

KATRIJN B.V. tegen PETERTJE COMPUTERSOFTWARE B.V.

Student: Jos Visser

Studentnummer: 838938892



Inleiding

Het ontwikkelen van software is geen eenvoudige zaak. Dit blijkt onder andere uit een krantenbericht van 26 juni 2013 in het NRC¹ waarin onder de kop "Miljoenen Euro's weggegooid met ICT project door Justitie" werd bericht over het ontwikkelen van het "Geïntegreerd Processysteem Strafrecht, wat tien jaar duurde, vier keer zoveel kostte als begroot en uiteindelijk eind 2011 door het ministerie werd stopgezet. Dat dit geen op zichzelf staande zaak was blijkt uit cijfers van het Centraal Bureau voor de Statistiek² die stellen dat slechts 20% van de ICT projecten volgens plan wordt afgerond; de overige 80% mislukt geheel of loopt enige tot ernstige vertraging op. De betreurenswaardige stand van zaken in de software-industrie betekent natuurlijk niet dat softwarebureau's als Petertje maar wat aan mogen broddelen, maar het scheidt in ieder geval een kader voor wat partijen over en weer van elkaar mogen en kunnen verwachten.

Katrijn heeft U verzocht de overeenkomst tussen haar en Petertje te ontbinden en/of een vergoeding toe te kennen voor de schade die zij naar zeggen heeft geleden. Zowel voor ontbinding als voor schadevergoeding is het noodzakelijk dat er hetzij sprake is van onmogelijkheid tot nakoming, hetzij van verzuim. Ik zal in de rest van dit betoog uiteenzetten dat van geen van beide sprake is en dat dus niet anders kan worden geconcludeerd dan tot verwerping van de eisen van Katrijn. Hieraan zal ik dan tevens de conclusie verbinden dat met de instandhouding van de overeenkomst Petertje rechtens van Katrijn kan verlangen dat de nog openstaande facturen worden voldaan.

(On)mogelijkheid tot nakoming

Allereerst wil ik graag ingaan op de mogelijkheid dan wel onmogelijkheid tot nakoming.

Wij kunnen ons natuurlijk voorstellen dat Katrijn ietwat teleurgesteld is over de resultaten tot nu toe, maar uit de jurisprudentie³ blijkt overduidelijk dat om onmogelijkheid van nakoming aan te kunnen nemen vermoedens niet voldoende zijn. Hiervoor zijn harde feiten nodig, en dergelijke harde feiten

¹ www.nrc.nl/nieuws/2013/06/26/miljoenen-euros-weggegooid-met-ict-project-door-justitie/

² www.rekenkamer.nl/Publicaties/Onderzoeksrapporten/Introducties/2007/11/Lessen_uit_ICT_projecten_bij_de_overheid

³ Rechtbank Arnhem 7 December 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BU9785

heeft Katrijn niet gesteld. Eveneens blijkt uit de jurisprudentie⁴ dat het enkele verlies van vertrouwen naar aanleiding van een tegenvallende acceptatietest onvoldoende is om tot onmogelijkheid van correcte nakoming te concluderen. Katrijn's wellicht begrijpelijke teleurstelling en onderbuikgevoelens zijn dus rechtens niet voldoende om de onmogelijkheid tot nakoming te schragen.

De ingeschakelde experts zijn verdeeld over de vraag of er sprake is van onmogelijkheid. Katrijn leest in de resultaten van het onderzoek van haar expert (Onderzoek B.V.) dat voortzetting op de ingeslagen weg geen zoden aan de dijk zal zetten, terwijl onze expert (Kanderas) aangeeft dat er er weliswaar nog wat werk moet worden verzet maar dat de problemen in ieder geval niet onoverkomelijk zijn. Wij zetten overigens ernstige vraagtekens bij de kwaliteit van het rapport van Onderzoek B.V. dat wij zowel qua methodiek als qua zorgvuldigheid onder de maat achten.

Voorts ligt er de verklaring van een oud-medewerker van Petertje (Gerard). Wij waren zeer verbaasd over deze verklaring en herkennen ons in ieder geval niet in de beschrijving van de situatie zoals Gerard die heeft vastgelegd. Wellicht spelen er rancuneuze gevoelens bij deze gewezen medewerker jegens zijn voormalige werkgever? Daarbij willen wij graag nog aantekenen dat zelfs indien Gerard's verklaring voor waarachtig wordt gehouden dit nog geenszins betekent dat Petertje haar verplichting niet meer na kan komen. Mocht er namelijk voor nakoming meer mankracht nodig zijn dan waar Petertje momenteel over beschikt dan kan voldoende kwalitatief hoogwaardig personeel worden ingehuurd uit de in Nederland zeer actieve en goed gevulde markt voor tijdelijk ICT personeel.

Uit voorgaande kan niet anders worden geconcludeerd dan dat nakoming nog mogelijk is en dat de door Katrijn verzochte ontbinding dus niet op onmogelijkheid tot nakoming kan worden gegrondvest.

Verzuim

Blijft over: Verzuim.

Wellicht ten overvloede wil ik vermelden dat in deze casus is in ieder geval geen sprake van de meest voor de hand liggende reden voor het intreden van verzuim, zijnde het verstrijken van een redelijke termijn voor nakoming welke de debiteur in een schriftelijke aanmaning is medegedeeld (art. 6:82 eerste lid BW). Er is natuurlijk wel wat heen en weer gecommuniceerd maar uit de jurisprudentie⁵ blijkt dat een ingebrekestelling vrij expliciet moet zijn: een brief waarin een leverancier wordt gewezen op een tekortkoming en wordt uitgenodigd tot een gesprek zonder dat een termijn voor nakoming wordt genoemd kan bijvoorbeeld niet als een geldige ingebrekestelling worden beschouwd.

⁴ Rechtbank Amsterdam 3 maart 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BM3882

⁵ Rechtbank Utrecht 3 maart 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BL6284

De andere reden voor het intreden van verzuim is het verstrijken van een fatale termijn. Ook daarvan is in dit geval geen sprake. Allereerst stelt het Burgerlijk Wetboek⁶ dat indien een tijd voor nakoming wordt afgesproken dit slechts belet dat eerdere nakoming wordt gevorderd. De Hoge Raad heeft voorts in haar arrest Fraanje/Götte⁷ bepaald dat een fatale termijn expliciet moet zijn overeengekomen of dat deze moet voortvloeien uit de aard van de overeenkomst en de omstandigheden van het geval. Zoals de Rechtbank Amsterdam echter overwoog⁸ is het een feit van algemene bekendheid dat bij ICT projecten vertraging meer regel dan uitzondering is, en bij dergelijke projecten past dus het uitgangspunt dat termijnen in principe niet fataal zijn.

Echter zelfs als we aannemen dat de voor nakoming overeengekomen termijn wel fataal was dan blijkt uit de jurisprudentie^{9 10 11} dat uit overleg en doorwerken ná het verstrijken van de termijn kan worden afgeleid dat partijen niet meer aan die termijn wensen vast te houden.

Uit voorgaande blijkt dus dat aan de wettelijke gronden voor het intreden van verzuim niet is voldaan: Katrijn heeft geen ingebrekestelling verstuurd, de afgesproken termijn was niet fataal, en zo U al mocht oordelen dat zij dat wel was hebben partijen door hun gedragingen na 6 augustus 2012 aangegeven dat zij niet meer aan die termijn vast wensen te houden.

Blijft over de mogelijkheid tot het op buitenwettelijke wijze in verzuim geraken op grond van de redelijkheid en billijkheid, welke mogelijkheid expliciet door de Hoge Raad is toegelaten in haar arrest van 4 oktober 2002¹². Het gerechtshof 's-Hertogenbosch oordeelde in een zaak die grote overeenkomsten vertoonde met de onze (Cubeware/A-Line¹³) dat een softwareleverancier zonder ingebrekestelling in verzuim was geraakt. Nauwkeurige lezing van die jurisprudentie brengt echter een wezenlijk onderscheid aan het licht: In die casus was na het verstrijken van de voor oplevering bepaalde termijn de verdere samenwerking expliciet afhankelijk gemaakt van het oordeel van de derde/onderzoekende partij. Hiermee heeft die leverancier zich dus uitdrukkelijk vooraf verbonden met het oordeel van de onderzoeker in te stemmen. Dat heeft Petertje niet gedaan en daarom is dit arrest niet op ons geval van toepassing. Ook de verdere omstandigheden van ons geval dragen onzes inziens een buitenwettelijk in verzuim geraken van Petertje niet.

⁶ Art. 6:39 BW

⁷ Hoge Raad 4 oktober 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4358

⁸ Rechtbank Amsterdam 7 april 2004 (Masalco/PinkRocade)

⁹ Rechtbank Utrecht 4 juli 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BX5826

¹⁰ Rechtbank Utrecht 8 juli 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BJ2078

¹¹ Rechtbank Utrecht 21 mei 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BD1867

¹² Hoge Raad 4 oktober 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4358

¹³ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 30 maart 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BM0119

Conclusie

Zoals uit mijn betoog blijkt is aan geen van de voorwaarden voor schadevergoeding of ontbinding van de overeenkomst voldaan en wij concluderen dan ook tot afwijzing van de eisen van Katrijn. Met de overeenkomst en de daaruit voortvloeiende verbintenissen springlevend en in goede gezondheid dient Katrijn natuurlijk de verplichtingen harerzijds, zijnde betaling van de openstaande facturen, ook na te komen. Aangezien van niet-nakoming van Petertje geen sprake is komt Katrijn het recht van opschorting uit art. 6:262 BW (de zogenaamde *exceptio non adimpleti contractus*) niet toe en wij verzoeken u dan ook om de eis van Petertje in reconventie toe te wijzen en Katrijn te veroordelen tot betaling van het nog openstaande bedrag.