen de door haar gestelde omvang van de onverschuldigde betaling te bewijzen. Hierbij is in aanmerking genomen dat naar het oordeel van het hof Ordina, gezien het interne memo van 29 oktober 2007 (productie 13 bij conclusie van repliek in conventie, tevens antwoord in reconventie) voldoende heeft gesteld om tot bewijslevering te worden toegelaten. Dit laatste geldt evenwel niet voor de door Ordina gevorderde buitengerechtigde kosten. Ten aanzien van de omvang

van die kosten geldt dat elk inzicht in de opbouw daarvan ontbreekt, zodat aan bewijslevering niet wordt toege-komen. Een en ander brengt mee dat deze kosten als onvoldoende onderbouwd hebben te gelden en zullen worden afgewezen.

6.27. Met betrekking tot voornoemde bewijslevering lijkt voor de hand te liggen dat Ordina allereerst een akte zal nemen met daarin een gemotiveerde berekening waarop Econocom dan zal kunnen reageren, waarna indien gewenst (dan wel nodig) nog getuigen kunnen worden gehoord dan wel een deskundige zal kun-nen worden benoemd.

7. Toelaatbaarheid in hoger beroep van de eiswijziging met betrekking tot de reconventionele vordering

7.1. Econocom heeft in hoger beroep haar reconventionele vor-dering vermeerderd overeenkomstig de aankondiging in haar akte wijziging eis in reconventie in eerste aanleg.

7.2. Ordina heeft hiertegen bezwaar gemaakt: het handelen van Econocom dient te worden aangemerkt als misbruik van recht en is in strijd met de goede procesorde.

7.3. Hieromtrent geldt het volgende. Econocom heeft - nadat de kantonrechter bij tussenvonnis van 15 januari 2009 een deskun-digenonderzoek had gelast - bij akte wijziging eis in recon-ventie van 5 maart 2009 haar eis voorwaardelijk gewijzigd in die zin dat zij, kort samengevat, van Ordina betaling vorderde van een bedrag van € 237.000,- met rente en kosten. Econocom baseerde dit bedrag op een door haar gestelde - door Ordina betwiste - gerechtelijke erkenning door Ordina. Econocom gaf aan zich het recht voor te behouden haar eis in reconventie in hoger beroep weer te vermeerderen tot haar oorspronkelijke vordering in reconventie. Econocom handelde, naar haar zeggen, aldus omdat zij zo spoedig mogelijk een eindvonnis wilde ter voorkoming van onnodige kosten, waarbij Econocom aangaf zich niet te kunnen vinden in het door de kantonrechter gehanteerde uitgangspunt dat Ordina – bij niet inleveren van apparatuur – slechts de marktwaarde en niet de contractuele boete, schade en kosten diende te vergoeden.

7.4. Op grond van artikel 130 juncto artikel 353 Rv is eis-wijziging in beginsel ook in appel (nog) mogelijk. Een eiswij-zing is slechts dan niet toegestaan indien de verandering in strijd is met de goede procesorde. Naar het oordeel van het hof is van dit laatste geen sprake, aangezien niet gezegd kan worden dat Ordina onredelijk in haar verdediging is geschaad. Ordina heeft immers in haar memorie van antwoord in het inci-denteel appel en bij pleidooi in hoger beroep voluit verweer kunnen voeren tegen de eiswijziging in reconventie.

7.5. Het verweer van Ordina dat sprake is van misbruik van procesrecht - omdat haar zo een instantie wordt onthouden - wordt verworpen. Econocom mocht zich bij het gebruiken van haar bevoegdheid laten leiden door de door haar genoemde mo-tieven.

8. Behandeling van de grieven voor zover gericht tegen het in reconventie gewezen vonnis

8.1. De grieven XII, XIII en XIV van het principaal appel en grief III in het incidenteel appel hebben betrekking op het in reconventie gewezen vonnis.

8.2. Kort samengevat houden de grieven in het principaal appel in dat de kantonrechter ten onrechte van een gerechtelijke er-kentenis van Ordina is uitgegaan. Grief III in het incidenteel appel hangt samen met de hiervoor behandelde eiswijziging in appel. Deze grief houdt, kort samengevat, in dat de rechtbank in haar tussenvonnis van 28 augustus 2008 ten onrechte heeft geoordeeld dat er – omdat Econocom de door Ordina gestelde toepasselijkheid van artikel 24 lid 17 van de huurovereen-komsten onvoldoende zou hebben weersproken - bij het einde van de leasetermijn enkel sprake zou zijn van vergoeding van de marktwaarde van de niet geretourneerde apparatuur.

8.3. Voornoemde grief in het incidenteel appel slaagt. Gelet op Econocom's verwijzing naar de uitgebreide onderbouwing van haar standpunt wordt geoordeeld dat Econocom het in deze door Ordina ingenomen standpunt voldoende heeft weersproken. Het slagen van deze grief en de eiswijziging brengen mee dat in reconventie het geschil in volle omvang voorligt.

8.4. Econocom heeft aan haar reconventionele vordering ten grondslag gelegd dat Ordina bij beëindiging van de huurover-eenkomsten niet alle gehuurde ICT-apparatuur heeft getour-neerd.



Econocom heeft gesteld dat op 25 juli 2007 (het moment van het nemen van de conclusie van antwoord in conventie, tevens eis in reconventie) Ordina met betrekking tot de huur-overeenkomsten met kenmerk 23.0320 en 24.0009 – door Econocom aangeduid als “Overeenkomst 1” - 56% respectievelijk 54% van de gehuurde apparatuur niet heeft geretourneerd en met betrekking tot overeenkomst met kenmerk 24.0198 – door Econocom aangeduid als “Overeenkomst 2” – 54% van de ICT-apparatuur niet. Ordina dient, aldus Econocom, de daardoor door Econocom geleden schade en gemaakte kosten te vergoeden. Tevens dient Ordina de contractueel overeengekomen boete te betalen, alsmede – voor de niet geretourneerde apparatuur – de nog (door)lopende huurtermijnen. In verband met de huurovereenkomsten met kenmerken 24.0199 en 24.0212 – door Econocom aangeduid als “Overeenkomst 3” – heeft Econocom bij conclusie van dupliek in conventie, tevens van repliek in reconventie onder 56 haar reconventionele vordering nog vermeerderd met € 136.197.85. Econocom stelt daarnaast dat bij de wel geretourneerde ICT-apparatuur sprake is van schade aan die apparatuur. Ook die schade dient Ordina op grond van de inhoud van de overeenkomsten te vergoeden.

8.5. Ordina betwist gemotiveerd de door Econocom gestelde omvang van de niet geretourneerde ICT-apparatuur en de door Econocom gestelde schade aan de geretourneerde apparatuur. Ordina heeft alleen ICT-apparatuur niet geretourneerd, omdat apparatuur is zoekgeraakt of omdat zij ICT-apparatuur wilde doorhuren. Ordina ontkent dat zij in die gevallen de boete verschuldigd is. Ordina is bereid de marktwaarde van de zoekgeraakte ICT-apparatuur te vergoeden en voor ICT-apparatuur die zij wil doorhuren een doorhuurprijs te betalen. Ordina wijst in verband met de door Econocom gevorderde boete op artikel 22 sub 16 uit de DTS-overeenkomst waarin een aanvulling op artikel 14 is opgenomen. Deze aanvulling heeft, aldus Ordina, alles te maken met de start van de samenwerking toen partijen – gelet op het grote aantal te huren artikelen (meer dan 10.000 items die niet afzonderlijk te traceren waren) – voor een toepasselijke administratie hebben gekozen waarbij niet elk item afzonderlijk werd geadmistreerd en waarbij daarnaast rekening werd gehouden met het feit dat gehuurde apparatuur in andere ICT-apparatuur kan zijn ingebouwd. De aanvulling luidt:

“Aanvulling Artikel 14: Indien komt vast te staan dat een deel van de APPARATUUR aan het einde van de huurperiode ontbreekt omdat APPARATUUR zoek is geraakt en derhalve niet meer aan VERHUURDER kan worden teruggegeven dan zal VERHUURDER aan HUURDER de marktwaarde van de niet ingeleverde APPARATUUR in rekening brengen, waarna HUURDER deze rekening aan VERHUURDER zal betalen. In dit kader zal de boete als in artikel 14 lid 3 niet van toepassing zijn.”

8.6. Tevens wijst Ordina op het recht van Econocom de ICT-apparatuur bij het einde van de huurovereenkomst terug te halen. Dat Econocom van dit recht geen gebruik heeft gemaakt komt voor rekening van Econocom. Ordina merkt voorts met betrekking tot Overeenkomst 2 op dat zij Econocom heeft verzocht de ICT-apparatuur drie maanden te mogen doorhuren en met betrekking tot Overeenkomst 3 dat zij aan Econocom meerdere malen heeft laten weten deze ICT-apparatuur te willen blijven doorhuren. Econocom heeft dat echter telkens afgewezen, hetgeen Ordina – gelet op de vaste doorhuurpraktijk – in strijd met de redelijkheid en billijkheid acht. De op grond van Overeenkomst 2 gehuurde ICT-apparatuur is inmiddels, voor zover niet zoek-geraakt, teruggegeven aan Econocom. De op grond van overeenkomst 24.0212 gehuurde ICT-apparatuur heeft Ordina nog altijd in gebruik, deze wordt ingezet bij een klant van Ordina. In deze situatie kan – aldus Ordina – geen boete verschuldigd zijn. De drie scenario's (terughalen, zoekraken, doorhuren) kunnen zich niet gelijktijdig voordoen. De doorhuurprijs is alleen van toepassing als er sprake is van doorhuur van bepaalde apparatuur, de contractuele boete is alleen verschuldigd als apparatuur niet wordt ingeleverd en van vergoeding van kosten is alleen sprake als ingeleverde apparatuur beschadigd is, aldus Ordina. Ook wijst Ordina erop dat Econocom heeft geaccepteerd dat er “kratten met kabels” en “dozen met toebehoren” werden ingeleverd alsmede hardware met daarin ingebouwde apparatuur. Het is onredelijk plotseling te stellen dat deze wijze van terugbrengen voor rekening van Ordina komt.

8.7. Met betrekking tot de schade die Econocom stelt te hebben geleden doordat ingeleverde ICT-apparatuur was beschadigd wordt het navolgende overwogen. Ordina heeft het bestaan van die schade gemotiveerd betwist, Econocom heeft vervolgens nagelaten die schade nader te onderbouwen. Dit brengt mee dat aan bewijslevering niet kan worden toegekomen en dat deze schadepost dient te worden afgewezen.

8.8. Vervolgens is aan de orde welk bedrag Ordina Econocom dient te betalen in verband met het feit dat Ordina na beëindiging van de huurovereenkomsten niet alle ICT-apparatuur aan Econocom heeft geretourneerd.

8.9. Geoordeeld wordt dat - alvorens aan beantwoording van de andere vragen kan worden toegekomen die in dit kader spelen - eerst duidelijk dient te zijn welke apparatuur wel en welke apparatuur niet door Ordina is ingeleverd. Het hof beschikt echter nog onvoldoende over gegevens

om voornoemde vraag te kunnen beantwoorden.

8.10. Gelet op artikel 150 Rv is het aan Econocom te bewijzen welke apparatuur door Ordina niet is geretourneerd. Econocom heeft aan die bewijslast niet voldaan door te werken met de door haar gehanteerde – en door Ordina gemotiveerd bestreden – percentages. Econocom zal aan de hand van door haar onderte-kende retourlijsten alsmede aan de hand van de bijlagen bij de huurovereenkomsten een en ander nader dienen te onderbouwen, waarbij niet alleen een uitsplitsing naar overeenkomst zal moeten worden gemaakt, maar ook de inleverdata en marktwaarde van niet ingeleverde apparatuur zullen moeten worden aangegeven. Econocom zal in de gelegenheid worden gesteld bedoelde informatie bij akte in het geding te brengen. Ordina zal daarop kunnen reageren, waarna eventueel een bewijsopdracht aan Econocom zal worden gegeven.

9. Slotsom van dit alles is dat Ordina niet ontvankelijk zal worden verklaard in het door haar tegen het vonnis van 15 januari 2009 ingestelde appel. Ordina zal worden toegelaten tot het nemen van de in rechtsoverweging 6.27 genoemde akte. Econocom zal in de gelegenheid worden gesteld de in rechtsoverweging 8.10 genoemde akte te nemen, waarna Econocom zal mogen reageren op de akte van Ordina en Ordina op de akte van Econocom. Voor het overige zullen alle beslissingen worden aangehouden.

#### 10. Beslissing

Het hof:

verklaart Ordina niet ontvankelijk in het door haar tegen het vonnis van 15 januari 2009 ingestelde appel;

verwijst de zaak daartoe naar de rol van dinsdag 3 mei 2011 voor het nemen door Ordina en Econocom van de hiervoor onder 9 genoemde aktes;

houdt overigens iedere verdere beslissing aan.

Dit arrest is gewezen door mrs. A. Bockwinkel, S. Clement en A. Rutten-Roos en in het openbaar uitgesproken op dinsdag 1 februari 2011 door de rolraadsheer.