

Noot bij Rb Oost-Brabant 3 oktober 2018 (Alert-JBZ et al),¹ verschenen in *Computerrecht* 2019-8

P.G. van der Putt, advocaat te Amsterdam

Inleiding

1. Na de annotatie bij HR 23 maart 2018,² is het alweer tijd voor een volgende annotatie bij een Alert-zaak. De onderhavige zaak is door Alert aanhangig gemaakt tegen een viertal ziekenhuizen en een ziekenhuisapotheek. Inzet betreft – kort samengevat – schadevergoeding wegens onterechte ontbinding van de overeenkomsten met Alert en onrechtmatige samenspanning. Door de ziekenhuizen en de apotheek zijn reconventionele vorderingen ingesteld, waarin schade wegens wanprestatie wordt gevorderd, alsmede terugbetaling van betaalde facturen.
2. De kosten van de diverse Alert-procedures zullen inmiddels de kosten van menig IT-project overtreffen. Het onderhavige vonnis laat zien dat over ieder detail is gedebatteerd en telt meer dan 30.000 woorden, bijna een halve roman. De uitspraak is met name erg feitelijk, maar biedt wel enkele interessante inzichten voor de rechtspraak. Die inzichten worden hieronder besproken.

Opschorting en exoneratie

3. In de zaak tussen Alert en Atrium speelt het volgende. Op een gegeven moment heeft Alert haar werkzaamheden opgeschort, onder meer omdat Atrium rekeningen niet betaalde. Atrium stelt dat die opschorting een tekortkoming oplevert, zij aanspraak kan maken op schade en dat Alert geen beroep toekomt op het exoneratiebeding.
4. Tussen partijen was een opschortverbod overeengekomen. In een eerder tussenvonnis oordeelde de rechtbank dat Alert haar projectwerk in strijd met het contract heeft opgeschort en na de ingebrekestelling van 15 april 2011 ten onrechte heeft geweigerd haar projectwerk te hervatten.³ Daardoor was er volgens de rechtbank zowel sprake van een toerekenbare tekortkoming van Alert in haar verplichtingen jegens Atrium uit de raamovereenkomst als van een situatie waarin vaststond dat, gelet op het feit dat de fatale einddatum van 31 december 2011 niet meer haalbaar was, nakoming zonder tekortkoming onmogelijk was, zodat Atrium gerechtigd was die raamovereenkomst op 22 juli 2011 te ontbinden.
5. De wanprestatie staat dus vast en Atrium kan aanspraak maken op een schadevergoeding. Kan Alert het exoneratiebeding invoeren? De overeenkomst bepaalt dat het exoneratiebeding niet geldt in het geval van “intent or gross negligence on the part of ALERT”. Partijen hebben gedebatteerd over de betekenis van deze tekst gezien de jurisprudentie over de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (6:248 lid BW). In de zin van die jurisprudentie⁴ zijn partijen het erover eens dat de overeenkomst

¹ <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBOBR:2018:4790>.

² *Computerrecht* 2018/164.

³ Rb. Oost-Brabant 29 juni 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:3387, r.o. 12.42.

⁴ Voor een nog steeds actuele beschrijving van die jurisprudentie, zie mr. T. de Graaf, *Exoneraties in (ICT-)contracten tussen professionele partijen*, Kluwer 2010, o.a. paragraaf 3.5: “Een beroep op een exoneratie is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid in het algemeen onaanvaardbaar als sprake is van eigen opzet of bewuste roekeloosheid of opzet of bewuste roekeloosheid van de bedrijfsleiding”.

de exoneratie laat vervallen bij opzet of grove schuld (waaronder ook valt bewuste roekeloosheid).⁵

6. Om vast te stellen of sprake is van opzet of grove schuld, beoordeelt de rechtbank of het project schade is aangedaan door de opschorting. In het begin is daar geen sprake van:

*“Alert had daarmee de intentie om betaling af te dwingen van bedragen waarop zij dacht recht te hebben. De opschorting was op 8 april 2011 ook niet schadelijk voor het project. Weliswaar was Alert op grond van artikel 9.1.8 van de raamovereenkomst verplicht om aan de derde testronde mee te werken, maar feitelijk kon Atrium de acceptatietests ook zonder de bijstand van Alert uitvoeren, hetgeen zij in de praktijk ook heeft gedaan.”*⁶

7. In r.o. 7.47 constateert de rechtbank vervolgens dat Alert op 19 mei 2011 moet hebben beseft dat de voor Atrium belangrijke fatale einddatum van 31 december 2011, die in maart 2011 bij een krappe planning nog haalbaar was, door het handhaven van de opschorting niet meer haalbaar zou zijn. Dat is het kantelpunt volgens de rechtbank, want nu wordt het project wel schade aangedaan:

“Het handhaven van de opschorting moet daarom worden aangemerkt als “gross negligence” in de zin van artikel 16.7 van de raamovereenkomst.”

Ik kan mij vinden in deze redenering.⁷

8. In lijn hiermee overweegt de rechtbank dat er daarom ook geen sprake is van opzet in de zin van de exoneratie-jurisprudentie:

*“De rechtbank verwerpt de stelling van Atrium dat sprake was van opzet van Alert, als onvoldoende gemotiveerd. Alert had er geen enkel belang bij om aan te sturen op beëindiging van het project bij Atrium. Uit haar opstelling volgt dat Alert met die opschorting Atrium wilde dwingen om betalingen te doen en na die betalingen het project wilde voortzetten.”*⁸

9. In de praktijk zal een leverancier in het algemeen niet snel overgaan tot opschorting, ook niet indien er geen contractueel opschortverbod is. Dit vonnis laat zien welke risico's verbonden kunnen zijn aan opschorting die later als ongerechtvaardigd wordt beoordeeld. Maar wat kan een leverancier dan doen als een afnemer wegens onvrede over de uitvoering overgaat tot opschorting van betaling? Moet hij dan toch doorgaan en geld te blijven steken in het project? Misschien wil de afnemer immers inmiddels geen nakoming meer en is zijn opschorting het voorportaal van ontbinding. Art. 6:88 BW biedt de leverancier dan de mogelijkheid om duidelijkheid te verkrijgen.

Onrechtmatig samenspannen

10. Terwijl Alert zich inspande om haar Nederlandse avontuur een succes te maken, groeide de onvrede bij haar afnemers. De afnemers raakte op de hoogte van elkaars klachten en bundeleden hun krachten. Zakelijk weergegeven verwijt Alert de afnemers dat zij hebben samengespannen en daarmee de goede uitvoering van de overeenkomsten tussen Alert en haar afnemers hebben gefrustreerd. Alert meent onder meer dat de afnemers in onderlinge coördinatie (i) hun overwicht hebben misbruikt, (ii) de uitvoering van de diverse projecten gecoördineerd hebben vertraagd, (iii) betaling hebben opgeschort en (iv) extra eisen hebben gesteld aan Alert.⁹ Alert meent dat haar afnemers daarmee onrechtmatig

⁵ R.o. 7.43.

⁶ R.o. 7.46.

⁷ Vgl. ook Asser/Sieburgh 6-I 2016, nrs. 364 e.v.

⁸ R.o. 7.44.

⁹ R.o. 3.4.

hebben gehandeld. De rechtbank overweegt dat het bundelen van krachten in beginsel niet onrechtmatig is:

“De rechtbank stelt voorop dat ontevreden klanten van een bepaalde leverancier, die hun krachten bundelen en gezamenlijk actie tegen die leverancier ondernemen, daarmee in beginsel nog niet onrechtmatig jegens die leverancier handelen. Een dergelijke gezamenlijke actie kan wel als onrechtmatig worden aangemerkt, indien de inhoud van de actie gelet op de aard van de actie en alle overige omstandigheden van het geval de grenzen van het betamelijke overschrijdt.”¹⁰

11. De rechtbank concludeert dat van onrechtmatig handelen geen sprake is. Om tot die conclusie te komen maakt de rechtbank het zich wel erg moeilijk. De rechtbank gaat na of de individuele ziekenhuizen zonder de ‘samenspanning’ vergelijkbare acties zouden hebben genomen als ze nu hebben genomen. Een bewerkelijke gedachtegang, vol aannames en afwegingen. Mij komt voor dat de rechtbank zich er hier makkelijker vanaf had kunnen maken, door te betogen dat er te weinig is gesteld om van de hierboven geciteerde hoofdregel af te wijken.
12. In de praktijk weten ontevreden IT-afnemers elkaar doorgaans goed te vinden, soms ook doordat er onderling contact is via een gebruikersgroep. Bij mijn weten is onrechtmatige samenspanning van afnemers echter nog niet eerder aan de orde geweest in een rechterlijke uitspraak. Deze uitspraak legt de lat hoog om onrechtmatige samenspanning aan te nemen. Ik verwacht niet dat dit soort vorderingen een hoge vlucht zullen nemen.

Meewerkplicht afnemer

13. Interessant is ook wat de rechtbank overweegt ten aanzien van de meewerkplicht van afnemers. In r.o. 5.45 formuleert de rechtbank de volgende rechtsregel: *“Indien een ICT-project met een einddatum vertraging oploopt, mag van de opdrachtgever worden verwacht dat deze meewerkt aan verkorting van de termijnen om de einddatum van het ICT-project toch nog te kunnen halen, voor zover dat redelijkerwijs mogelijk is.”* Op het eerste oog een sympathieke gedachte. Bij nader inzien vind ik deze regel toch wel wat ver gaan. Verkorting van termijnen zal doorgaans bijvoorbeeld leiden tot extra tijdsdruk op de betrokken medewerkers en kan tot een verhoogd risico leiden. De toevoeging dat de verkorting wel “redelijkerwijs mogelijk” moet zijn, geeft de afnemer mijn inziens te weinig bescherming tegen deze nadelen. Iets zal al immers al snel “mogelijk” zijn. Beter had er daarom gekozen kunnen worden voor de toevoeging *“voor zover dat niet op gerechtvaardigde bezwaren van de opdrachtgever stuit”*. Dan zou ik me wel in de regel kunnen vinden.

Redelijke vergoeding versus ongedaanmaking

14. Leuk bedacht, als je daarvan mag spreken in dit drama, is tot slot het argument van Alert om te ontkomen aan de gevolgen van ongedaanmaking. Atrium vordert op grond van ontbinding terugbetaling van hetgeen zij Alert heeft betaald. Alert verweert zich met de stelling dat een eventueel bedrag dat zij uit hoofde van ongedaanmaking moet betalen, verrekend moet worden met het redelijke loon waar zij uit hoofde van de wet recht op heeft. Alert doet daarbij een beroep op art. 7:411 BW, dat als volgt luidt:

“Indien de overeenkomst eindigt voordat de opdracht is volbracht of de tijd waarvoor zij is verleend, is verstreken, en de verschuldigdheid van loon afhankelijk is van de volbrenging of van het verstrijken van die tijd, heeft de opdrachtnemer recht op een naar redelijkheid vast te stellen deel van het loon.”

¹⁰ R.o. 3.7.

15. Het gezonde verstand zal de meesten al direct zeggen dat deze vordering niet zou moeten kunnen slagen. Immers, het leerstuk van ongedaanmaking (terugbetaling) zou daarmee zinledig worden, terwijl dat onbillijk voorkomt in geval van een wanpresterende leverancier.
16. Alert stelt dat art. 7:411 een specialis is van artikel 6:272 BW (ongedaanmaking). De rechtbank gaat daar niet in mee. Met een verwijzing naar de parlementaire geschiedenis oordeelt de rechtbank dat het de bedoeling van de wetgever is geweest

“om het redelijk loon in beginsel te stellen op de waarde die de prestaties van de opdrachtnemer voor de opdrachtgever hebben gehad. Daarmee heeft de wetgever geen aanvulling op artikel 6:272 BW beoogd, maar alleen een variant van artikel 6:272 BW voor andere soorten beëindiging dan ontbinding willen creëren.”¹¹

17. Ten overvloede constateert de rechtbank dat zelfs als anders zou moeten worden geoordeeld, de redelijkheid en billijkheid in het algemeen er aan in de weg staan

“dat aan de opdrachtnemer die wanprestatie heeft gepleegd, een hogere vergoeding wordt toegekend dan de waarde die zijn prestaties hebben gehad voor de opdrachtgever.”¹²

In deze oordelen kan ik mij goed vinden.

¹¹ R.o. 7.18.

¹² R.o. 7.19.