

Ontbinding ICT-opdracht was toch gerechtvaardigd?

Van een onbevredigend vonnis naar een onnavolgbaar arrest

Door: [Dorine ten Brink](#) en [Leyla Bozkurt](#), ICT-advocaten

Het is vaste jurisprudentie wanneer het gaat over mislukte automatiseringsprojecten: een opdrachtgever voor wie de maat vol is, mag niet zomaar de stekker uit de samenwerking trekken.

Dit is de laatste jaren onder andere door de Rechtbank Oost-Brabant tot tweemaal toe bevestigd in de zaken van het [Jeroen Bosch Ziekenhuis](#) (“JBZ”) en het [Tweesteden Ziekenhuis](#) tegen de Portugese ICT-leverancier Alert Life Sciences Computing (“Alert”).

Hoewel de uitkomst soms behoorlijk zuur was voor de opdrachtgever, vooral omdat vaak wel duidelijk was dat de ICT-leverancier zich had verslikt in het project, was de lijn in de jurisprudentie helder en duidelijk: zonder een deugdelijke ingebrekestelling is de kans op succes in een procedure minimaal. De praktijk kon daar rekening mee houden en de strategie daarop afstemmen: ook een gewaarschuwd opdrachtgever telt voor twee.

Het JBZ wenste zich niet neer te leggen bij de voor haar teleurstellende uitspraak en ging in hoger beroep bij het Gerechtshof ‘s-Hertogenbosch.

Het Gerechtshof wees recent een [\(tussen\)arrest](#) en kwam tot een totaal andere conclusie dan de Rechtbank Oost-Brabant. Het Hof oordeelde dat JBZ wel degelijk gerechtigd was de overeenkomst met Alert per direct te beëindigen.

Hoe kwam het Gerechtshof tot dit oordeel? En betekent dit dat de strategie van opdrachtgevers bijgesteld moeten worden?

Feiten en het geschil

Het JBZ had medio 2008 een overeenkomst gesloten met Alert. Die overeenkomst zag op het ontwikkelen en implementeren van een oorspronkelijk Portugees softwarepakket ten behoeve van de gezondheidszorg. Voor het gebruik van het pakket in Nederland waren diverse aanpassingen noodzakelijk. Daarnaast kwamen partijen wijzigingen overeen, die specifiek bestemd waren voor het JBZ (maatwerk). Partijen legden hun afspraken schriftelijk vast in een raamovereenkomst en een aantal nadere overeenkomsten. De raamovereenkomst bevatte onder meer bepalingen op het gebied van aansprakelijkheid en ontbinding.

Partijen hadden – uiteraard – ook gezamenlijk een planning gemaakt. Zij hadden afgesproken dat de ontwikkeling van het softwarepakket en de implementatie daarvan zouden zijn afgerond

vóór de verhuizing van het JBZ naar de nieuwbouw (die in het voorjaar van 2011 gepland stond). Op 2 mei 2011 zouden alle modules zijn ingevoerd en zou het volledige project zijn afgerond.

Gaandeweg zijn er ontwikkelingen die tot een wijziging van de afspraken leiden. Zo vond in januari 2010 een bespreking plaats, waarbij de overall planning werd besproken. Partijen bereikten op 21 juli 2010 overeenstemming over een nieuwe planning en legden die afspraken ook schriftelijk vast in een “change proposal”. Een paar maanden later, op 21 december 2010, ondertekenden partijen een addendum, waarin onder meer werd bepaald dat het change proposal uit juli 2010 integraal onderdeel uitmaakte van de raamovereenkomst.

In de eerste maanden van 2011 verhuist het JBZ conform planning naar de nieuwe locatie. In die periode wordt ook duidelijk dat de planning betreffende de ontwikkeling van het softwarepakket niet gehaald wordt: in januari 2011 stelt de projectmanager van het JBZ dan ook voor om de “GoLive”-datum naar achteren te schuiven: van 1 oktober 2011 naar 1 februari 2012.

De daarop volgende maanden staan vervolgens in het teken van onenigheid over allerlei aspecten van de samenwerking, inclusief een aantal financiële kwesties (zie nieuwsarchief '[Ontbinding ICT-opdracht niet gerechtvaardigd](#)' voor een meer uitgebreide beschrijving van de feiten en omstandigheden).

Op 3 oktober 2011 laat het JBZ aan Alert weten dat voor haar de maat vol is en ontbindt vervolgens de raamovereenkomst en de nadere overeenkomsten met een beroep op de contractuele bepaling inzake ontbinding. Alert probeert het JBZ nog op andere gedachten te brengen, maar tevergeefs, want het JBZ bericht Alert op 31 oktober 2011 dat haar beslissing definitief is.

Planning

Zoals gezegd, werd gaandeweg het project duidelijk dat de oorspronkelijke planning niet gehaald zou worden. Interessant is om te zien hoe het Hof omgaat met de verhouding tussen de oorspronkelijke afspraken aan de ene kant en de gewijzigde planning aan de andere kant.

In de Raamovereenkomst uit 2008 was bepaald:

“23.8 Indien Leverancier er niet in slaagt om de papierloze status voor alle clusters van Opdrachtgever te realiseren voor 1-1-2012, overeenkomstig de Functionele Specificaties, en/of indien op enig moment aannemelijk wordt dat Leverancier hierin niet tijdig zal slagen, dan kan Opdrachtgever te allen tijde tussentijds de Overeenkomst beëindigen met opgave van reden aan de Leverancier. In dat geval kan Leverancier jegens Opdrachtgever generlei aanspraak maken op kosten- of schadevergoedingen of ander betalingen.”

Partijen kwamen op 21 juli 2010 een aangepaste planning overeen via een “change proposal”. Bij addendum van 21 december 2010 werd schriftelijk vastgelegd dat het change proposal integraal onderdeel uitmaakte van de raamovereenkomst. Partijen spraken in het addendum ook af dat de bijlagen van het addendum zouden prevaleren boven de bijlagen van de in 2008 afgesloten raamovereenkomst.

Het (tussen)arrest van het Hof

Het JBZ stelt zich in hoger beroep op het standpunt dat het change proposal niet in de plaats komt van artikel 23.8 van de raamovereenkomst. Het JBZ meent dat artikel 23.8 van de raamovereenkomst ook na de vastlegging van een nieuwe planning in het change proposal relevant blijft.

Alert voert hiertegen aan dat in het addendum van 21 december 2010 expliciet is overeengekomen dat latere afspraken (lees: de aangepaste planning via de change proposal) voorgaan op eerdere bepalingen. In het change proposal waren de verschillende milestones opgeschoven in tijd; daardoor was volgens Alert logischerwijs ook de einddatum van 1 januari 2012 naar achter opgeschoven. Met het overeenkomen van de nieuwe datums voor de milestones stond volgens Alert buiten kijf dat de datum van 1 januari 2012 niet meer haalbaar was.

Het Hof stelt allereerst vast dat gelet op het tijdpad in het change proposal, de einddatum van 1 januari 2012 niet meer haalbaar was en lijkt Alert in zoverre dus gelijk te geven.

Vervolgens overweegt het Hof – op een wijze die wij niet kunnen volgen – dat indien de aangepaste planning in het change proposal niet wordt gehaald, de oude afspraken uit de raamovereenkomst herleeft:

3.7.3. (...) Daarmee staat naar het oordeel van het hof echter nog niet vast dat partijen bij de onderhandelingen die hebben geleid tot het Change Proposal en het daarop volgende Addendum van 21 december 2010 hebben afgesproken dat de datum van 1 januari 2012, vermeld in artikel 23.8 van de Raamovereenkomst als einddatum voor het project niet meer tussen hen zou gelden, mocht het nieuw afgesproken tijdpad niet (kunnen) worden gevolgd. De bijlagen bij het Addendum vervingen de oude bijlagen bij de Raamovereenkomst. De Raamovereenkomst bleef echter leidend. Dit volgt uit de tekst van het Addendum van 21 december 2010 (zie r.o. 3.1.12). Een redelijke en billijke uitleg van de Raamovereenkomst en de daarvan na ondertekening van het Addendum deel uitmakende bijlagen brengt mee dat voor zover het nieuw overeengekomen tijdpad door aan Alert c.s. toe te rekenen oorzaken niet zou worden nagekomen, terug kon worden gevallen op de oorspronkelijk overeengekomen einddatum van 1 januari 2012.

Hier raken wij het Hof eerlijk gezegd kwijt. Zegt het Hof nu werkelijk dat wanneer partijen nieuwe afspraken maken over de planning, die de oude afspraken vervangen, dat de oude afspraken herleven, wanneer de nieuwe afspraken niet worden nagekomen? Dat zou betekenen dat de oude afspraken slechts voorwaardelijk zijn komen te vervallen, nl. alleen indien en voorzover de nieuwe afspraken worden nageleefd. Is dat niet het geval, dan komen in de redenering van het Hof de oude afspraken als een duiveltje uit een doosje weer naar boven.

In het licht van de afspraken die partijen hebben gemaakt, is dat opmerkelijk: zij hebben op geen enkele manier in hun (gewijzigde) afspraken (het change proposal en/of het addendum) vastgelegd dat bij het niet behalen van de nieuwe planning, de oude planning zou herleven. Evenmin hebben zij vastgelegd dat het JBZ slechts onder voorwaarde bereid was afstand te doen van de oorspronkelijke planning. Sterker nog, het is nota bene de projectmanager van het JBZ geweest die in januari 2011 heeft aangegeven dat een nieuwe, aangepaste planning nodig was. Alert heeft daar zelfs nog tegen geprotesteerd, omdat de nieuwe planning financiële consequenties voor haar zou hebben (een nieuwe planning betekende immers ook dat Alert pas later betaald kreeg, gekoppeld aan het behalen van de milestones).

Het Hof stelt vast dat Alert de eerste termijn in het change proposal niet heeft gehaald. Het Hof interpreteert deze termijn overigens als een fatale termijn, met als belangrijke consequentie dat een ingebrekestelling volgens de wet niet nodig is. Onder verwijzing naar artikel 23.8 van de raamovereenkomst komt het Hof tot de slotsom dat het JBZ de overeenkomst inderdaad op 3 oktober 2011 mocht beëindigen op de manier zoals zij heeft gedaan.

Het oordeel van het Hof heeft belangrijke consequenties voor de vraag of het JBZ recht heeft op vergoeding van de door haar geleden schade. Het antwoord op die vraag luidt nu in beginsel bevestigend: Alert is schadeplichtig geworden, doordat zij wanprestatie heeft gepleegd (toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van haar verplichtingen). Bij het Hof zal nu nog verder geprocedeerd worden over de omvang van de schade.

Conclusie

De redenering die het Hof in deze zaak heeft gehanteerd is in onze ogen merkwaardig en zal in de praktijk lastig toepasbaar zijn. In ieder geval voorzien wij grote problemen c.q. discussies, wanneer afspraken waar partijen in goed onderling overleg afscheid van hebben genomen op deze manier via een achterdeur weer terugkomen en doorslaggevend kunnen blijken te zijn voor de afloop van de zaak. Het is koren op de molen van partijen die achteraf spijt hebben van gewijzigde afspraken. Hun advocaten zullen van dit arrest dankbaar gebruik maken.

Tot slot

Het arrest van het Hof laat eens te meer zien hoe belangrijk het is dat afspraken goed contractueel worden vastgelegd. Het Hof vond klaarblijkelijk dat partijen onvoldoende duidelijk hadden vastgelegd wat de status van de oude afspraken in de raamovereenkomst was, toen partijen nieuwe afspraken in de vorm van een change proposal en een addendum maakten.

Voor meer tips and tricks, zie nieuwsarchief:

- [‘Tweesteden Ziekenhuis mocht samenwerking met Alert nog niet beëindigen’](#)

De opdrachtgever kan de hulp van een [ervaren ICT-advocaat](#) in dit soort situaties goed gebruiken.

Meer weten?

Ploum Lodder Princen heeft de kennis en ervaring in huis. Heeft u vragen over complexe ICT-opdrachten, neemt u dan contact op met [Dorine ten Brink](#), [Dennis Zieren](#) of [Miranda Top-Sarneel](#).