

**JOR 2018/231, Hoge Raad, 23-03-2018, ECLI:NL:HR:2018:426, ECLI:NL:PHR:2017:1099,
16/05548 (annotatie)**

Instantie: Hoge Raad
Datum uitspraak: 23-03-2018, 13-10-2017
Publicatie: JOR 2018/231 (Sdu Jurisprudentie Onderneming & Recht), aflevering 9, 2018
Annotator: mr. J.B.R. Regouw
ECLI: ECLI:NL:HR:2018:426 , ECLI:NL:PHR:2017:1099
Zaaknummer: 16/05548, 16/05548
Overige publicaties: ECLI:NL:HR:2018:426 NJB 2018/698 Computerrecht 2018/164 met annotatie van mr. P.G. van der Putt RvdW 2018/367 ECLI:NL:PHR:2017:1099
Rechtsgebied:
Rubriek: Varia
Rechters: mr. Numann mr. De Groot mr. Heisterkamp mr. Tanja-van den Broek mr. Du Perron
Partijen: 1. Alert Life Sciences Computing BV te Utrecht, 2. Alert Life Sciences Computing SA te Vila Nova Gaia (Portugal), eiseressen tot cassatie, advocaten: mr. B.T.M. van der Wiel en mr. A.M. van Aerde tegen Stichting Jeroen Bosch Ziekenhuis te 's-Hertogenbosch, verweerster in cassatie, advocaat: mr. M.W. Scheltema
Regelgeving: Rv - 24 BW Boek 6 - 248 lid 2 BW Boek 6 - 277

Inhoudsindicatie

Beëindiging raamovereenkomst digitaliseringsproject na opgelopen vertraging. Beperkende werking redelijkheid en billijkheid staat niet in de weg aan beroep op in raamovereenkomst opgenomen fatale termijn, Ten onrechte niet geoordeeld over stelling dat beëindigingsclausule geen ontbindingsgrond maar een opzeggingsgrond behelst

Ga direct naar

[Samenvatting](#)

[Uitspraak](#)

[Beslissing/besluit](#)

[Noot](#)

Samenvatting

Bij de beoordeling van het beroep van opdrachtneemsters op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid ex art. 6:248 lid 2 BW heeft het hof meegewogen dat opdrachtneemsters er niet op mochten vertrouwen dat eerdere vertragingen met het Change Proposal waren afgehandeld en de fatale termijn van art. 23.8 van de raamovereenkomst in het kader van de totstandbrenging van het papierloze ziekenhuis was "doorgeschoven" in die zin dat opdrachtgeefster zich niet meer op 1 januari 2012 als einddatum mocht beroepen. Het hof heeft niet als maatstaf aangelegd of opdrachtgeefster afstand van de einddatum van art. 23.8 van de raamovereenkomst heeft gedaan. Wel is geoordeeld dat opdrachtneemsters er niet op mochten vertrouwen dat opdrachtgeefster geen beroep meer zou doen op de einddatum. Ook heeft het hof geoordeeld dat opdrachtgeefster niet gehouden was medewerking te verlenen aan onder meer de tweede testronde van de verbeterde versie van de programmatuur in april 2011, omdat uit de planning volgde dat 28 februari 2011 had te gelden als de fatale termijn van drie testrondes van de eerste acceptatietest. In het oordeel van het hof ligt bovendien besloten dat het niet halen van de einddatum van 1 januari 2012 al een gegeven was voordat opdrachtgeefster in mei 2011 nieuwe eisen ging stellen. Daarom behoefde het hof niet expliciet in te gaan op de stelling dat door die nieuwe eisen niet van opdrachtneemsters kon worden verwacht dat zij zouden doorwerken aan de voorbereiding van de implementatie, ook niet in het kader van de vraag of de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid eraan in de weg staat dat opdrachtgeefster de datum 1 januari 2012 als deadline aan opdrachtneemsters tegenwerpt. Opdrachtneemsters hebben ten slotte in hoger beroep gesteld dat opdrachtgeefster zich niet meer drie jaar na dato erop kon beroepen dat geen ingebrekestelling nodig was. De hiertoe aangevoerde stellingen door opdrachtneemsters zijn niet, althans niet voldoende kenbaar, ten grondslag gelegd aan het betoog dat de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid eraan in de weg stond dat opdrachtgeefster een beroep zou doen op art. 23.8 van de raamovereenkomst. Daarom behoefde ook niet op deze stellingen van opdrachtneemsters in te worden gegaan. Op grond van het voorgaande heeft het hof bij zijn oordeel dat de redelijkheid en billijkheid niet in de weg staan aan het beroep van opdrachtgeefster op art. 23.8 van de raamovereenkomst, een juiste maatstaf aangelegd en zijn oordeel toereikend gemotiveerd.

Het hof heeft kennelijk geoordeeld dat art. 23.8 van de raamovereenkomst een ontbindingsgrond behelst en geen aandacht besteed aan het verweer van opdrachtneemsters, gericht tegen het oordeel over de door opdrachtneemsters verschuldigde schadevergoeding (voor zover gebaseerd op art. 6:277 BW) en de verplichting van opdrachtneemsters tot ongedaanmaking, dat de beëindigingclausule van art. 23.8 van de raamovereenkomst geen ontbindingsgrond maar een opzeggingsmogelijkheid inhoudt. Dit verweer kan tot een andere beslissing leiden en de klachten gericht tegen dat oordeel zijn dus terecht voorgesteld.

Uitspraak

Conclusie Advocaat-Generaal

(mr. Valk)

Deze zaak betreft in hoofdzaak de vraag of JBZ terecht de tussen haar en Alert c.s. gesloten overeenkomsten heeft ontbonden. In cassatie komt achtereenvolgens aan de orde of en in hoeverre partijen met een latere overeenkomst hebben bedoeld van de oorspronkelijke overeenkomst af te wijken (onderdeel 1), of tussen partijen een fatale termijn is overeengekomen (onderdeel 2), of het hof een beroep van Alert c.s. op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid over het hoofd heeft gezien (onderdeel 3) en of er voor JBZ een ontbindingsbevoegdheid bestond en Alert c.s. schadevergoeding verschuldigd zijn (onderdeel 4).

1. Feiten en procesverloop

1.1. In cassatie kan van de volgende feiten worden uitgegaan:¹

1.1.1. JBZ is een groot regionaal ziekenhuis waarin vrijwel alle medische specialisaties zijn vertegenwoordigd.

1.1.2. Alert Portugal houdt zich bezig met het ontwikkelen, leveren en onderhouden van software ten behoeve van de gezondheidszorg. Voor ziekenhuizen biedt zij een integraal ICT-systeem, Alert, waarmee alle zorgprocessen worden gedigitaliseerd en uiteindelijk een papierloze organisatieomgeving ('paper free hospital') ontstaat. Alert Nederland is een dochtervennootschap van Alert Portugal en richt zich op de implementatie van de software van Alert c.s. op de Nederlandse zorgmarkt.

1.1.3. Op 16 juli 2008 zijn JBZ en Alert c.s. overeengekomen dat Alert c.s. aan JBZ een geïntegreerd computersysteem zal leveren. De toen gemaakte afspraken zijn vastgelegd in een Raamovereenkomst en een groot aantal bijlagen. In de Raamovereenkomst is onder meer het volgende opgenomen, waarbij JBZ wordt aangeduid als 'Opdrachtgever' en Alert c.s. worden aangeduid als 'Leverancier':

"(...)

Artikel 5 Duur van de overeenkomst

(...)

5.3. Opdrachtgever is bevoegd om de Overeenkomst schriftelijk op te zeggen, met inachtneming van een opzegtermijn van één jaar. Het anderszins beëindigen van de Overeenkomst is voor partijen slechts mogelijk op basis van artikel 23 (ontbinding) of met wederzijds goedvinden.

(...)

Artikel 9. Acceptatie

9.1. Deelacceptatie

9.1.1. Teneinde de goede werking van de door Leverancier geleverde Programmatuur vast te stellen, zullen voor de verschillende onderdelen van de Programmatuur afzonderlijke Acceptatietesten worden uitgevoerd, met inachtneming van het in dit artikel bepaalde.

(...)

9.1.9. Derde Afkeuring

Indien de Programmatuur of delen ervan na de derde Acceptatietest opnieuw door Opdrachtgever op Gebreken wordt afgekeurd, heeft Opdrachtgever het recht om de Overeenkomst – eventueel voorwaardelijk of gedeeltelijk – buiten rechte te ontbinden. De artikelen 23.5 tot en met 23.7 zijn in dat geval van overeenkomstige toepassing.

Leverancier is in dat geval tevens aansprakelijk voor de door Opdrachtgever geleden en te lijden schade, op de wijze zoals in artikel 16 van deze Overeenkomst is bepaald. Onverminderd zijn recht op schadevergoeding, is Opdrachtgever tevens gerechtigd Leverancier toe te staan de Gebreken alsnog voor diens rekening te laten herstellen.

(...)

Artikel 16. Aansprakelijkheid

16.1. Indien één der partijen tekort komt in de nakoming van één of meer van zijn verplichting(en) uit deze Overeenkomst, zal de andere partij hem deswege in gebreke stellen, tenzij nakoming van de betreffende verplichtingen reeds blijvend onmogelijk is of er een Milestone uit het Projectplan dan wel een andere expliciet door partijen als fatale termijn aangeduide termijn is overschreden, in welk geval de nalatige partij onmiddellijk in gebreke is. (...)

16.2. De partij die toerekenbaar tekortschiet in de nakoming van zijn verplichtingen is tegenover de andere partij aansprakelijk voor vergoeding van de door de andere partij geleden c.q. te lijden schade.

16.3. De sub 16.2 bedoelde aansprakelijkheid voor directe schade is, per gebeurtenis (...) voor Alert beperkt tot een bedrag van EUR 1.500.000,00

(...)

Artikel 23. Ontbinding

23.1. Buiten hetgeen elders in deze Overeenkomst of Nadere Overeenkomsten daaromtrent is bepaald, is ieder der partijen gerechtigd:

(...)

b) zonder enige aanmaning of ingebrekestelling zal zijn vereist, buiten rechte deze Overeenkomst en/of de Nadere Overeenkomsten door middel van een aangetekend schrijven met onmiddellijke ingang geheel of gedeeltelijk te ontbinden indien:

(...)

– de andere partij anderszins niet langer in staat moet worden geacht de verplichtingen uit deze Overeenkomst en/of de Nadere Overeenkomsten na te kunnen komen.

(...)

23.8. Indien de 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 andere betalingen.”

1.1.4. Bijlage 8 bij de Raamovereenkomst is het Projectplan van 20 mei 2008, waarin vier planperioden worden onderscheiden:

a. fase van design en development,

b. fase van projectvoorbereiding,

c. fase van acceptatietest en

d. fase van implementatie: ‘totale Roll out (Go Life)’ (in andere stukken juist aangeduid als ‘Go Live’ of ‘GoLive’).

1.1.5. Onder de bijlagen die bij de Raamovereenkomst horen, bevindt zich ook de ‘Roadmap’ (bijlagen 10, 11 en 20). In de Roadmap is uitgewerkt welke functionaliteiten per versie (release) van Alert beschikbaar zullen komen en wanneer de verschillende functionaliteiten zullen worden opgeleverd. De Roadmap is gebaseerd op de versies 2.4.3 tot en met 2.4.8 en noemt als datum voor de ‘1st Integral Acceptancy Test’ 1 oktober 2009 en als datum voor de ‘2nd Integral Acceptancy Test’ 29 maart 2011 (pagina 4).

1.1.6. In januari 2010 heeft een bespreking tussen partijen plaatsgevonden over een aanpassing van de ‘overall planning’. Belangrijkste aanleiding daartoe is het vertraagd beschikbaar komen van release v2.6.0. van Alert. Op 21 juli 2010 bereiken partijen overeenstemming over een nieuwe planning. De gemaakte afspraken worden neergelegd in een document met de titel ‘Change Proposal’. De in de Change Proposal opgenomen planning, die gebaseerd is op de versies 2.5 tot en met 3.0, wordt als datum bij de ‘1st Integral Acceptancy Test’ 28 februari 2011 genoemd en als datum bij de ‘2nd Integral Acceptancy Test’ staat ‘pending’ vermeld (pagina 35). Verder staat in deze planning als ‘Milestone’ voor de ‘release v2.6.0 acceptance and the start of activities of the Workgroup GoLive’ genoemd 28 februari 2011 en als ‘Milestone’ voor de eerste GoLive 15 april 2011 (pagina 35). Voor de verdere GoLives wordt de periode 15 juni tot en met 15 september 2011 genoemd (voor Care logistics OutPatient en Inpatient) en de periode 1 oktober 2011 tot en met 30 september 2012 (voor EHR).

1.1.7. Onderdeel van de Change Proposal is verder de planning van de werkgroep Testen (Appendix 2 bij de Change Proposal en de verwijzing daarnaar op pag. 16 van de Change Proposal). Van die werkgroep maken vertegenwoordigers van JBZ en Alert c.s. deel uit. In de aanloop naar de totstandkoming van de Change Proposal heeft de werkgroep Testen een rapport uitgebracht, gedateerd 30 april 2010 (memorie van grieven, productie 65). Dit rapport luidt onder meer als volgt (pagina 3-4):

“(…)

The various parts of the application will be tested individually during the Partial Acceptance Test as defined in the ‘Raamovereenkomst stichting Jeroen Bosch Ziekenhuis en Alert Life Sciences Computing B. V. en Alert Life Sciences Computing, S.A. d.d. 16 juli 2008 artikel 9.1.1’.

(...)

After performing the partial Acceptance Tests of the various parts of the application Alert an Integral Acceptance Test will be executed for the whole as also described within article 9.2.1 of the 'Raamovereenkomst stichting Jeroen Bosch Ziekenhuis en Alert Life Sciences Computing B.V. en Alert Life Sciences Computing, S.A. d.d. 16 juli 2008'.

(...)"

Als bijlage bij dat rapport is een 'Project planning' gevoegd die overeenstemt met de planning die uiteindelijk als Appendix 2 onderdeel is gaan uitmaken van de Change Proposal.

1.1.8. Op 21 december 2010 hebben partijen een Addendum ondertekend. In dit Addendum is onder meer opgenomen:

"(...) Partijen hebben na het sluiten van de Raamovereenkomst aanvullende afspraken gemaakt, welke afspraken zijn vastgelegd in de herziene en nieuwe Bijlagen, zoals hieronder opgesomd en aan dit addendum zijn gehecht. Deze Bijlagen maken na ondertekening van dit addendum onlosmakelijk onderdeel uit van de Raamovereenkomst.

Tenzij anderszins is bepaald in een herziene Bijlage, of uit de aard en inhoud blijkt, vervangen de afspraken uit de nieuwe bijlagen de eerder gemaakte afspraken uit de oude Bijlage(n)."

Blijkens het Addendum gelden bij de Raamovereenkomst onder meer de volgende nieuwe bijlagen: het Projectplan van 18 oktober 2008 (bijlage 8); het advies betreffende Projectplanning en Roadmap van 28 oktober 2008 (bijlage 11) en de 'Change Proposal 1.1. Final' (bijlage 28). De nieuwe bijlagen 8 en 11 vervangen de oude bijlagen 8 en 11 (zie hiervoor onder 1.1.4 en 1.1.5). Bijlage 28 is een nieuwe bijlage.

1.1.9. In januari en februari 2011 zijn door middel van een 'Functional Acceptance Test' (FAT) de door Alert c.s. geleverde functionaliteiten getest.

1.1.10. In januari 2011 komt JBZ met een voorstel voor een nieuwe planning, waarin het volgende is opgenomen:

"It is obvious that the planning for IAT [Integral Acceptance Test] is heavily influenced by the events of the past months. Therefore it can be concluded that the *indicated* dates for the phases Golive ER and Care logistics have to be rescheduled.

(...)"

Op basis daarvan wordt voorgesteld de datum van GoLive uit te stellen van 1 oktober 2011 naar 1 februari 2012. Tijdens een bespreking op 17 maart 2011 is door Alert c.s. bezwaar gemaakt tegen dit voorgestelde uitstel.

1.1.11. Een geplande bespreking op 31 maart 2011 over de financiële consequenties van het uitstel voor Alert c.s. wordt door JBZ afgezegd, waarna in de periode tussen 30 maart 2011 en 23 april 2011 tussen partijen e-mailberichten worden uitgewisseld over het maken van een afspraak om over het ontstane conflict te praten. Op 23 april 2011 doet Alert c.s. JBZ een financieel voorstel op basis waarvan Alert c.s. bereid zijn de onderhandelingen over het project te heropenen.

1.1.12. Op 2 mei 2011 wordt het rapport 'Finding progress status: FAT test of January 2011' door Alert c.s. opgemaakt. Hierin is onder meer opgenomen:

"(...) Most likely the ALERT skills and knowledge of testers is not always sufficient to perform the tests (...) The ALERT percentage of 'Not OK' + 'Not available' is around 44%. Much smaller than the JBZ counting of 65% but still unacceptable. (...)"

1.1.13. Nadien wordt tussen partijen nader gesproken over de voortgang van het project.

1.1.14. Op 8 juni 2011 schrijft een projectmanager van JBZ, aan de Projectgroep Alert en de Stuurgroep Alert, in verband met het eindrapport betreffende de testperiode januari-februari 2011 als volgt:

"(...)

Introduction

In February 2011 JBZ closed the first Testing period Alert, the so called FAT (Functional acceptance test).

(...)

Advice

It is advised to the project group to consider this report as the End report for the testing periode FAT January-february 2011 with an outcome that is not sufficient and therefore not acceptable for JBZ. (...)"

1.1.15. Bij brief van 29 juni 2011 schrijft JBZ aan Alert c.s. onder meer als volgt:

"Conclusion

At this time JBZ is confronted with the third serious escalation considering the billing process. After the joint effort, resulting in the ToBe document, JBZ had good hope that we could make the necessary following steps, together with Alert.

Once again we have to insist on the urgency for the continuity of the billing process.

We strongly appeal to Alert to move forward in this process and hand over the planning of the activities as mentioned in the ToBe document as a first step within two weeks (starting date June 29th 2011).

Of course JBZ will provide the necessary knowledge and capacity in the cooperation with Alert.

(...)"

1.1.16. Op 13 juli 2011 schrijft JBZ aan Alert c.s. als volgt:

"(...)

Last chance

In view of the above mentioned conclusions and taking into account that the bank guarantees must be invokend ultimately on July 31, 2011, JBZ wants to take a decision about the continuation of the project on very short notice.

We will only be able to take a positive decision, if Alert finally takes its responsibility and accepts that some fundamental changes in the execution of the implementation need to be made on the side of Alert. We need several written unconditional guarantees of Alert on short notice to restore our confidence in the project and Alert.

(...)"

1.1.17. Tussen vier Nederlandse klanten van Alert c.s. – waaronder JBZ – en Alert c.s. hebben op 19 en 27 juli 2011 besprekingen plaatsgevonden. Daarbij is afgesproken dat de vier Nederlandse klanten de tijdens de besprekingen gemaakte afspraken zullen uitwerken in een 'Letter of Intent (LOI)', die door partijen zal worden ondertekend. Bij brief van 15 augustus 2011 is de LOI in concept aan Alert c.s. voorgelegd. Alert c.s. hebben op 20 september 2011 uitvoerig schriftelijk commentaar gegeven op de concepttekst van de LOI.

1.1.18. Bij brief van 3 oktober 2011 schrijft JBZ aan Alert c.s. onder meer het volgende:

"(...) Termination agreements

In our letter of July 13, 2011 we have made very clear that the situation had become very urgent as a result of the shortcomings of Alert, the substantial delay that had arisen as a result thereof and the fact that Alert did not take its responsibility and no progress was made with the discussions about a new planning and other demands of JBZ to get the project back on track again.

We have also clearly pointed out the guarantees that had to be given and the three steps that had to be taken by Alert to come to a positive decision about the continuation of the project. We have also made clear that if the guarantees would not be received or if one of the steps could not be taken within the specified timeframe, Alert would be in default and JBZ would be forced to invoke the two bank guarantees, to terminate the agreements and to claim back our payments made and claim additional damages.

Taking the foregoing into consideration, we have to conclude that Alert has not taken the last chance offered in our letter. From your reaction on the draft LOI it has become clear that Alert is not willing to give the requested guarantees and that the other steps can also not be taken, at least not within the terms mentioned in the letter or the terms discussed at Schiphol.

Consequently, we hereby terminate the framework agreement of July 16, 2008 with Alert, as well as all related agreements between our organisations, including the agreement regarding e-learning. The termination is principally based on article 23.1. Alternatively, in the unlikely event that this ground could not be legally invoked by JBZ, the termination is based on article 23.1b, article 23.8 and article 5.3

(...)

Article 23.8 – no paper free status

This article can also be invoked by JBZ, because it is out of the question that the paper free status for all clusters of JBZ will be realized before January 1, 2012, in accordance with the functional specifications. You know that this was the main goal for JBZ at the moment JBZ entered into the agreement with Alert. (...)

Although the parties have adjusted the planning a couple of times, this article is deliberately never adjusted.

(...)"

1.2. JBZ heeft Alert c.s. in rechte betrokken en gevorderd dat de rechtbank:

– *primair* voor recht verklaart dat de raamovereenkomst door JBZ op rechtsgeldige wijze is ontbonden bij brief van 3 oktober 2011, dan wel, *subsidiar* de Raamovereenkomst per datum vonnis ontbindt;

– zowel *primair* als *subsidiar* Alert c.s. hoofdelijk veroordeelt tot nakoming van de uit de ontbinding voortvloeiende ongedaanmakingsverplichtingen, bestaande uit terugbetaling aan JBZ van een bedrag van € 1.175.854,86 te vermeerderen met rente;

– *meer subsidiar* voor recht verklaart dat JBZ de Raamovereenkomst bij brief van 3 oktober 2011 rechtsgeldig heeft opgezegd tegen 3 oktober 2012 en

– *primair, subsidiar* en *meer subsidiar*, Alert c.s. hoofdelijk veroordeelt tot betaling aan JBZ van een schadevergoeding van € 8.000.000,- vermeerderd met wettelijke rente.

1.3. De rechtbank heeft bij vonnis van 21 augustus 2013 voor recht verklaard dat de Raamovereenkomst bij brief van 3 oktober 2011 rechtsgeldig door JBZ is opgezegd tegen 3 oktober 2012, JBZ veroordeeld in de proceskosten gevallen aan de zijde van Alert c.s. en de overige vorderingen afgewezen.

1.4. JBZ is tegen het vonnis van 21 augustus 2013 in hoger beroep gekomen. In hoger beroep heeft JBZ haar eis gewijzigd, waarna haar eis (samengevat) als volgt luidde:

– *primair* voor recht te verklaren dat de Raamovereenkomst bij brief van 3 oktober 2011 is ontbonden, dan wel *subsidiar* per datum arrest de Raamovereenkomst te ontbinden en

– Alert c.s. hoofdelijk te veroordelen tot nakoming van de uit ontbinding voortvloeiende ongedaanmakingsverbintenissen, bestaande uit terugbetaling aan JBZ van een bedrag van € 1.175.854,86 te vermeerderen met rente, en daarnaast tot betaling van een schadevergoeding van € 1.500.000,-, te vermeerderen met wettelijke rente.

1.5. Na een inhoudelijk tussenarrest van 17 februari 2015, heeft het hof bij eindarrest van 9 augustus 2016 het vonnis waarvan beroep vernietigd. Opnieuw rechtdoende heeft het hof voor recht verklaard dat de Raamovereenkomst bij brief van 3 oktober 2011 is ontbonden, Alert c.s. veroordeeld tot nakoming van de uit de ontbinding voortvloeiende ongedaanmakingsverbintenissen, bestaande uit terugbetaling aan JBZ van een bedrag van € 1.175.854,86, te vermeerderen met wettelijke rente, en Alert c.s. veroordeeld tot betaling aan JBZ van een schadevergoeding van € 1.500.000,-, te vermeerderen met wettelijke rente.

1.6. Het hof heeft hiertoe in hoofdlijn als volgt overwogen:

a. De in de Raamovereenkomst genoemde kernverplichting van het leveren, ter beschikking stellen en implementeren van het systeem rustte op Alert c.s., zodat van betrokkenheid van JBZ op gelijke voet als Alert c.s. met gedeelde verantwoordelijkheid geen sprake was, ook al voorzag de Raamovereenkomst in een vorm van samenwerking tussen partijen (rechtsoverweging 3.5.7, arrest 17 februari 2015).

b. 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 tijdspad door aan Alert c.s. toe te rekenen oorzaken niet zou worden nagekomen, terug kon worden gevallen op de oorspronkelijke in artikel 23.8 van de Raamovereenkomst overeengekomen einddatum van 1 januari 2012 (rechtsoverweging 3.7.3, arrest 17 februari 2015).

c. Blijkens de Change Proposal was de datum van 28 februari 2011 voor de eerste IAT² een *milestone*, zodat deze datum als fatale termijn heeft te gelden (rechtsoverweging 3.8.5.1, arrest 17 februari 2015). JBZ heeft kennelijk geaccepteerd dat de eerste IAT zou worden vervangen door een FAT,³ maar de resultaten van die FAT waren onbevredigend. Alert c.s. hebben de fatale termijn dan ook niet gehaald, zodat het in de Change Proposal opgenomen tijdspad niet werd nagekomen (rechtsoverweging 3.9.5, arrest 17 februari 2015).

d. JBZ heeft de Raamovereenkomst ontbonden onder meer op grond van artikel 23.8 van de Raamovereenkomst (rechtsoverweging 3.10.1, arrest 17 februari 2015). Ten tijde van de buitengerechtelijke ontbinding op 3 oktober 2011 was evident dat de datum van 1 januari 2012 niet zou worden gehaald (rechtsoverweging 3.10.3, arrest 17 februari 2015).

e. De omstandigheid dat JBZ in maart 2011 heeft voorgesteld de GoLive uit te stellen tot 1 februari 2012, leidt er niet toe dat JBZ daarmee afstand heeft gedaan van de datum van 1 januari 2012 uit artikel 23.8 van de Raamovereenkomst. Partijen hebben over de datum van 1 februari 2012 geen overeenstemming bereikt, zodat JBZ wel degelijk het recht had zich te beroepen op de datum van 1 januari 2012 (rechtsoverweging 3.11.4, arrest 17 februari 2015).

f. JBZ had de bevoegdheid om de Raamovereenkomst op 3 oktober 2011 buitengerechtelijk te ontbinden (rechtsoverweging 3.15, arrest 17 februari 2015).

g. De omvang van de aan Alert c.s. toe te rekenen schade moet worden bepaald aan de hand van artikel 16.3 van de Raamovereenkomst (rechtsoverweging 6.14, arrest 9 augustus 2016). De schade die JBZ lijdt op het punt van personeelskosten wegens het in stand houden van de oude systemen, kan geschat worden op ten minste een bedrag van € 1.500.000,-, zodat dit bedrag toewijsbaar is (rechtsoverwegingen 6.17-6.18, arrest 9 augustus 2016).

h. JBZ baseert haar vordering tot terugbetaling op art. 6:271⁴ BW (rechtsoverweging 6.20, arrest 9 augustus 2016). Deze vordering is toewijsbaar (rechtsoverweging 6.24, arrest 9 augustus 2016).

1.7. Bij dagvaarding van 9 november 2016 hebben Alert c.s. – tijdig – cassatieberoep ingesteld tegen de arresten van 17 februari 2015 en 9 augustus 2016. Namens JBZ is van antwoord gediend. Beide partijen hebben hun standpunten schriftelijk doen toelichten, vervolgens is zowel een conclusie van repliek als een conclusie van dupliek genomen.

2. Bespreking van het cassatiemiddel

2.1. Het cassatiemiddel bestaat uit vier onderdelen, waarbij elk onderdeel uiteenvalt in diverse subonderdelen.

Verhouding Raamovereenkomst, Addendum en Change Proposal

2.2. Het *eerste onderdeel* heeft betrekking op het oordeel van het hof over de vraag of de Change Proposal en het Addendum derogeren aan de Raamovereenkomst. Hierover heeft het hof in het tussenarrest van 17 februari 2015 als volgt overwogen:

“3.7.3. Het hof stelt vast dat uit de stellingen van beide partijen volgt dat met het Change Proposal en het Addendum van 21 december 2010 partijen een tijdspad zijn overeengekomen waardoor de einddatum van 1 januari 2012 voor het papierloze ziekenhuis niet meer haalbaar was. 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 tijdspad 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 [onder 1.1.8]). 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.”

2.3. *Onder 1.1* voert het onderdeel allereerst aan dat het hof met deze overweging heeft miskend dat een overeenkomst waarbij wordt afgeweken van een daaraan voorafgaande overeenkomst, in beginsel met zich brengt dat de afspraken waarvan is afgeweken niet meer tussen partijen zullen gelden en dat dit slechts anders is indien dit uit de latere overeenkomst volgt of indien de latere overeenkomst zijn kracht verliest. In het bijzonder heeft het hof miskend dat wanneer een partij stelt en zo nodig bewijst dat een latere overeenkomst afwijkt van een daaraan voorafgaande overeenkomst, het vervolgens aan de wederpartij is om te stellen en zo nodig te bewijzen dat uit de latere overeenkomst volgt dat de afspraken waarvan is afgeweken onder bepaalde omstandigheden herleven, zo vervolgt het onderdeel.

2.4. De opvatting van het onderdeel volgens welke, kort gezegd, een voorafgaande overeenkomst haar kracht verliest – althans in beginsel haar kracht verliest – zodra vaststaat dat bij nadere overeenkomst daarvan is afgeweken, vindt mijns inziens geen steun in het recht.⁵ Hoe een nadere overeenkomst zich verhoudt tot de daaraan voorafgaande, is een vraag van uitleg, zodat bepalend is hetgeen partijen over en weer redelijkerwijs hebben mogen begrijpen en verwachten (Haviltex, wilsvertrouwensleer). Deze maatstaf sluit op zichzelf niet uit dat we een bijzondere regel van bewijslastverdeling aanvaarden, volgens welke het hetzij aan de ene hetzij aan de andere partij is om voldoende overtuigende feiten en omstandigheden te stellen en zo nodig te bewijzen waaruit de juistheid van de door deze partij verdedigde uitleg kan worden afgeleid. Juist ook voor het geval van een (gestelde) nadere overeenkomst is, zo meen ik, door uw Raad inderdaad de gelding van een dergelijke bijzondere regel aanvaard, maar dan niet de regel zoals door de steller van het onderdeel bepleit. Ik doel op de regel dat indien een partij zich tegen een vordering of verweer dat op een overeenkomst is gebaseerd niet verweert door de totstandkoming of de inhoud van die overeenkomst te betwisten, maar in plaats daarvan met de stelling dat ná de totstandkoming van die overeenkomst partijen alsnog iets anders zijn overeengekomen, die partij van deze stelling de bewijslast draagt.⁶ Díe regel dunkt mij alleszins juist. Ze past bij de gewone aanpak van veel kwesties van bewijslastverdeling, waarbij we vertrekken vanuit een aanvankelijke rechtstoestand en waarbij op de partij die aanvoert dat die rechtstoestand inmiddels is achterhaald, de gehoudenheid rust om daarvoor voldoende te stellen en die stellingen ook zo nodig te bewijzen. Men zou kunnen spreken van een ‘beginsel van de traagheid’, naar analogie van de eerste wet van Newton: alles blijft op zijn plaats, tenzij er iets is met voldoende impact om het in beweging te brengen. Op grond van dat beginsel is het bijvoorbeeld aan de partij die aanvoert dat de op haar rustende verbintenis door betaling is tenietgegaan of een overeenkomst door ontbinding is geëindigd, om die betaling respectievelijk ontbinding te stellen en zo nodig te bewijzen, welke voorbeelden moeiteloos met vele andere zouden kunnen worden vermeerderd. En zo is het dus ook aan de partij die beweert dat een aanvankelijke overeenkomst door een nadere wilsovereenstemming is achterhaald, om dit te stellen en zo nodig te bewijzen.

2.5. Welnu, bij het beginsel van de traagheid past de door het onderdeel bepleite regel bijzonder slecht. Ze gaat voor het geval dat vaststaat dat partijen nadere afspraken hebben gemaakt, van maximale beweging uit (de voorafgaande overeenkomst verliest haar gelding), tenzij blijkt dat de impact van de nadere afspraken geringer is. Ik kan niet inzien dat voor een dergelijke atypische bijzondere regel van bewijslastverdeling goede grond zou bestaan.

2.6. Hier komt nog bij dat de goede werking van de bepleite regel veronderstelt dat het mogelijk is om vast te stellen dat tussen partijen een nadere overeenkomst is tot stand gekomen, zonder dat de inhoud van die nadere overeenkomst vaststaat. Die veronderstelling zal lang niet altijd opgaan, omdat het bewijs van de totstandkoming van een nadere overeenkomst en het bewijs van de inhoud van die overeenkomst hand in hand gaan. Zonder dat de inhoud vaststaat, zal zich immers veelal niet laten vaststellen dat partijen met hetgeen zij over en weer nader hebben verklaard en begrepen, zich van hun aanvankelijke overeenkomst hebben verwijderd. Dat in het onderhavige geval wel vaststaat dat partijen een nadere overeenkomst zijn aangegaan, is uiteraard geen reden om voor dit geval anders te oordelen. Als de onbruikbaarheid van een voorgestelde bijzondere regel wat betreft vele gevallen bij voorbaat vaststaat, is dat een goede reden om van die regel af te zien.

2.7. Ik zie ook geen materiële gronden die voor de rechtsopvatting van het middel pleiten. Een partij voor wie de inhoud van de aanvankelijke overeenkomst bezwaarlijk is en die er dus belang bij heeft dat met de wederpartij een nadere overeenstemming wordt bereikt waarbij die bezwaarlijke inhoud wordt tenietgedaan, zal – als zij zorgvuldig handelt – zich ervan willen vergewissen dat de instemming van de wederpartij met nadere voorwaarden inderdaad mede de terzijdestelling van die voor haar bezwaarlijke inhoud van de aanvankelijke overeenkomst betreft. Vergewist zij zich daarvan inderdaad (door die terzijdestelling uitdrukkelijk te stipuleren of op andere wijze haar bedoeling te expliciteren), dan verschaft dat haar ook de aanknopingspunten voor het bewijs van haar standpunt dat de aanvankelijke overeenkomst op het desbetreffende punt haar gelding heeft verloren.

2.8. Ten slotte nog: ik zocht vergeefs naar aanwijzingen dat de door het onderdeel bepleite regel in buitenlandse rechtsstelsels gelding heeft.

2.9. *Onder 1.2* klaagt het onderdeel dat, indien het hof bij wijze van vermoeden de juistheid heeft aangenomen van de door JBZ voorgestane uitleg, het hof Alert c.s. had moeten toelaten tot het (bij bewijsaanbod) aangeboden tegenbewijs. Ten aanzien van het gedane bewijsaanbod richt het onderdeel daarbij nog een zelfstandige klacht tegen rechtsoverweging 3.16 van het tussenarrest van hof (en de vergelijkbare rechtsoverweging 6.25 van het eindarrest), waar het hof overweegt:

'3.16. Na het voorgaande behoeven de overige grieven geen inhoudelijke behandeling meer. Het bewijsaanbod van Alert c.s. voor zover dat ziet op de grieven I tot en met IX wordt als niet ter zake doende gepasseerd.'

En:

"6.25. Alert c.s. heeft in de memorie van antwoord bewijs van hun stellingen aangeboden. Er zijn echter geen concrete feiten of omstandigheden te bewijzen aangeboden die, indien bewezen, tot een ander oordeel zouden kunnen leiden. Om die reden wordt het bewijsaanbod gepasseerd."

Volgens het onderdeel is dit oordeel onjuist of onvoldoende begrijpelijk gemotiveerd, omdat niet valt in te zien dat niet ter zake doende is getuigenbewijs ter ontzenuwing van de stelling dat terug kon worden gevallen op de oorspronkelijk overeengekomen einddatum van 1 januari 2012, voor zover het nieuw overeengekomen tijdspad door aan Alert c.s. toe te rekenen oorzaken niet zou worden nagekomen.

2.10. Deze klacht mist feitelijke grondslag. Het hof is in rechtsoverweging 3.7.3 niet bij wijze van vermoeden van de juistheid van de door JBZ voorgestane uitleg uitgegaan. In plaats daarvan heeft het hof zich gebaseerd op hetgeen tussen partijen vaststaat omdat het uit de stellingen van beide partijen respectievelijk uit de tekst van het Addendum volgt.

2.11. Volgens het onderdeel *onder 1.3* heeft het hof in rechtsoverweging 3.7.3 een van de Haviltex-maatstaf afwijkende maatstaf gehanteerd en niet alle relevante (door Alert c.s. aangevoerde) omstandigheden kenbaar bij zijn oordeel betrokken. Dit doordat het hof alleen in aanmerking heeft genomen dat de Raamovereenkomst blijkens de tekst van het Addendum leidend bleef (en alleen de Bijlagen werden vervangen). Daarnaast betoogt het onderdeel dat het oordeel van het hof onbegrijpelijk is, omdat uit de tekst van het Addendum niet (zonder meer) volgt dat de Raamovereenkomst 'leidend bleef', althans niet op een wijze die maakt dat voor zover het nieuw overeengekomen tijdspad door aan Alert c.s. toe te rekenen omstandigheden niet zou worden nagekomen, terug kon worden gevallen op de einddatum van 1 januari 2012.

2.12. Deze klachten lenen zich voor gezamenlijke behandeling met de klachten *onder 1.4*. Aldaar klaagt het onderdeel dat het enkele feit dat het Addendum alleen expliciet melding maakt van vervanging van de afspraken uit de bijlagen, niet (zonder meer) de conclusie kan dragen dat bij toerekenbare niet-nakoming door Alert c.s. van de nieuwe planningsafspraken, die strijdig zijn met de in de Raamovereenkomst overeengekomen einddatum van 1 januari 2012, terug kan worden gevallen op de einddatum. Dit geldt volgens het onderdeel te meer nu voor deze uitleg geen aanknopingspunten zijn te vinden, behalve de stelling van JBZ. Dit maakt het oordeel van het hof onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd. Bovendien is de motivering door het hof volgens het onderdeel ontoereikend gemotiveerd in het licht van het daarbij ten onrechte niet betrokken betoog dat:

- a. de Change Proposal een herijking is van het project, waarmee eerdere vertragingen zijn geadresseerd en nieuwe afspraken zijn gemaakt, zodat (Alert c.s. er op mag vertrouwen dat) JBZ geen beroep meer kan doen op vertragingen die daarvoor zijn ontstaan;
- b. de Change Proposal mede is ingegeven door een zelfevaluatie van JBZ;
- c. het doel van de Change Proposal was het maken van nieuwe afspraken om problemen te verhelpen ten aanzien van timing en doelen;
- d. met de Change Proposal ook planningsissues werden geadresseerd die enkel in de sfeer van JBZ lagen;
- e. met de Change Proposal de scope van het project is uitgebreid;
- f. de door JBZ bepleite uitleg geen uitleg is, maar de constructie van een gewenste werkelijkheid en

g. JBZ nooit de bedoeling heeft gehad om bij de Change Proposal rechten voor te behouden.

2.13. De eerste klacht van subonderdeel 1.3 betreft een rechtsklacht, inhoudende dat het hof de Haviltex-maatstaf heeft miskend door niet alle relevante omstandigheden bij zijn oordeel te betrekken. De wijze waarop in een concreet geval invulling wordt gegeven aan de Haviltex-maatstaf en welke omstandigheden in de beoordeling worden betrokken, is mede afhankelijk van hetgeen door partijen is aangevoerd. Dat het hof van een andere maatstaf dan de Haviltex-maatstaf is uitgegaan, blijkt niet uit het bestreden arrest, zodat de rechtsklacht zo moet worden begrepen dat het hof door Alert c.s. aangevoerde omstandigheden ten onrechte niet bij de toepassing van de Haviltex-maatstaf heeft betrokken.² Nu de cassatiedagvaarding in dat verband alleen wijst op de in subonderdeel 1.4 genoemde stellingen, komt de klacht niet werkelijk op iets anders neer dan de tweede klacht uit subonderdeel 1.4 (namelijk dat het hof de onder a tot en met g genoemde stellingen ten onrechte niet in de beoordeling heeft betrokken).

2.14. Ten aanzien van stelling a geldt dat deze stelling inderdaad door Alert c.s. is geponeerd. Zonder nadere toelichting, die ontbreekt, valt echter niet in te zien waarom het hof deze stelling in zijn beoordeling had moeten betrekken (en daarvan in zijn motivering rekenschap geven). In de door het hof aanvaarde uitleg mochten Alert c.s. er immers nog steeds op vertrouwen dat JBZ geen beroep meer zou kunnen doen op vertragingen die vóór de Change Proposal zijn ontstaan, maar kan JBZ op de einddatum van 1 januari 2012 slechts een beroep doen indien aan Alert c.s. valt toe te rekenen dat *nieuwe* vertraging ontstaat. Evenmin valt in te zien waarom het hof stelling b in de beoordeling diende te betrekken, nu zonder nadere toelichting de relevantie van die stelling niet duidelijk is. Dat het doel van de Change Proposal was het maken van nieuwe afspraken om problemen te verhelpen ten aanzien van timing en doelen (stelling c), is door het hof onderkend. Daaruit volgt geen eenduidige aanwijzing dat de reikwijdte van die afspraken anders is dan door het hof aangenomen. Dat de Change Proposal ook planningsissues adresseerde die enkel in de sfeer van JBZ lagen (stelling d), is al evenmin een aanwijzing die eenduidig tegen de door het hof aanvaarde uitleg pleit. Ook volgens de door het hof gegeven uitleg kon JBZ zich niet op de eerder ontstane vertraging beroepen en werd in plaats daarvan beslissend of Alert c.s. zich aan de nieuw overeengekomen planning zouden houden. Op vergelijkbare gronden zijn de stellingen e, f en g niet als essentieel te beschouwen en levert het geen motiveringsgebrek op dat het hof ze niet kenbaar in zijn overwegingen heeft betrokken.

2.15. De tweede motiveringsklacht uit subonderdeel 1.4 kan dus niet slagen. In het verlengde daarvan faalt ook de rechtsklacht uit subonderdeel 1.3. Dat het hof een andere dan de Haviltex-maatstaf tot uitgangspunt heeft genomen dan wel ten onrechte niet alle relevante omstandigheden kenbaar in de beoordeling heeft betrokken, blijkt immers niet.

2.16. De tweede klacht uit subonderdeel 1.3 is een motiveringsklacht, kort gezegd inhoudende dat het oordeel van het hof onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd is omdat de door het hof gegeven uitleg niet uit de tekst van het Addendum volgt. De eerste klacht uit subonderdeel 1.4 komt in de kern op hetzelfde neer, zij het dat die klacht nog toevoegt dat er voor de door het hof gegeven uitleg geen verdere aanknopingspunten waren dan de stellingen van JBZ.

2.17. Ook deze klacht faalt. Dat een andere uitleg óók mogelijk is, maakt 's hofs oordeel niet onbegrijpelijk en levert geen motiveringsgebrek op. Dat het hof in de tekst van het Addendum een aanknopingspunt voor de door hem aanvaarde uitleg heeft gelezen, is allermindst onnavolgbaar. Rechtsoverweging 3.7.1 moet mede worden gelezen tegen de achtergrond van onder meer de in cassatie niet bestreden rechtsoverwegingen 3.5.6 en 3.5.7, volgens welke de uitvoering van de Raamovereenkomst weliswaar samenwerking tussen partijen vereiste, maar, kort gezegd, de inhoudelijke inbreng van JBZ wezenlijk beperkter was dan die van Alert c.s. Naar het klaarblijkelijke oordeel van het hof bracht het Addendum daar geen verandering in. Bij deze duiding van de verhouding tussen partijen en de vaststaande aanvankelijke positie van JBZ in geval van een vertraging in de uitvoering van de overeenkomst, past het om aan te nemen dat het in het Addendum overeengekomen gewijzigde tijdsplan niet betekent dat JBZ haar uit artikel 23.8 voortvloeiende rechten heeft prijsgegeven voor het geval door aan Alert c.s. toe te rekenen oorzaken ook de in dat tijdsplan overeengekomen termijnen zouden worden overschreden. Het hof heeft dat aldus geformuleerd dat JBZ voor dat geval op de oorspronkelijk overeengekomen einddatum van 1 januari 2012 kon terugvallen. In die formulering ligt de nadruk op de einddatum en bij oppervlakkige beschouwing is dat in strijd met het gewijzigde tijdsplan. *Inhoudelijk* betekent de beslissing van het hof echter niets anders dan dat JBZ met haar instemming met het gewijzigde tijdsplan geen rechten heeft prijsgegeven, althans niet een uit artikel 23.8 van de Raamovereenkomst voortvloeiend recht, voor het geval Alert c.s. (ook) de nadere afspraken met de voeten zou treden. Aldus begrepen, is 's hofs uitleg mijns inziens alleszins begrijpelijk.

2.18. *Onder 1.5* is alleen een voortbouwklacht opgenomen, die geen afzonderlijke bespreking behoeft.

2.19. Het eerste onderdeel kan niet slagen.

Fatale termijn IAT

2.20. Het *tweede onderdeel* richt zich tegen rechtsoverweging 3.8.5.1 van het tussenarrest, waar het hof oordeelt dat de datum van 28 februari 2011 voor de eerste IAT als fatale termijn heeft te gelden:

“3.8.5.1. Het hof stelt vast dat blijkens het Change Proposal (pag. 35) de datum van 28 februari 2011 tussen partijen geldt als een milestone. Dat dit ‘for the time being’ was, wil daarmee nog niet zeggen dat de datum niet als fataal zou hebben te gelden. Dit zou slechts anders zijn, als partijen een nieuwe fatale termijn zouden zijn overeengekomen. Daarvan is echter niet gebleken, zodat de conclusie is dat de datum van 28 februari 2011 tussen partijen het karakter heeft van een fatale termijn. Daaraan doet niet af de door de rechtbank genoemde omstandigheid dat op pagina 19 van het Change Proposal wordt uitgegaan van 1 oktober 2011 als nieuwe datum voor GoLive, met de toevoeging ‘Please note: dates are only an *indicator*’. Het hof begrijpt deze toevoeging als niet meer dan de onderkenning door partijen van het gegeven dat het kunnen overgaan tot uitvoering van de fase van GoLive afhankelijk was van de stand van zaken met betrekking tot andere (eerder te voltooien) onderdelen van het project. Die enkele onderkenning betekent nog niet dat de datum van 28 februari 2011 voor de eerste IAT niet fataal zou zijn. Ook de vaststelling dat op pagina 35 van het Change Proposal staat vermeld: ‘pending’, betekent niet dat de datum van 28 februari 2011 voor de eerste IAT niet fataal zou zijn. Het hof volgt JBZ in haar standpunt (memorie van grieven, sub 6.32) dat het feit dat bepaalde milestones niet van een concrete datum waren voorzien, niet betekent dat milestones waaraan wel een datum was verbonden geen fataal karakter hadden. Aan de milestone van de ‘1st Integral Acceptance Test’ is in de Change Proposal expliciet een datum verbonden, te weten 28 februari 2011, welke datum dan – zoals hiervoor al overwogen – in beginsel fataal is, behoudens nadere afspraken tussen partijen die niet zijn gemaakt. De vermelding op pagina 36 van het Change Proposal dat ‘Detail determination takes place after the Change Proposal has been determined’ leidt evenmin tot een andere conclusie. Van een andere datum voor de eerste IAT is namelijk niet gebleken. Andere feiten en omstandigheden die tot de door Alert c.s. verdedigde conclusie leiden, zijn niet gesteld noch gebleken.”

2.21. Het onderdeel klaagt *onder 2.1* dat het oordeel van het hof dat de datum van 28 februari 2011 slechts als niet fataal zou hebben te gelden als partijen een nieuwe fatale termijn zouden zijn overeengekomen, onjuist is. Dit omdat de vraag of partijen een fatale termijn zijn overeengekomen volgens het onderdeel afhangt van de zin die partijen in de gegeven omstandigheden ‘daaraan’ over en weer redelijkerwijs mochten toekennen en hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.

2.22. Deze klacht gaat uit van een onjuiste, althans onvolledige, lezing van het arrest van het hof. Door het hof is niet geoordeeld dat de datum van 28 februari 2011 slechts als niet fataal zou hebben te gelden als partijen een nieuwe fatale termijn zouden zijn overeengekomen. Het hof heeft eerst in rechtsoverweging 3.8.2 vastgesteld dat ‘milestones’ in artikel 16.1 van de Raamovereenkomst uitdrukkelijk worden aangemerkt als termijnen die door partijen expliciet als fataal zijn aangeduid en dat de milestones in het Projectplan zijn omschreven als opleveringsmomenten gedurende het project. Vervolgens heeft het hof in de hier bestreden rechtsoverweging 3.8.5.1 vastgesteld dat de datum van 28 februari 2011 tussen partijen geldt als een milestone. In het licht van hetgeen het hof onder 3.8.2 had overwogen, volgt hieruit reeds dat de datum van 28 februari 2011 als een fatale termijn heeft te gelden. Vervolgens reageert het hof op het door Alert c.s. gevoerde verweer dat de omstandigheid dat de datum voor de eerste IAT ‘for the time being’ op 28 februari 2011 is gesteld, betekent dat er geen fatale termijn was overeengekomen (rechtsoverweging 3.8.5). Dááromtrent overweegt het hof dat, in mijn woorden, die omstandigheid alleen dwingend zou zijn indien partijen een nieuwe fatale termijn zouden zijn overeengekomen. Aldus heeft het hof de systematiek van de Raamovereenkomst zwaar laten wegen en is het uitgegaan van een gangbare betekenis van de woorden ‘for the time being’, namelijk ‘tot op het moment dat een andere afspraak wordt gemaakt’.⁸ Beide dunkt mij niet onbegrijpelijk. Dat het hof zou hebben miskend dat de vraag of een overeengekomen termijn een fataal karakter draagt, op grond van de Haviltex-maatstaf moet worden beantwoord, valt niet in te zien. Dat het hof een niet-dwingende aanwijzing voor het niet-fatale karakter van de termijn van 28 februari 2011 – dat de formulering ‘for the time being’ daarvoor een *mogelijke* aanwijzing is, lijkt mij vanzelfsprekend – onvoldoende heeft geoordeeld, sluit niet alleen aan bij de bedoelde systematiek van de Raamovereenkomst en een gangbare betekenis van de woorden ‘for the time being’, maar ook bij art. 6:83 lid 1 aanhef en onder a BW, volgens welke het verstrijken van een voor voldoening bepaalde termijn het verzuim zonder ingebrekestelling doet intreden ‘tenzij blijkt dat de termijn een andere strekking heeft’. ‘s Hof’s niet onbegrijpelijke oordeel komt erop neer dat die andere strekking niet is gebleken. Weliswaar hadden partijen in artikel 16.1 van de Raamovereenkomst een andere maatstaf geformuleerd (“dan wel een andere expliciet door partijen als fatale termijn aangeduide termijn”), maar die andere maatstaf gold niet voor de milestones.

2.23. Het onderdeel klaagt vervolgens dat het hof de Haviltex-maatstaf heeft miskend door niet ook de overige door Alert c.s. ingeroepen en in subonderdeel 2.3 aangehaalde relevante omstandigheden (kenbaar) in zijn oordeel te betrekken.

Onder 2.3 klaagt het onderdeel dat het oordeel van het hof onvoldoende gemotiveerd is omdat het hof de aangehaalde stellingen niet bij zijn oordeel heeft betrokken. Beide klachten bespreek ik gezamenlijk. De door het hof beweerdelijk ten onrechte veronachtzaamde omstandigheden zijn de volgende:

- a. In de milestone-planning is de timing bewust opengelaten, zoals ook volgt uit de management summary van de Change Proposal en de nieuwe master planning, waarmee vaststaat dat partijen niet de bedoeling hadden om een strak schema van milestones neer te zetten.
- b. JBZ heeft in haar voorstel 'Status and outline Go Live' van 25 januari 2011 uitdrukkelijk bevestigd dat de nieuwe planning voorlopig was, althans nog nader moest worden ingevuld, hetgeen JBZ bij haar voorstel van een nieuwe planning heeft herhaald.
- c. JBZ heeft gevraagd om 'warranties' voor de tijdige en correcte implementatie, hetgeen niet nodig zou zijn geweest als partijen in de Change Proposal een strakke planning hadden afgesproken.
- d. JBZ was kennelijk zelf ook van mening dat een ingebrekestelling noodzakelijk was.

Volgens het onderdeel onder 2.3 hebben deze stellingen de strekking en kunnen zij de conclusie dragen dat de wil en het gerechtvaardigd vertrouwen van Alert c.s. inhielden dat de datum geen fatale termijn vormde. Bovendien is onbegrijpelijk dat het hof in het slot van rechtsoverweging 3.8.5.1 geoordeeld heeft dat feiten en omstandigheden die tot de door Alert c.s. verdedigde conclusie leiden gesteld noch gebleken zijn.

2.24. Ten aanzien van stelling a geldt dat op de in de cassatiedagvaarding genoemde vindplaats punt 9.34 van de memorie van antwoord is vermeld (i) dat in de nieuwe planning in de Change Proposal staat dat de daarin genoemde data 'only an indication' zijn, (ii) dat in het nieuwe milestone schema vier van de vijf milestones open zijn gelaten, (iii) dat in de management summary van de Change Proposal is opgenomen: "A number of milestones are currently pending (...)" en (iv) dat bij de datum van 25 februari 2011 staat genoemd dat deze 'for the time being' is vastgesteld. Vergelijkbare stellingen zijn te vinden in de eveneens door de cassatiedagvaarding aangehaalde punten 4.15 tot en met 4.18 van de memorie van antwoord.

2.25. Het hof heeft uitdrukkelijk bij de beoordeling betrokken dat niet alle milestones van een concrete datum waren voorzien (en sommige milestones dus 'pending' waren), dat de datum van 28 februari 2011 'for the time being' was vastgesteld en dat in de Change Proposal is opgenomen dat de genoemde data indicatief waren. De algemene stelling dat in de planning van de milestones de timing bewust is opengelaten en dat partijen aldus niet de bedoeling hadden om een strak schema van milestones neer te zetten (zie onder 4.18 van de memorie van antwoord), bouwt voort op deze door het hof in de beoordeling betrokken omstandigheden en is daarmee (impliciet) eveneens in de beoordeling betrokken, maar van onvoldoende gewicht bevonden om tot een ander oordeel te kunnen leiden.

2.26. De stelling onder b komt in de kern op hetzelfde neer als de door het hof behandelde stelling dat de datum van 28 februari 2011 voor de IAT 'for the time being' was vastgesteld, zodat het hof deze stelling niet afzonderlijk (nogmaals) hoefde te bespreken.

2.27. De stelling onder c doet voorts aan het oordeel van het hof niet af, nu ook door het hof is onderkend dat er in de door partijen gehanteerde planning nog veel open stond. In dat licht bezien is niet vreemd dat JBZ tijdens de heronderhandelingen heeft aangedrongen op 'warranties' voor de tijdige en correctie implementatie. Dat betekent ook dat deze stelling niet als essentieel kan worden aangemerkt en dus door het hof niet uitdrukkelijk in de beoordeling behoefde te worden betrokken.

2.28. Met betrekking tot de stelling onder d het volgende. Dat door JBZ in het buitengerechtelijke traject en in eerste aanleg werd aangenomen dat een ingebrekestelling nodig was (in de vorm van de brief van 13 juli 2011, waarin Alert c.s. een laatste kans werd geboden), is inderdaad juist. Die brief ziet echter niet op het niet halen van de termijn van 28 februari 2011 voor de eerste IAT. Dat JBZ er aanvankelijk van is uitgegaan dat een ingebrekestelling op andere punten nodig was, is geen essentiële stelling die (met zoveel woorden) door het hof in de beoordeling had moeten worden betrokken. Het stond aan JBZ op grond van de herstelfunctie van het hoger beroep vrij om haar standpunt bij memorie van grieven bij te stellen en het hof diende dat bijgestelde standpunt op waarde te schatten. Het aanvankelijke standpunt van JBZ is in dat verband niet essentieel.

2.29. Het voorgaande betekent dat zowel de klacht onder 2.1 als de klacht onder 2.3 niet kan slagen.

2.30. *Onder 2.2* klaagt het onderdeel dat onvoldoende (begrijpelijk) is gemotiveerd het oordeel van het hof dat de 'for the time being' op 28 februari 2011 gestelde milestone voor de eerste IAT slechts als niet fataal zou hebben te gelden, als partijen een nieuwe fatale termijn zouden zijn overeengekomen. Het is immers niet zonder meer zo dat een overeengekomen datum steeds een fatale termijn inhoudt die slechts niet meer geldt indien een nieuwe fatale termijn is overeengekomen, zo klaagt het onderdeel.

2.31. Deze klacht stuit af op hetgeen hiervoor onder 2.22 is opgemerkt.

2.32. *Onder 2.4* bevat het onderdeel een klacht voor zover het hof tot uitgangspunt heeft genomen dat het bewijsrisico met betrekking tot het geschilpunt of de datum van 28 februari 2011 een termijn voor nakoming betreft, op Alert c.s. rust. Volgens het onderdeel heeft het hof in dat geval miskend dat JBZ zich beroept op de rechtsgevolgen van het door haar gestelde feit dat deze datum een fatale termijn betreft. Voor zover het hof bij wijze van vermoeden de juistheid van de door JBZ voorgestane uitleg heeft aangenomen, had zij Alert c.s. de gelegenheid moeten bieden om tegenbewijs te leveren. Dit laatste wordt volgens de steller van het middel door het hof eveneens miskend met zijn oordeel in rechtsoverweging 3.16 (en rechtsoverweging 6.25) dat het bewijsaanbod van Alert c.s. niet ter zake doet. Dat oordeel zou bovendien onjuist of onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd zijn, omdat niet valt in te zien dat getuigenbewijs ter ontzenuwing van de stelling dat de datum van 28 februari 2011 een termijn voor nakoming inhoudt, niet ter zake doende is.

2.33. De klacht mist feitelijke grondslag, nu in het arrest van het hof geen aanknopingspunten zijn te vinden voor een lezing volgens welke het hof bewijs heeft gewaardeerd en/of een vermoeden heeft aangenomen. Het hof heeft zich voor zijn beslissing gebaseerd op tussen partijen vaststaande feiten naar aanleiding van het debat dat partijen naar aanleiding van diezelfde feiten hebben gevoerd. Voor zover het hof daarbij ervan is uitgegaan dat op Alert c.s. de *stelplicht* rustte met betrekking tot feiten en omstandigheden die mee kunnen brengen dat de overeengekomen termijn voor de eerste IAT van 28 februari 2011 – die, anders dan het onderdeel doet voorkomen, onmiskenbaar 'een voor de voldoening bepaalde termijn' in de zin van de wet is – een andere strekking heeft dan dat Alert c.s. door het verstrijken van de termijn in verzuim zou geraken, is dat geheel in overeenstemming met het stelsel van art. 6:83 aanhef en onder a BW.⁹

2.34. *Onder 2.5* wordt opgekomen tegen rechtsoverweging 3.8.5.3 van het tussenarrest van het hof. Aldaar en in de daaraan voorafgaande rechtsoverweging heeft het hof als volgt overwogen:

"3.8.5.2. Partijen zijn het er voorts niet over eens wat op 28 februari 2011 met betrekking tot de eerste IAT moest zijn gerealiseerd. JBZ betoogt dat de IAT op de genoemde datum moest zijn afgerond en dat was, zo stelt JBZ, niet het geval. Volgens Alert c.s. werd met de milestone in het Change Proposal bedoeld dat de IAT op 28 februari 2011 zou beginnen.

3.8.5.3. De in [1.1.7] aangehaalde planning voorzag in een start op 7 juni 2010 van de contractueel overeengekomen eerste testronde van de eerste 'Integral Acceptance Test'. Op grond van de in de genoemde rechtsoverweging al aangehaalde bijlage bij het rapport van de werkgroep Testen, gedateerd 30 april 2010 en getiteld 'Project planning', en de aldaar eveneens aangehaalde Appendix 2 bij het Change Proposal concludeert het hof dat de tussen partijen door middel van het Change Proposal overeengekomen milestone van 28 februari 2011 inhield dat de drie contractueel overeengekomen testrondes van de eerste IAT (voor zover er drie testrondes nodig zouden blijken) op die datum moest[en] zijn afgerond en niet dat zij uiterlijk op die datum diende[n] te zijn aangevangen."

2.35. Volgens het onderdeel heeft het hof de Haviltex-maatstaf miskend door alleen uit te gaan van de planning van de werkgroep Testen en niet alle door Alert c.s. ingeroepen relevante omstandigheden in zijn oordeel te betrekken, althans maakt dit dat het oordeel van het hof onvoldoende (begrijpelijk) is gemotiveerd. Het onderdeel haalt de volgende door Alert c.s. ingeroepen omstandigheden aan:

a. De planning van de werkgroep Testen geeft de status van het project weer vóór de Change Proposal en diende als basis voor de integrale analyse die JBZ heeft uitgevoerd. Dit volgt uit het feit dat deze planning nog uitging van drie IAT's. Partijen hebben dit in de Change Proposal gewijzigd door daarin slechts twee IAT's op te nemen. De eerdere planning van de werkgroep Testen met een tweede IAT in oktober 2010 werd daarmee obsoleet.

b. De eerdere gang van zaken omtrent het testen in september en oktober 2010 doet niet ter zake, omdat de Change Proposal de eerdere indeling in drie IAT's heeft vervangen door een eerste IAT op 28 februari 2011 en een tweede IAT daarna zonder concrete datum (omdat de planning daarvan afhangt van het verloop van de eerste IAT).

c. Het aanvangen van de eerste IAT begin 2011 is veroorzaakt door het afbreken van eerdere voorbereidingen, een voorafgaande escalatie van de werkgroep Testen en de overhandiging van de software en de testomgeving in januari

2011.

d. Als startdatum voor de eerste IAT geldt 28 februari 2011 omdat dit rijmt met de doorlooptijd van de betreffende werkzaamheden. Partijen hebben afgesproken dat de eerste testronde pas medio januari 2011 zou plaatsvinden, zodat gezien de doorlooptijden en de (eventuele) drie rondes die partijen hebben afgesproken als onderdeel van de contractuele acceptatieprocedure, de werkzaamheden hoe dan ook niet voor 28 februari 2011 konden zijn afgerond en de acceptatie dus niet aan een vaste einddatum kan zijn gekoppeld: een andere uitleg zou betekenen dat een IAT slechts uit één ronde bestaat en in één keer 'goed' moet zijn (dus zonder gebreken moet zijn afgerond), hetgeen noch strookt met de werkelijkheid van IT-projecten, noch met de partijafspraken.

e. De acceptatietest heeft in de tweede helft van januari 2011 plaatsgevonden. JBZ kwam op 16 februari 2011 met een voorlopig testrapport (waarmee de eerste ronde was voltooid) en op 8 juni 2011 met een eindrapport. Eerst met dat rapport begon de dertigdagentermijn voor de tweede ronde te lopen, want voor een tweede testronde was nodig dat partijen overeenstemming hadden over de geconstateerde gebreken.

2.36. Mijns inziens kan alleen gezegd worden dat het hof de Haviltex-maatstaf heeft miskend indien het hof ten onrechte door Alert c.s. ingeroepen relevante omstandigheden niet in de beoordeling heeft betrokken. Daarmee is de rechtsklacht in feite niets anders dan een alternatieve verpakking van de motiveringsklacht.

2.37. De stellingen a en b komen er in de kern op neer dat de planning van de werkgroep Testen achterhaald is, nu daarin wordt uitgegaan van drie IAT's terwijl er in werkelijkheid (zoals blijkt uit de Change Proposal) twee IAT's zouden plaatsvinden.

2.38. Op het eerste gezicht lijkt er ten aanzien van het aantal IAT's inderdaad een discrepantie te bestaan tussen het in de Change Proposal opgenomen 'Project plan' (productie 1 bij de conclusie van antwoord, pagina 34 en 35) en de planning van de werkgroep Testing (Appendix 2, dezelfde productie). Het projectplan noemt als 'current status' – dat is dus de status van vóór de Change Proposal – voor de eerste IAT de datum 31 maart 2010 en voor de tweede IAT de datum 30 juni 2011. Een derde IAT wordt niet genoemd. Ten aanzien van de 'status based on the Change Proposal' noemt het projectplan bij de eerste IAT de datum 28 februari 2011 en staat bij de tweede IAT 'pending'. Ook hier wordt een derde IAT niet genoemd. In de planning van de werkgroep Testing lijkt evenwel met het volgende schema te worden uitgegaan van drie IAT's:

- eerste IAT start 7 juni 2010, einde 6 oktober 2010;
- tweede IAT start 6 oktober 2010, einde 10 december 2010 en
- derde IAT start 13 december 2010, einde 28 februari 2011.

2.39. Het hof heeft de planning van de werkgroep Testen echter zo begrepen, dat de drie aldaar genoemde IAT's in feite de drie testrondes van de eerste IAT betroffen (zie rechtsoverweging 3.8.5.3, laatste volzin). Dat oordeel is niet onbegrijpelijk en evenmin onvoldoende gemotiveerd. Met bedoeld oordeel sloot het hof aan bij het standpunt dat JBZ had ingenomen en door haar uitvoerig was gemotiveerd.¹⁰

2.40. De relevantie van de stelling onder d valt of staat met het antwoord op de vraag of tussen partijen is afgesproken dat de eerste testronde van de IAT medio januari 2011 zou gaan plaatsvinden. Indien deze startdatum níét is afgesproken, is onduidelijk waarom – rekening houdend met de doorlooptijd van de betreffende werkzaamheden – geen einddatum kan zijn afgesproken. Partijen hebben immers ook in de eerste planning (in de Roadmap als bijlage bij de Raamovereenkomst, zie onder 1.1.5) een einddatum voor de eerste IAT afgesproken.¹¹ De stelling dat de eerste testronde van de IAT medio januari 2011 zou gaan plaatsvinden, is voor het eerst in punt 3.22 van de pleitnota in appel ingenomen.¹² Daargelaten of die stelling niet tardief is, geldt dat ze onvoldoende is onderbouwd. Ter onderbouwing hebben de toenmalige advocaten van Alert c.s. zonder enigerlei toelichting verwezen naar productie 70 van JBZ, welke productie betreft een 'Handover Alert for the Integral Acceptance Test' van 30 november 2010 (productie 70 van JBZ). Wat daar onder het kopje 'Conclusion' is te lezen ('System can be handed over to JBZ for preparation by JBZ for IAT. Second week of January tests on functionality can be planned and executed') lijkt te zien op de feitelijke stand van zaken op 30 november 2010¹³ en niet op een tussen partijen overeengekomen planning. Hoe dan ook, bij gebreke van iedere toelichting behoeft het hof niet te motiveren waarom het de stelling passeerde.

2.41. De stellingen onder c en e lijken niet zozeer te zien op de vraag of op 28 februari 2011 de eerste IAT moest zijn afgerond, of slechts moest zijn gestart, maar op de vraag waaraan het is toe te rekenen dat de termijn niet is gehaald. In

dit verband zijn deze stellingen dan ook niet als essentieel aan te merken.

2.42. Het voorgaande betekent dat het onderdeel tevergeefs het oordeel van het hof bestrijdt dat de overeengekomen milestone van 28 februari 2011 inhield dat op dat moment de eerste IAT moest zijn afgerond. Verdere steun voor dit oordeel van het hof kan worden gevonden in de omstandigheid dat onder het kopje 'Project planning' in de Change Proposal is opgenomen dat 28 februari 2011 de milestone is voor de 'release v2.6.0 *acceptance* and the start of the activities of the Workgroep GoLive' (zie onder 1.1.6, cursivering hier toegevoegd).

De beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.

2.43. Het *derde onderdeel* heeft betrekking op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. De rechtbank had op dit punt in rechtsoverweging 4.25 van het vonnis van 21 augustus 2013 als volgt overwogen (cursivering toegevoegd):

"De vraag die vervolgens moet worden beantwoord is of, zoals JBZ heeft gesteld en Alert c.s. heeft betwist, de in artikel 23.8. ROVK genoemde deadline van 1 januari 2012 ten tijde van de ontbindingsverklaring van JBZ nog steeds actueel was. Die vraag beantwoordt de rechtbank ontkennend. Tussen partijen is niet in geschil dat de 'milestone' GoLive bereikt moest zijn alvorens het realiseren van de in artikel 23.8. bedoelde papierloze status aan de orde zou kunnen komen. Verder staat tussen partijen vast dat zij de datum voor GoLive bij gelegenheid van het CP hebben uitgesteld tot 1 oktober 2011. Zoals reeds is overwogen onder r.o. 4.7. tot en met 4.10. betrof deze nieuwe datum voor GoLive geen fatale termijn in de zin van artikel 6:83, aanhef en onder a, BW, maar een datum die vatbaar was voor, en ook onderwerp is geweest van, nadere onderhandelingen. *Bezien tegen die achtergrond acht de rechtbank het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar om – zo partijen bij gelegenheid van het CP al niet (ook) de datum voor het bereiken van de papierloze status hebben opgeschoven, zoals Alert c.s. heeft gesteld en JBZ heeft betwist – Alert c.s. op 3 oktober 2011, twee dagen na de in het CP genoemde datum voor GoLive, al te confronteren met een ontbinding op grond van het (mogelijk) niet halen van de deadline van artikel 23.8. ROVK.* De rechtbank neemt daarbij tevens in aanmerking dat JBZ in januari 2011 zelf nog aan Alert c.s. heeft voorgesteld de datum voor GoLive uit te stellen tot 1 februari 2012, dus tot na de in artikel 23.8. ROVK genoemde datum."

2.44. Tegen dit oordeel van de rechtbank heeft JBZ in hoger beroep grief V gericht.¹⁴

2.45. Het onderdeel betoogt *onder 3.1*, met vermelding van vindplaatsen uit onder meer de memorie van antwoord, dat Alert c.s. in hoger beroep een nader onderbouwd beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid hebben gedaan en dat het hof in strijd met art. 24 Rv heeft nagelaten op dit punt een beslissing te nemen. *Onder 3.2* klaagt het onderdeel dat in ieder geval het oordeel van het hof in rechtsoverweging 3.14 dat grief V slaagt, in het licht van het voorgaande onvoldoende is gemotiveerd. *Onder 3.3 en 3.4* veronderstelt het onderdeel dat het hof in respectievelijk rechtsoverweging 3.11.4 en het slot van 3.9.5 op het verweer van Alert c.s. heeft willen responderen en klaagt het dat het hof in dat geval een onjuiste maatstaf heeft aangelegd en bovendien niet alle door Alert c.s. ingeroepen feiten en omstandigheden in de beoordeling heeft betrokken.

2.46. Deze klachten lenen zich voor een gezamenlijke bespreking. In rechtsoverweging 3.6.5 heeft het hof terloops aangestipt dat Alert c.s. – naast hetgeen zij met betrekking tot de uitleg van de nader tussen partijen gemaakte afspraken hadden gesteld – hebben aangevoerd dat de redelijkheid en billijkheid in de weg staat aan het inroepen van artikel 23.8 van de Raamovereenkomst. Ook heeft het hof onder 3.14 van het tussenarrest van 17 februari 2015 geconcludeerd dat behalve grief II ook grief V slaagt. Daaruit laat zich afleiden dat het hof het beroep van Alert c.s. op de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid heeft verworpen. Het gelukt mij echter niet om in de tussenliggende overwegingen een motivering voor die beslissing terug te vinden die ook maar enigszins in de buurt komt van de motivering waar het hof volgens de Vredo/Veenhuis-maatstaf¹⁵ toe gehouden was, namelijk een zodanige motivering dat zij voldoende inzicht geeft in de aan de beslissing ten grondslag liggende gedachtegang om de beslissing zowel voor partijen als voor derden, de cassatierechter daaronder begrepen, controleerbaar en aanvaardbaar te maken.

2.47. Ik onderken dat met uitleg van de overeenkomst en toepassing van de redelijkheid en billijkheid (waaronder behalve de aanvullende ook de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid) vergelijkbare resultaten kunnen worden behaald. Dat is steeds het geval geweest – vergelijk het klassieke debat over de zogenaamde normatieve uitleg van rechtshandelingen¹⁶ – maar een recente ontwikkeling in de rechtspraak over uitleg heeft de uitwisselbaarheid van de beide beoordelingskaders nog verder vergroot. Ik doel op de leer dat ook omstandigheden in de uitvoeringsfase van de overeenkomst in de uitleg van die overeenkomst kunnen worden betrokken.¹⁷ Vindt dat inderdaad plaats en oordeelt de rechter dat ondanks een of meer gebeurtenissen in de uitvoeringsfase partijen nog steeds mochten begrijpen en verwachten wat ze eerder mochten begrijpen en verwachten (uitleg volgens Haviltex), dan is mijns inziens niet goed

denkbaar dat *diezelfde gebeurtenissen* meebrengen dat een partij zich in verband met de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid op de inhoud van de overeenkomst niet meer kan beroepen. Het zal echter mede van het partijdebat afhangen of inderdaad in de uitlegfase reeds alle relevante gebeurtenissen uit de uitvoeringsfase in de beoordeling worden betrokken. Indien in die fase bepaalde omstandigheden buiten beschouwing zijn gebleven, heeft een beroep op de beperkende werking onder verwijzing naar die omstandigheden uiteraard wel ten volle zelfstandige betekenis.

2.48. Anders gezegd, voor zover vol te houden zou zijn dat Alert c.s. bij de uitleg van de overeenkomst van het hof reeds het volle pond hebben gekregen, zou ik wel kunnen voelen voor een lezing volgens welke de motivering van de verwerping van het beroep op de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid besloten ligt in hetgeen het hof omtrent de uitleg van de (nadere) overeenkomst, in het bijzonder de Change Proposal, heeft overwogen.

2.49. Dat dit geval zich inderdaad voordoet, is echter mijns inziens niet vol te houden. Zo hebben Alert c.s. er zich op beroepen dat JBZ op 17 maart 2012 om nader uitstel voor Go-Live tot 1 februari 2012 heeft gevraagd en ook na die datum op dit nadere uitstel bleef insisteren.¹⁸ Deze omstandigheden komen weliswaar deels in rechtsoverweging 3.11.4 aan de orde, maar de daar door het hof aangelegde toets is beperkt tot de vraag of JBZ afstand heeft gedaan van de datum van 1 januari 2012 uit artikel 23.8 van de Raamovereenkomst. Ik ben niet geneigd om hierin een 'vol' uitlegoordeel van het hof te lezen. Als het door het hof toch zo zou zijn bedoeld, geldt dat het de vraag wat JBZ en Alert c.s. in het licht van het nadere uitstel voor GoLive redelijkerwijs mochten begrijpen en verwachten ten onrechte heeft versmald tot de vraag of JBZ van artikel 23.8 afstand deed.¹⁹ Weliswaar klaagt het middel daarover niet, maar dat is in dit verband niet doorslaggevend. Waar het om gaat is dat (de motivering van) het uitlegoordeel van het hof niet zodanig veelomvattend is dat vervolgens een afzonderlijke motivering van het oordeel omtrent het beroep van Alert c.s. op de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid achterwege kon blijven.

2.50. Alert c.s. hebben zich er ook op beroepen dat JBZ niet bereid was tot (het bieden van de mogelijkheid van) een tweede testronde, hoewel Alert c.s. al tijdens de evaluatiefase van de eerste testronde in april 2011 een nieuwe, verbeterde versie van de software had geleverd.²⁰ Volgens Alert c.s. was door toedoen van JBZ het project vanaf mei 2011 geëscaleerd.²¹ Ook deze omstandigheden zijn door het hof niet reeds betrokken in de uitleg van hetgeen de nadere overeenkomst inhield, en dus dienden ze alsnog in een afzonderlijke motivering van de beslissing omtrent het beroep op de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid hun plaats te krijgen. Dat heeft echter niet plaatsgevonden.

2.51. Mogelijk is de gedachtegang van het hof geweest dat de bedoelde omstandigheden er niet aan kunnen afdoen dat ten tijde van de ontbinding (op 3 oktober 2011) de einddatum van 1 januari 2012 hoe dan ook niet meer zou kunnen worden gehaald (vergelijk rechtsoverweging 3.10.1) en dat die omstandigheden *reeds daarom* niet tot gevolg kunnen hebben dat een beroep op artikel 23.8 van de Raamovereenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Dat lijkt me echter onjuist. Hetgeen aan de ontbinding op 3 oktober 2011 voorafging en wat de (aan de ene dan wel aan de andere partij toe te rekenen) oorzaken zijn van de omstandigheid dat op 3 oktober 2011 de einddatum van 1 januari 2012 onhaalbaar was, is niet *bij voorbaat* zonder betekenis voor de toets of het beroep op artikel 23.8 van de Raamovereenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

2.52. Naar aanleiding van subonderdeel 3.4 nog: in rechtsoverweging 3.9.5 oordeelt het hof alleen over de inroepbaarheid van (het fatale karakter van) de termijn van 28 februari 2011 (dus het verzuim) en niet mede over het beroep van Alert c.s. op de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid met betrekking tot de ontbinding ex artikel 23.8 van de Raamovereenkomst.

2.53. Onderdeel 3 slaagt.

De (gevolgen van de) ontbinding

2.54. Het *vierde onderdeel* ziet op het oordeel van het hof over de (gevolgen van de) ontbinding.

2.55. Daarbij richt het onderdeel zich *onder 4.1* allereerst tegen rechtsoverweging 3.10.3 van het hof. Deze rechtsoverweging betreft de vraag of JBZ artikel 23.8 van de Raamovereenkomst en de daarin genoemde contractuele eindtermijn van 1 januari 2012 terecht als grond voor ontbinding aanvoert. Over het door Alert c.s. hiertegen gevoerde verweer overweegt het hof als volgt:

"3.10.2. Alert c.s. brengt daartegen in dat de datum van 1 januari 2012 voor het bereiken van de papierloze status wel degelijk haalbaar was en verwijst daartoe naar het door haar overgelegde SIG-rapport van 3 augustus 2012 (zie r.o. 3.1.42).

3.10.3. Het hof verwerpt dit verweer van Alert c.s. Allereerst heeft Alert c.s. zelf betoogd (memorie van antwoord, sub 9.73) dat met de nieuwe data van het Change Proposal buiten kijf stond dat de datum van 1 januari 2012 niet kon worden gehaald. Daarenboven volgt dit uit de vaststelling dat ten tijde van de ontbinding op 3 oktober 2011 de IAT niet was voltooid en ook de GoLive-fase nog niet was doorlopen. Ook uit de in de rechtsoverwegingen 3.1.19 en 3.1.21 vermelde e-mails blijkt dat in de visie van Alert c.s. zelf het project na de testperiode van januari-februari 2011 in het voorjaar van 2011 in een kritieke fase verkeerde. Ten slotte heeft PWC een rapport uitgebracht (zie r.o. 3.1.43), waarin de rapporten van SIG en ook van KPMG kritisch worden geanalyseerd. Alert c.s. heeft niet inhoudelijk op deze kritiek gereageerd. Het verweer van Alert c.s. faalt dan ook.”

2.56. Het onderdeel betoogt dat het hof ten onrechte geen aandacht heeft besteed aan het verweer van Alert c.s. dat de einddatum van 1 januari 2012 voor de papierloze status nog wel gehaald had kunnen worden indien JBZ in april 2011 de nieuwe versie van de software had getest en zodoende Alert c.s. in de gelegenheid had gesteld deze na acceptatie te implementeren. Indien het hof heeft miskend dat dit een essentiële stelling betrof, getuigt dit volgens het onderdeel van een onjuiste rechtsopvatting, een onbegrijpelijke lezing van het verweer van Alert c.s. of van een miskenning van de taak van het hof om ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen.

2.57. Ik roep in herinnering dat uitgangspunt is dat JBZ (alleen) een beroep kon doen op de oorspronkelijk overeengekomen einddatum van 1 januari 2012, voor zover het in het Addendum en Change Proposal overeengekomen nieuwe tijdspad door aan Alert c.s. toe te rekenen oorzaken niet zou worden nagekomen (vergelijk rechtsoverweging 3.7.3). De strekking van het in de klacht aangehaalde verweer is, zo begrijp ik, dat het níét aan Alert c.s. is toe te rekenen dat het nieuw overeengekomen tijdspad niet is gehaald.

2.58. De cassatiedagvaarding noemt als vindplaats voor bovengenoemd verweer van Alert c.s. de memorie van antwoord, punt 9.73 in samenhang met de punten 6.21 tot en met 6.30. In punt 9.73 van de memorie van antwoord is inderdaad de stelling ingenomen dat de datum van 1 januari 2012 gehaald had kunnen worden indien JBZ in april 2011 de nieuwe versie van de software had getest. Deze stelling is echter niet nader toegelicht of onderbouwd. Daarnaast geldt dat in punt 6.22 van de memorie van antwoord door Alert c.s. is gesteld dat de testomgeving voor JBZ vanaf 2 mei 2011 beschikbaar was, hetgeen er op lijkt te duiden dat JBZ in april 2011 nog niet de nieuwe versie van de software zou hebben kunnen testen. Op een niet begrijpelijk toegelichte stelling behoefde het hof niet te responderen. Het subonderdeel faalt.

2.59. Het vervolg van het vierde onderdeel richt zich tegen de rechtsoverwegingen 3.12.2 en 3.15 van het tussenarrest van 17 februari 2015. Aldaar heeft het hof als volgt overwogen, waarbij voor de volledigheid ook rechtsoverweging 3.12.1 wordt geciteerd:

“3.12.1. Alert c.s. voert voorts nog aan dat JBZ niet het recht had om buiten de contractuele acceptatieregeling om de Raamovereenkomst te ontbinden. De speciale ontbindingsregeling van artikel 9.1.9. van de Raamovereenkomst gaat voor de algemene ontbindingsregeling in artikel 23.1 van de Raamovereenkomst.

3.12.2. Het hof verwerpt dit verweer van Alert c.s., nu de Raamovereenkomst blijkens de ontbindingsbrief van 3 oktober 2011 [zie ook 1.1.17] óók op grond van artikel 23.8 (het niet-bereiken van de status van een paperless hospital vóór 1 januari 2012) van de Raamovereenkomst is ontbonden.

(...)

3.15. Met de negende grief komt JBZ op tegen het oordeel van de rechtbank dat zij, JBZ, niet de bevoegdheid had de Raamovereenkomst op 3 oktober 2011 buitengerechtelijk te ontbinden. Uit het vorenoverwogene volgt dat ook deze grief slaagt.”

2.60. Het onderdeel bevat *onder 4.2* een klacht voor zover het hof hiermee meer op het oog heeft dan zijn oordeel dat JBZ een beroep kan doen op artikel 23.8 van de Raamovereenkomst en/of heeft aangenomen dat het slagen van het beroep van JBZ op artikel 23.8 van de Raamovereenkomst meer rechtsgevolgen heeft dan het einde van de Raamovereenkomst. In dat geval heeft het hof, zo betoogt het onderdeel, in strijd met art. 24 Rv en zijn plicht voldoende inzicht te geven in de aan het oordeel ten grondslag liggende gedachtegang, geen kenbare aandacht besteed aan (de verdere onderbouwing van) de ontbindingsvorderingen van JBZ en de door Alert c.s. daartegen aangevoerde verweren.

2.61. Naar moet worden aangenomen heeft het onderdeel met deze klacht het oog op de omstandigheid dat in artikel 23.8 van de Raamovereenkomst is opgenomen dat JBZ de overeenkomst kan ‘beëindigen’, terwijl het hof lijkt te hebben aangenomen dat JBZ op grond van dit artikel tot *ontbinding* van de overeenkomst mocht overgaan. De juistheid van die

aanname is niet vanzelfsprekend, zo kan aan de stellers van het middel worden toegegeven. Onmogelijk is zij echter evenmin: indien JBZ stelt op grond van artikel 23.8 van de Raamovereenkomst tot ontbinding te kunnen overgaan en Alert c.s. in reactie hierop niet naar voren brengt dat artikel 23.8 van de Raamovereenkomst enkel een bevoegdheid tot beëindiging (niet inhoudende ontbinding) bevat, kan en mag het hof ervan uitgaan dat ontbinding op grond van artikel 23.8 van de Raamovereenkomst tot de mogelijkheden behoort. In dat licht bezien voldoet een klacht die ter onderbouwing slechts in algemene zin en zonder vindplaatsen verwijst naar 'JBZ's (verdere onderbouwing van haar) ontbindingsvorderingen en de door Alert c.s. daartegen aangevoerde verweren' niet aan de daaraan op grond van art. 407 lid 2 Rv te stellen vereisten.

2.62. Ten overvloede merk ik op dat de aanname van het hof dat met 'beëindiging' in de zin van artikel 23.8 van de Raamovereenkomst ontbinding is bedoeld, steun lijkt te vinden in artikel 5.3 van de Raamovereenkomst. In dat artikel is immers opgenomen dat JBZ bevoegd is de overeenkomst op te zeggen en dat 'het *anderszins beëindiger*' van de overeenkomst slechts mogelijk is op basis van 'artikel 23 (ontbinding)' of met wederzijds goedvinden (cursivering toegevoegd, zie ook onder 1.1.3). Ook in het licht van art. 6:80 BW (anticipatory breach) is het niet zo vreemd dat artikel 23.8, dat betrekking heeft op het geval dat aannemelijk is dat Alert c.s. de papierloze organisatieomgeving niet tijdig zal kunnen realiseren, door het hof als een geval van ontbinding wegens een tekortkoming is geduid. Artikel 23.8 laat zich begrijpen als een contractuele variant van art. 6:80 BW, op welke bepaling eveneens een ontbinding kan worden gebaseerd die vooruitrijpt op een tekortkoming die ten tijde van de ontbinding nog in de toekomst lag.

2.63. *Onder 4.3* betoogt het onderdeel dat het hof geen schadevergoeding kon toewijzen op grond van art. 6:277 BW, omdat het geen toerekenbare tekortkoming heeft vastgesteld.

2.64. Tegen welke rechtsoverweging(en) van het hof dit subonderdeel zich richt is niet direct duidelijk. Ik begrijp dat de klacht gericht is tegen de overwegingen van het hof over de wettelijke grondslag van de schadevergoedingsplicht van Alert c.s. (rechtsoverweging 6.3 e.v. van het eindarrest van 9 augustus 2016)²² en dus niet tegen het oordeel van het hof over de vraag of JBZ op grond van artikel 23.8 van de Raamovereenkomst tot ontbinding over mocht gaan (rechtsoverwegingen 3.12.2 en 3.15, waartegen subonderdeel 4.3 zich richt). Aldus begrepen kan de klacht niet slagen. Dit omdat met het in stand blijven van de rechtsoverwegingen 3.12.2 en 3.15 vaststaat dat JBZ op grond van artikel 23.8 van de Raamovereenkomst (bij wijze van contractuele anticipatory breach) tot ontbinding over mocht gaan, zodat toewijzing van de in art. 6:277 BW bedoelde ontbindingsschade rechtens niet onjuist is. Ten overvloede nog: het subonderdeel lijkt art. 6:277 BW op te vatten als een zelfstandige grondslag voor schadevergoeding, met als voorwaarde dat de overeenkomst is ontbonden. Dat is geen juiste duiding. Art. 6:277 BW stelt wat betreft de schadeplichtigheid van de tekortschietende schuldenaar geen andere of verdergaande eisen dan voortvloeien uit art. 6:74 BW.²³

2.65. Ik heb mij de vraag gesteld of voor een meer welwillende lezing van het subonderdeel aanleiding bestaat. De derde volzin onder 4.3 en de bijbehorende voetnoot 39 duidt namelijk alsnog aan dat Alert c.s. het verweer heeft gevoerd dat art. 23.8 van de Raamovereenkomst geen ontbindingsgrond maar een opzeggingsgrond inhoudt en klaagt erover dat het hof aan dat verweer geen kenbare aandacht heeft besteed. Hier staat dus alsnog wat in subonderdeel 4.2 had moeten staan. Vatten we het subonderdeel op als mede gericht tegen rechtsoverwegingen 3.12.2 en 3.15 van het tussenarrest van 15 februari 2015, dan geldt dat het hof de verwerping van bedoeld verweer inderdaad niet heeft gemotiveerd. Zou ik menen dat het verweer kansrijk was en dat Alert c.s. dus door het hof tekort zijn gedaan, dan zou ik de bedoelde welwillende lezing zeker hebben willen bepleiten. Tegen de achtergrond van hetgeen onder 2.62 is gezegd, bepleit ik die lezing echter niet.

2.66. *Onder 4.4* is een klacht opgenomen voor zover het hof zou hebben miskend dat voor de door JBZ ten aanzien van haar schadevorderingen genoemde grondslagen steeds een tekortkoming in de nakoming vereist is. Deze klacht mist zelfstandige betekenis ten opzichte van de voorgaande klachten.

2.67. Hetzelfde geldt voor de klacht *onder 4.5*, die is voorgesteld voor zover het hof de schadevergoedingsplicht van Alert c.s. heeft gebaseerd op iets anders dan het niet-nakomen van de termijn voor de eerste IAT uit de Change Proposal, nu dat, aldus het subonderdeel, het enige tekortschieten is dat het hof heeft vastgesteld.

2.68. Ook *onder 4.6* neemt het onderdeel tot uitgangspunt dat het niet halen van de datum van 1 januari 2012 geen door het hof vastgestelde tekortkoming betreft, waar het klaagt dat het oordeel van het hof over de personeelskosten ten onrechte (mede) is gebaseerd op de omstandigheid dat deze kosten zijn veroorzaakt doordat de datum van 1 januari 2012 niet is gehaald.

2.69. *Onder 4.7* wordt geklaagd over rechtsoverweging 6.14 van het arrest van 9 augustus 2016. In deze rechtsoverweging en de daaraan voorafgaande rechtsoverweging heeft het hof als volgt overwogen:

“6.13. Alert c.s. heeft voorts als verweer aangevoerd dat de door JBZ gestelde schade niet aan Alert c.s. kan worden toegerekend. Alert c.s. stelt dat zij aan de contractuele verplichtingen heeft voldaan en dat het niet aan Alert c.s. is te wijten dat het ICT-project is mislukt.

6.14. Dit verweer wordt door het hof verworpen. Dat de nader te bepalen schade aan Alert c.s. is toe te rekenen, volgt uit hetgeen is overwogen en beslist in de rechtsoverwegingen 3.5.3 tot en met 3.13 van het tussenarrest van het hof. De omvang van de toe te rekenen schade dient te worden bepaald aan de hand van artikel 16.3 van de raamovereenkomst.”

2.70. Voor zover dit oordeel ook ziet op toerekenbaarheid in de zin van art. 6:75 BW, klaagt het onderdeel dat het oordeel onjuist of onvoldoende (begrijpelijk) is gemotiveerd. Dit omdat niet valt in te zien dat het hof door te verwijzen naar de rechtsoverwegingen 3.5.3 tot en met 3.13 van het tussenarrest en artikel 16.3 van de Raamovereenkomst voldoende heeft gereageerd op het door Alert c.s. gevoerde verweer. Voor zover het hof alleen heeft gedoeld op toerekenbaarheid in de zin van art. 6:98 BW, heeft het in strijd met art. 24 Rv geen aandacht besteed aan het beroep van Alert c.s. op niet-toerekenbaarheid van haar tekortkoming en in strijd met art. 25 Rv het betoog van Alert c.s. dat JBZ verantwoordelijk is voor de vertraging niet als een beroep op art. 6:75 BW opgevat. Bovendien heeft het hof geen oordeel gegeven op het in het betoog van Alert c.s. besloten liggende beroep op schuldeisersverzuim zijdens JBZ.

2.71. Dat het oordeel van het hof ziet op toerekenbaarheid in de zin van art. 6:75 BW, valt niet in te zien. Het hof spreekt immers over toerekening van de *schade* en niet over toerekening van de *tekortkoming*. Daarmee resteert van het subonderdeel nog het tweede deel van de klachten. Die klachten komen er in de kern op neer dat Alert c.s. hebben betoogd dat de tekortkoming(en) niet aan hen kunnen worden toegerekend, omdat JBZ verantwoordelijk is voor de vertraging van het project, en dat het hof hier niet op is ingegaan. Daartoe hebben Alert c.s. in punt 9.24 van de memorie van antwoord, als vindplaats genoemd in voetnoot 40 van de cassatiedagvaarding, aangevoerd dat “de vraag rijst of de overschrijdingen te wijten zijn aan de gedragingen van JBZ” en vervolgens verwezen naar de punten 3.11-3.17 en 3.22-3.24 van de memorie van antwoord. Wanneer deze nadere vindplaatsen van de memorie van antwoord worden bestudeerd, blijkt dat hetgeen Alert c.s. aldaar naar voren heeft gebracht ziet op de periode vóór (de totstandkoming van) de Change Proposal. Hetgeen zich in die periode heeft voorgedaan, doet hier echter niet ter zake. De door het hof aangenomen tekortkomingen van Alert c.s. zien immers allen op de periode ná de Change Proposal en dus op de nieuwe planning, zodat eventuele aan JBZ toe te rekenen vertragingen in de eerdere planning in de redenering van het hof niet ter zake doen. Gelet daarop behoefde het hof niet op dit verweer in te gaan.²⁴

2.72. De klacht *onder 4.8* richt zich tegen de rechtsoverwegingen 6.20 en 6.24 van het eindarrest van 9 augustus 2016, waar het hof overweegt dat de ongedaanmakingsvordering van JBZ op grond van art. 6:271 BW toewijsbaar is. Deze klacht berust wederom op het uitgangspunt dat door het hof geen tekortkoming in de nakoming is vastgesteld en slechts een beroep op een contractuele opzeggingsgrond is gehonoreerd. Ook deze klacht kan geen doel treffen.

2.73. Het vierde onderdeel slaagt niet.

Belang

2.74. Ten slotte nog enkele opmerkingen over het belang dat Alert c.s. volgens JBZ al dan niet in cassatie zouden hebben.

2.75. In punt 4.7 van zijn schriftelijke toelichting heeft mr. Scheltema betoogd dat het hof op twee zelfstandig dragende gronden heeft aangenomen dat JBZ gerechtigd was de overeenkomst te ontbinden. De eerste is dat Alert c.s. de fatale termijn voor de eerste IAT uit de Change Proposal niet hebben gehaald (rechtsoverweging 3.9.5) en de tweede dat JBZ zich mocht beroepen op het niet halen van de datum van 1 januari 2012 uit artikel 23.8 van de Raamovereenkomst (rechtsoverweging 3.7.3 en 3.11.4). Om die reden zou het middel bij gebrek aan belang falen, indien de klachten tegen (slechts) één van deze gronden zouden slagen, zo betoogt mr. Scheltema.

2.76. Dat het hof heeft aangenomen dat JBZ gerechtigd was de overeenkomst(en) tussen partijen te ontbinden op de grond dat Alert c.s. de fatale termijn voor de eerste IAT uit de Change Proposal niet hebben gehaald, zie ik in het arrest niet terug. Het hof heeft in rechtsoverweging 3.9.5 alleen vastgesteld dat de termijn voor de eerste IAT uit de Change Proposal een fatale termijn was en dat Alert c.s. deze termijn niet zijn nagekomen. Dit overweegt het hof echter in het kader van het beroep van JBZ op artikel 23.8 van de Raamovereenkomst als ontbindingsgrond, welk beroep JBZ alleen zou toekomen indien Alert c.s. het nieuw overeengekomen tijdspad toerekenbaar niet zouden zijn nagekomen (zie rechtsoverweging 3.7.1, 3.7.3, 3.12.2). Dat het niet halen van de termijn voor de eerste IAT naar het oordeel van het hof geen zelfstandige grond voor de ontbinding was, blijkt ook wel uit de omstandigheid dat het hof daarna nog circa vijf pagina's besteedt aan de vraag of JBZ op grond van artikel 23.8 van de Raamovereenkomst tot ontbinding over mocht gaan.

3. Conclusie

De conclusie strekt tot vernietiging en verwijzing.

Hoge Raad

(...; *red.*)

3. Beoordeling van het middel

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) JBZ is een groot regionaal ziekenhuis.

(ii) Alert Portugal biedt een integraal ICT-systeem aan (hierna: de programmatuur), waarmee alle zorgprocessen in een ziekenhuis kunnen worden gedigitaliseerd zodat uiteindelijk een papierloze organisatieomgeving ontstaat. Alert Nederland is een dochtervennootschap van Alert Portugal.

(iii) Op 16 juli 2008 zijn JBZ en Alert c.s. overeengekomen dat Alert c.s. aan JBZ een geïntegreerd computersysteem zullen leveren. De afspraken zijn vastgelegd in een raamovereenkomst en een groot aantal bijlagen. In de raamovereenkomst is onder meer het volgende opgenomen:

“Artikel 5 Duur van de overeenkomst

(...)

5.3. Opdrachtgever is bevoegd om de Overeenkomst schriftelijk op te zeggen, met inachtneming van een opzegtermijn van één jaar. Het anderszins beëindigen van de Overeenkomst is voor partijen slechts mogelijk op basis van artikel 23 (ontbinding) of met wederzijds goedvinden.

(...)

Artikel 9. Acceptatie

9.1. Deelacceptatie

9.1.1. Teneinde de goede werking van de door Leverancier geleverde Programmatuur vast te stellen, zullen voor de verschillende onderdelen van de Programmatuur afzonderlijke Acceptatietesten worden uitgevoerd, met inachtneming van het in dit artikel bepaalde.

(...)

9.1.9. Derde Afkeuring

Indien de Programmatuur of delen ervan na de derde Acceptatietest opnieuw door Opdrachtgever op Gebreken wordt afgekeurd, heeft Opdrachtgever het recht om de Overeenkomst – eventueel voorwaardelijk of gedeeltelijk – buiten rechte te ontbinden. De artikelen 23.5 tot en met 23.7 zijn in dat geval van overeenkomstige toepassing.

Leverancier is in dat geval tevens aansprakelijk voor de door Opdrachtgever geleden en te lijden schade, op de wijze zoals in artikel 16 van deze Overeenkomst is bepaald. Onverminderd zijn recht op schadevergoeding, is Opdrachtgever tevens gerechtigd Leverancier toe te staan de Gebreken alsnog voor diens rekening te laten herstellen.

(...)

Artikel 16. Aansprakelijkheid

16.1. Indien één der partijen tekort komt in de nakoming van één of meer van zijn verplichting(en) uit deze Overeenkomst, zal de andere partij hem deswege in gebreke stellen, tenzij nakoming van de betreffende verplichtingen reeds blijvend onmogelijk is of er een Milestone uit het Projectplan dan wel een andere expliciet door partijen als fatale termijn aangeduide termijn is overschreden, in welk geval de nalatige partij onmiddellijk in gebreke is. (...)

16.2. De partij die toerekenbaar tekortschiet in de nakoming van zijn verplichtingen is tegenover de andere partij aansprakelijk voor vergoeding van de door de andere partij geleden c.q. te lijden schade.

16.3. De sub 16.2 bedoelde aansprakelijkheid voor directe schade is, per gebeurtenis (...) voor Alert beperkt tot een bedrag van EUR 1.500.000,00

(...)

Artikel 23. Ontbinding

23.1. Buiten hetgeen elders in deze Overeenkomst of Nadere Overeenkomsten daaromtrent is bepaald, is ieder der partijen gerechtigd:

(...)

b) zonder enige aanmaning of ingebrekestelling zal zijn vereist, buiten rechte deze Overeenkomst en/of de Nadere Overeenkomsten door middel van een aangetekend schrijven met onmiddellijke ingang geheel of gedeeltelijk te ontbinden indien:

(...)

– de andere partij anderszins niet langer in staat moet worden geacht de verplichtingen uit deze Overeenkomst en/of de Nadere Overeenkomsten na te kunnen komen.

(...)

23.8. Indien de 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 aanneemelijk 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 andere betalingen. (...)"

(iv) In de bijlagen bij de raamovereenkomst worden vier planperioden onderscheiden, waaronder de fase van acceptatietesten en de fase van implementatie (ook aangeduid als 'GoLive'), en is uitgewerkt wanneer de verschillende functionaliteiten per versie van de programmatuur beschikbaar zullen komen en zullen worden opgeleverd.

(v) Op 21 juli 2010 hebben partijen, naar aanleiding van het vertraagd beschikbaar komen van versie 2.6.0 van de programmatuur, overeenstemming bereikt over een nieuwe planning. De afspraken zijn neergelegd in een document met de titel 'Change Proposal' en een aantal bijlagen. In dit document wordt als datum voor de eerste acceptatietest ('1st Integral Acceptancy Test') 28 februari 2011 genoemd. Als 'Milestone' voor de 'release v2.6.0 acceptance and the start of activities of the Workgroup GoLive' wordt genoemd 28 februari 2011 en als 'Milestone' voor de eerste GoLive 15 april 2011. Voor de verdere GoLives worden de perioden 15 juni tot en met 15 september 2011 en 1 oktober 2011 tot en met 30 september 2012 genoemd.

(vi) Op 21 december 2010 hebben partijen een addendum ondertekend. In dit addendum is vastgelegd dat de herziene en nieuwe bijlagen onlosmakelijk onderdeel uitmaken van de Raamovereenkomst.

(vii) In januari en februari 2011 zijn de door Alert c.s. geleverde functionaliteiten getest.

(viii) In januari 2011 heeft JBZ voorgesteld GoLive uit te stellen van 1 oktober 2011 naar 1 februari 2012. Alert c.s. hebben hiertegen bezwaar gemaakt.

(ix) Hierna hebben partijen nader gesproken over de voortgang van het project.

(x) Op 2 mei 2011 hebben Alert c.s. een voortgangsrapportage opgemaakt waarin onder meer het volgende is opgenomen:

"The ALERT percentage of 'Not OK'+ 'Not available' is around 44%. Much smaller than the JBZ counting of 65% but still unacceptable. (...)"

(xi) Op 8 juni 2011 heeft een projectmanager van JBZ, in verband met het eindrapport betreffende de testperiode januari-februari 2011, geadviseerd dat het resultaat van deze testperiode onvoldoende is en daarom niet acceptabel voor JBZ.

(xii) Op 13 juli 2011 heeft JBZ aan Alert c.s. onder meer geschreven:

"Last chance

In view of the above mentioned conclusions and taking into account that the bank guarantees must be invoked ultimately on July 31, 2011, JBZ wants to take a decision about the continuation of the project on very short notice.

We will only be able to take a positive decision, if Alert finally takes its responsibility and accepts that some fundamental changes in the execution of the implementation need to be made on the side of Alert. We need several written unconditional guarantees of Alert on short notice to restore our confidence in the project and Alert."

(xiii) Bij brief van 3 oktober 2011 heeft JBZ aan Alert c.s. geschreven dat Alert c.s. niet de aan hen geboden laatste kans hebben benut, Alert c.s. niet bereid zijn gebleken de gevraagde garanties te geven en dat JBZ daarom tot ontbinding van de raamovereenkomst en daaraan gerelateerde overeenkomsten overgaat. Daarbij heeft JBZ zich primair gebaseerd op art. 23.1 en subsidiair op art. 23.1b, art. 23.8 en art. 5.3 van de raamovereenkomst. JBZ heeft gesteld dat zij zich op art. 23.8 kan beroepen omdat buiten twijfel is dat de papierloze organisatieomgeving niet voor 1 januari 2012 zal kunnen worden gerealiseerd.

3.2.1. In onderhavige procedure heeft JBZ onder meer een verklaring voor recht gevorderd dat de raamovereenkomst oprechtsgeldige wijze is ontbonden bij brief van 3 oktober 2011, dan wel rechtsgeldig is opgezegd tegen 3 oktober 2012. De rechtbank heeft geoordeeld dat – zo partijen al niet bij gelegenheid van het Change Proposal de datum voor het bereiken van de papierloze status hebben opgeschoven – het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is Alert c.s. op 3 oktober 2011, twee dagen na de in het Change Proposal genoemde datum voor GoLive, al te confronteren met een ontbinding op grond van het (mogelijk) niet halen van de deadline van art. 23.8 van de raamovereenkomst. De rechtbank heeft voor recht verklaard dat de raamovereenkomst bij brief van 3 oktober 2011 rechtsgeldig door JBZ is opgezegd tegen 3 oktober 2012.

3.2.2. Na wijziging van eis heeft JBZ in appel onder meer een verklaring voor recht gevorderd dat de raamovereenkomst bij brief van 3 oktober 2011 is ontbonden, alsmede veroordeling van Alert c.s. tot nakoming van de verbintenissen tot ongedaanmaking en schadevergoeding.

Het hof heeft bij eindarrest het vonnis van de rechtbank vernietigd en, opnieuw rechtdoende, voor recht verklaard dat de raamovereenkomst bij brief van 3 oktober 2011 is ontbonden en Alert c.s. veroordeeld tot nakoming van de uit de ontbinding voortvloeiende verbintenissen tot terugbetaling van € 1.175.854,86 en tot betaling van schadevergoeding ter grootte van € 1.500.000,-.

Daartoe heeft het hof in zijn tussenarrest onder meer overwogen dat een redelijke en billijke uitleg van de raamovereenkomst en de daarbij behorende bijlagen meebrengt dat, voor zover het in het Change Proposal nieuw overeengekomen tijdspad door aan Alert c.s. toe te rekenen oorzaken niet zou worden nagekomen, kon worden teruggevallen op de oorspronkelijke in art. 23.8 van de raamovereenkomst overeengekomen einddatum van 1 januari 2012 (rov. 3.7.3).

Blijkens het Change Proposal was de datum van 28 februari 2011 voor de eerste acceptatietest een milestone, zodat deze datum als fatale termijn heeft te gelden. Nu Alert c.s. deze fatale termijn niet heeft gehaald, is de in het Change Proposal opgenomen tijdspad, aldus het hof, niet nagekomen. (rov. 3.9.5)

JBZ heeft de raamovereenkomst ontbonden onder meer op grond van art. 23.8 van de raamovereenkomst en daartoe aangevoerd dat de datum van 1 januari 2012 voor het bereiken van een 'paperless hospital' niet meer haalbaar was.

Het verweer van Alert c.s. dat de datum van 1 januari 2012 voor het bereiken van de papierloze status wel degelijk haalbaar was, faalt, aldus het hof. (rov. 3.10.1-3.10.3)

De omstandigheid dat JBZ in maart 2011 heeft voorgesteld GoLive uit te stellen tot 1 februari 2012, leidt niet tot de conclusie dat JBZ daarmee afstand heeft gedaan van de datum van 1 januari 2012 uit art. 23.8 van de raamovereenkomst, nu partijen daarover geen overeenstemming hebben bereikt. JBZ heeft derhalve het recht om zich te beroepen op de datum van 1 januari 2012. (rov. 3.11.4)

3.3.1. Onderdeel 3.1 klaagt dat Alert c.s. in appel zich erop hebben beroepen dat de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid in de weg staat aan het invoeren van de deadline van art. 23.8 en dat het hof in strijd met art. 24 Rv heeft nagelaten daarop een beslissing te geven.

Onderdeel 3.2 klaagt dat het hof niet zonder nadere motivering kon oordelen dat grief V, die was gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid eraan in de weg staat dat JBZ de datum 1 januari 2012 als deadline aan Alert c.s. tegenwerpt, slaagt.

Onderdeel 3.3 klaagt onder meer dat, voor zover het hof wel een beslissing heeft gegeven op het in onderdeel 3.1 genoemde beroep van Alert c.s., het hof is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting door als maatstaf aan te leggen of JBZ, gezien haar voorstel in maart 2011 tot uitstel van GoLive tot 1 februari 2012, afstand heeft gedaan van de datum van 1 januari 2012. Bovendien heeft het hof, aldus het onderdeel, dan niet alle door Alert c.s. ingeroepen feiten en omstandigheden in de beoordeling betrokken. Alert c.s. hebben namelijk eveneens een beroep gedaan op: (i) het vertrouwen van Alert c.s. dat eerdere vertragingen met het Change Proposal waren afgehandeld, (ii) het tijdsverloop tot het beroep van JBZ op vertraging, (iii) het gebrek aan medewerking zijdens JBZ door onder meer een tweede testronde te blokkeren, (iv) het stellen door JBZ van nieuwe eisen, waardoor van Alert c.s. niet verwacht kon worden dat zij intussen zou doorwerken aan de implementatie; en (v) het bieden van een laatste kans door JBZ aan Alert c.s. met de 'ingebrekestelling' van 13 juli 2011.

3.3.2. Deze klachten lenen zich voor gezamenlijke behandeling. In rov. 3.6.5 van zijn tussenarrest heeft het hof vermeld dat Alert c.s. aanvoeren dat de redelijkheid en billijkheid in de weg staan aan het invoeren van art. 23.8 van de raamovereenkomst. In rov. 3.14 van zijn tussenarrest heeft het hof geoordeeld dat de door JBZ aangevoerde grief V, die was gericht tegen het oordeel van de rechtbank over het beroep van Alert c.s. op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, slaagt. Het hof heeft dus wel degelijk een oordeel gegeven over het beroep van Alert c.s. op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Dat oordeel heeft het, ook in het licht van de in onderdeel 3.3 onder (i)-(v) genoemde stellingen, toereikend gemotiveerd. Daartoe wordt het volgende overwogen.

3.3.3. In de eerste plaats heeft het hof beoordeeld of de datum van 1 januari 2012 zoals vermeld in art. 23.8 van de raamovereenkomst tussen partijen als een fatale termijn gold, of dat, zoals door Alert c.s. is gesteld, die datum is 'doorgeschoven'. Het hof heeft, ter beantwoording van die vraag, in de eerste plaats vastgesteld dat – ook al zijn partijen met het Change Proposal en het Addendum van 21 december 2010 een tijdspad overeengekomen waardoor de einddatum van 1 januari 2012 voor het papierloze ziekenhuis niet meer haalbaar was – een redelijke en billijke uitleg van de raamovereenkomst en de daarvan na ondertekening van het Addendum deel uitmakende bijlagen desalniettemin meebrengt dat voor zover het nieuw overeengekomen tijdspad door aan Alert c.s. toe te rekenen oorzaken niet zou worden nagekomen, kon worden teruggewallen op de oorspronkelijk overeengekomen einddatum van 1 januari 2012. Hierin ligt besloten dat Alert c.s. niet erop mochten vertrouwen dat eerdere vertragingen met het Change Proposal waren afgehandeld in die zin dat JBZ zich vervolgens niet meer op de datum van 1 januari 2012 zou kunnen beroepen.

3.3.4. In rov. 3.11.4 van zijn tussenarrest is het hof ingegaan op het voorstel van JBZ tot uitstel van GoLive tot 1 februari 2012. Naar het oordeel van het hof heeft JBZ daarmee geen afstand gedaan van de datum van 1 januari 2012 uit art. 23.8 van de raamovereenkomst. Het hof heeft erop gewezen dat JBZ heeft toegelicht dat zij het voorstel heeft gedaan in een poging het project tot een goed einde te brengen en heeft geconstateerd dat vaststaat dat partijen over uitstel geen overeenstemming hebben bereikt. Hieruit blijkt niet dat het hof bij zijn beoordeling van het beroep van Alert c.s. op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid als maatstaf heeft aangelegd of JBZ afstand van haar recht heeft gedaan met betrekking tot de datum van art. 23.8 van de raamovereenkomst. Wel volgt daaruit dat Alert c.s. naar het oordeel van het hof niet erop mochten vertrouwen dat JBZ geen beroep meer zou doen op de datum van 1 januari 2012.

3.3.5. Het hof heeft in rov. 3.9.4 van zijn tussenarrest de stelling van Alert c.s. beoordeeld dat JBZ (in strijd met haar verplichtingen uit art. 9 van de raamovereenkomst) heeft geweigerd de door Alert c.s. in april 2011 opgeleverde, verbeterde versie van de programmatuur te onderwerpen aan een tweede testronde. Het hof heeft geoordeeld dat JBZ daartoe niet was gehouden, nu uit de planning van de werkgroep Testen volgt dat de datum van 28 februari 2011 het sluitstuk vormde van drie testrondes van de eerste acceptatietest (waarbij die datum volgens het hof had te gelden als een fatale, zie rov. 3.8.5.1).

3.3.6. Alert c.s. hebben verder gesteld dat JBZ (vanaf mei 2011) nieuwe eisen ging stellen, met de wens hierover eerst duidelijkheid te verkrijgen, waardoor van Alert c.s. niet kon worden verwacht dat zij zouden doorwerken aan de voorbereiding van de implementatie. Alert c.s. hebben hiermee naar het oordeel van het hof kennelijk willen betogen dat JBZ (mede-)verantwoordelijk was voor het niet halen van de einddatum van 1 januari 2012 voor de implementatie van een papierloze organisatieomgeving.

Het hof heeft vastgesteld dat beide partijen met het Change Proposal en het Addendum van 21 december 2011 een tijdpad zijn overeengekomen waardoor de einddatum van 1 januari 2012 voor het papierloze ziekenhuis niet meer haalbaar was. In rov. 3.10.3 heeft het hof overwogen dat Alert c.s. bovendien zelf hebben betoogd dat met de nieuwe data van het Change Proposal buiten kijf stond dat die datum niet meer kon worden gehaald en dat het project reeds in de testperiode van januari-februari 2011 in een kritieke fase verkeerde. Hierin ligt het oordeel besloten dat het niet halen van de einddatum van 1 januari 2012 voor de implementatie van een papierloze organisatieomgeving, naar Alert c.s. zelf hebben betoogd, al een gegeven was voordat JBZ vanaf mei 2011 nieuwe eisen is gaan stellen. Het hof behoeft daarom niet expliciet op de desbetreffende stelling van Alert c.s. in te gaan – ook niet in het kader van de vraag of de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid eraan in de weg staat dat JBZ de datum 1 januari 2012 als deadline aan Alert c.s. tegenwerpt.

3.3.7. Alert c.s. hebben in appel, ten slotte, een beroep gedaan op het tijdsverloop tot het beroep van JBZ op vertraging en het gegeven dat JBZ aan Alert c.s. met de 'ingebrekestelling' van 13 juli 2011 een 'laatste kans' heeft gegeven. Blijkens de stellingen waarnaar in cassatie door Alert c.s. wordt verwezen, was dat betoog van Alert c.s. bedoeld ter onderbouwing van haar stelling dat JBZ zich niet achteraf, meer dan drie jaar na dato (namelijk ten tijde van het appel), erop kon beroepen dat geen ingebrekestelling nodig was omdat bij het versturen van de brief van 13 juli 2011 al sprake was van verzuim aan de kant van Alert c.s. (namelijk omdat de fatale datum van 28 februari 2011 voor de eerste acceptatietest niet was gehaald). Deze (processuele) koerswijziging van JBZ zou naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn. Alert c.s. hebben echter in hoger beroep de desbetreffende stellingen niet, althans niet voldoende kenbaar, ten grondslag gelegd aan hun betoog dat de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid eraan in de weg stond dat JBZ een beroep zou doen op art. 23.8 van de raamovereenkomst. Het hof behoeft bij zijn beoordeling van dat laatste betoog derhalve niet in te gaan op de desbetreffende stellingen van Alert c.s.

Dat laat overigens onverlet dat het hof in rov. 3.13 van zijn tussenarrest wel degelijk heeft geoordeeld over de stelling van Alert c.s. dat JBZ met haar brief van 13 juli 2011 bij Alert c.s. het vertrouwen heeft gewekt dat Alert c.s. nog een kans zouden krijgen. Het hof heeft geoordeeld dat dit verweer niet opgaat.

3.3.8. Uit het voorgaande volgt dat het hof het hiervoor in 3.3.1 bedoelde beroep van Alert c.s. op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid heeft beoordeeld, dat het daarbij niet is uitgegaan van de in onderdeel 3.3 bedoelde onjuiste maatstaf en dat het alle door Alert c.s. in dat onderdeel vermelde feiten en omstandigheden in de beoordeling heeft betrokken.

De klachten van de onderdelen 3.1-3.3 stuiten hierop af.

3.4.1. De onderdelen 4.3 en 4.8 van het middel zijn gericht tegen het oordeel van het hof (in het tussen- en eindarrest) omtrent de door Alert c.s. verschuldigde schadevergoeding (voor zover gebaseerd op art. 6:277 BW) en de verplichting van Alert c.s. tot ongedaanmaking. Het onderdeel klaagt dat het hof heeft miskend dat ongedaanmaking en schadevergoeding op deze gronden alleen toewijsbaar zijn in geval van ontbinding op grond van tekortkoming in de nakoming en niet (zonder meer) bij (enkele) inroeping van een contractuele opzeggingsgrond. Het hof heeft echter geen aandacht besteed aan het verweer van Alert c.s. dat art. 23.8 van de raamovereenkomst geen ontbindingsgrond maar een opzeggingsmogelijkheid inhoudt, aldus het onderdeel.

3.4.2. Deze klachten zijn terecht voorgesteld. Het hof heeft kennelijk geoordeeld dat art. 23.8 van de raamovereenkomst een ontbindingsgrond behelst, zonder het essentiële verweer van Alert c.s. te beoordelen, dat slechts sprake was van een mogelijkheid tot opzegging. Dit verweer kan tot een andere beslissing leiden, mede gezien de omstandigheid dat de slotwoorden van art. 23.8 omtrent aanspraken van Alert c.s. op kosten- of schadevergoeding kunnen zien op een ander geval dan ontbinding wegens tekortkomingen van Alert c.s.

3.4.3. De onderdelen 4.4-4.7 behoeven geen behandeling.

3.5. De overige klachten van het middel kunnen niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt de arresten van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 17 februari 2015 en 9 augustus 2016;

verwijst het geding naar het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden ter verdere behandeling en beslissing;

veroordeelt JBZ in de kosten van het geding in cassatie (...; *red.*).

Noot

1. Een ambitieus automatiseringsproject in de publieke sector, dat kan natuurlijk niet goed aflopen. Jeroen Bosch Ziekenhuis ("JBZ") geeft opdracht aan ICT-dienstverlener Alert om alle zorgprocessen te digitaliseren door middel van een geïntegreerd computersysteem. Het wordt een moeras van vertragingen, herkansingen en wederzijdse frustratie. Partijen stellen gaandeweg een nieuw tijdspad vast met ruimere opleveringstermijnen. Alert haalt ook dit nieuwe tijdspad niet. Na drie jaar aanmodderen en een laatste waarschuwing heeft JBZ er genoeg van. JBZ beëindigt de overeenkomst middels een daartoe strekkend schrijven aan Alert. Daarmee verplaatst het debat zich van de operatiekamer naar de rechtszaal. JBZ wil haar geld terug van Alert, plus schadevergoeding. Alert daarentegen verwijt JBZ de overeenkomst zonder goede reden te hebben beëindigd.

2. Van de vele geschilpunten die in cassatie een rol spelen, bespreek ik er twee. Ten eerste 's hofs oordeel dat "een redelijke en billijke uitleg" van de overeenkomst meebrengt dat JBZ Alert mocht houden aan de oorspronkelijk overeengekomen opleverdatum toen eenmaal bleek dat Alert de tussentijds herziene ruimere termijnen (ook) niet haalde. Heeft het hof de juiste uitlegmaatstaf toegepast? Ten tweede de vraag of JBZ de overeenkomst mocht ontbinden of Alert deswege verplicht was tot ongedaanmaking en schadevergoeding, waar JBZ haar vordering baseerde op een contractuele beëindigingsgrond.

3. "Redelijke en billijke uitleg"

Het hof oordeelt: "Een redelijke en billijke uitleg van [de overeenkomst inclusief bijlagen] brengt mee dat voor zover het nieuw overeengekomen tijdspad 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" (tussenarrest 17 februari 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:

480, r.o. 3.7.3-3.11.4). Alert klaagt dat het hof hiermee een onjuiste maatstaf toepast (zie conclusie A-G, nrs. 2.11 en 2.13, **ECLI:NL:PHR:2017:1099**). Het hof had de Haviltex-norm moeten benoemen en toepassen, aldus Alert. De Hoge Raad wijst Alerts klachten van de hand: art. 81 RO (r.o. 3.5).

4. Hoe zat het ook weer? Indien partijen twisten over de vraag hoe een bepaald beding in hun schriftelijke overeenkomst moet worden uitgelegd, is het aan de rechter om de betekenis van dat beding vast te stellen. De rechter moet daartoe onderzoeken:

- wat partijen over en weer hebben verklaard;
- wat partijen uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben afgeleid;
- welke zin zij in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs mochten toekennen aan elkaars verklaringen en gedragingen; en
- wat zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten (dus: mocht jij ervan uitgaan dat ik wel zou begrijpen dat jij dit bedoelde?).

Deze aanpak volgt zowel uit de Haviltex-regel, als uit de nadien gecodificeerde wilsvertrouwensleer (art. 3:33-3:35 BW), als uit constante rechtspraak (bijv. HR 12 januari 2001, *NJ* 2001/199 (*Steinbusch/Van Alphen*). Bij de uitleg spelen de redelijkheid en billijkheid een rol, zoals de Hoge Raad al sinds 1949 uitdraagt (HR 20 mei 1949, *NJ* 1950/72 (*Rederij Koppe*)). A-G Valk verwijst in een voetnoot bij zijn conclusie naar r.o. 4.5 van HR 20 februari 2004, **«JOR» 2004/157**, m.nt. SCJJK (*DSM/Fox*): "Bij de uitleg van een schriftelijk contract [zijn] telkens van beslissende betekenis (...) alle

omstandigheden van het concrete geval, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen." Zie ook HR 20 mei 1994, *NJ* 1995/691, r.o. 3.3.: "De overeenkomst behoort te worden uitgelegd met inachtneming van de eisen van redelijkheid en billijkheid". De rechter mag zijn (motivering van) de uitleg van het contract echter niet *uitsluitend* baseren op redelijkheid en billijkheid, zonder kenbare aandacht te besteden aan relevante verklaringen en gedragingen van partijen en de door hen aangevoerde argumenten (Steinbusch/Van Alphen, r.o. 3.9). Het gevaar bestaat dat de rechter onder het mom van "uitleg" de door hem wenselijk geachte rechtsgevolgen aan de overeenkomst verbindt, in plaats van vast te stellen wat partijen met elkaar hebben afgesproken. Daarbij komt dat de feitenrechter volgens vaste rechtspraak de overeenkomst mag uitleggen op een andere wijze dan partijen hebben bepleit (HR 21 juni 1996, ECLI:NL:HR:1996:

ZC2107). De tucht van de motiveringsplicht helpt de rechterlijke creativiteit enigszins in toom te houden. Maar in de eeuwige strijd tussen billijkheid en rechtszekerheid blijft laatstgenoemde de underdog. In zijn *NJ*-noot onder Rederij Koppe benoemde Houwing al dat "van algemene bekendheid [is] dat de rechter in een overeenkomst, die naar zijn oordeel onredelijk is, mag veranderen zoveel hij wil, zonder dat zijn beslissing deswege in cassatie vernietigd zal worden, als hij zijn wijzigen maar niet wijzigen noemt, maar uitleggen". Quod erat demonstrandum.

5. *Ontbinding beëindigt een overeenkomst, maar niet iedere beëindiging is een ontbinding*

Een contract voor automatisering op maat is een overeenkomst van opdracht. In sommige opzichten zou de regeling van aanneming van werk beter aansluiten bij de modaliteiten van zo'n overeenkomst (waarschuwings- en zorgplichten van de aannemer, meerwerk, oplevering en gebrekenregeling). Software en ICT-diensten zijn echter geen werken van stoffelijke aard. Opdracht dus; een duurovereenkomst die onder andere eindigt door het volbrengen van de opdracht, door ontbinding wegens een tekortkoming in de nakoming, maar ook door opzegging door een der partijen. De opdrachtgever mag – behoudens afwijkende afspraken – te allen tijde de opdracht opzeggen (art. 7:408 lid 1 BW); de opdrachtnemer heeft dan recht op een naar redelijkheid vast te stellen deel van het loon (art. 7:411 BW). Uiteraard is de opgezegde maar tot dusver vlekkeloos presterende opdrachtnemer zijnerzijds niet schadeplichtig jegens de opzeggende opdrachtgever. Het contract tussen JBZ en Alert beperkt het opzeggingsrecht van JBZ tot bepaalde specifieke situaties. Zo mag JBZ de overeenkomst "beëindigen met opgave van redenen" als aannemelijk is dat Alert de toegezegde "papierloze status" niet binnen de overeengekomen termijn zal realiseren. "In dat geval kan de leverancier jegens de opdrachtgever generlei aanspraak maken op kosten- of schadevergoedingen of andere betalingen."

6. JBZ schrijft aan Alert: "we hereby terminate the framework agreement (...). Article 23.8 – no paper free status. This article can also be invoked by JBZ". JBZ betoogt dat zij de overeenkomst hiermee bevoegdelyk heeft *ontbonden*. Het hof verklaart aldus voor recht en veroordeelt Alert tot restitutie van de reeds voldane termijnbetalingen, en tot vergoeding van de schade die JBZ lijdt doordat geen nakoming maar ontbinding heeft plaatsgevonden. Dit oordeel van het hof vindt geen genade bij de Hoge Raad (r.o. 3.4.2). Alerts verweer houdt onder andere in dat de door JBZ ingeroepen contractsbepaling slechts een mogelijkheid tot opzegging biedt, wat niet hoeft te betekenen dat sprake is van wanprestatie. Het hof heeft dit verweer van Alert ten onrechte buiten beschouwing gelaten. Volgt vernietiging en verwijzing.

7. Een contractuele opzeggingsmogelijkheid is niet zonder meer gelijk te stellen aan een ontbindingsgrond (ongeacht de aard van de overeenkomst). Immers:

(i) Om een overeenkomst te mogen ontbinden en ongedaanmaking te vorderen, moet er sprake zijn van een tekortkoming in de nakoming van een contractuele verbintenis door de wederpartij, plus verzuim of tijdelijke dan wel blijvende onmogelijkheid van nakoming (art. 6:265 BW).

(ii) Om schadevergoeding te kunnen vorderen in verband met de ontbinding, moet de ontbinding bovendien zijn gegrond op een *toerekenbare* tekortkoming in de nakoming door de wederpartij (art. 6:74 jo. 6:277 lid 1 BW).

(iii) Een gegronde vrees voor toekomstig tekortschieten door de wederpartij kan bij voorbaat een ontbindingsgrond opleveren (art. 6:80 lid 1 en 6:83 sub c BW).

Het contract tussen JBZ en Alert bepaalt dat JBZ de overeenkomst mag "beëindigen" wegens voorzienbare termijnoverschrijding door Alert. Dit wijst op een vorm van *anticipatory breach* die normaal gesproken aanleiding geeft tot ontbinding, ongedaanmaking en schadevergoeding. Maar er staat ook dat *Alert*, dat is de opgezegde partij, in een dergelijk geval geen recht zal hebben op betaling of vergoeding door JBZ. Deze toevoeging heeft alleen zin in het kader van de opzegregeling bij opdracht (art. 7:408 en 7:411 BW): de opgezegde opdrachtnemer heeft in beginsel wél recht op vergoeding van gederfde inkomsten. Het is dus onduidelijk of het begrip "beëindiging" in deze overeenkomst "opzegging"

betekent of "ontbinding". Dit is een probleem voor JBZ. Het contract benoemt *limitatief* de gevallen waarin de overeenkomst kan worden beëindigd. Dit laatste zou kunnen betekenen dat als de door JBZ ingeroepen clausule geen ontbinding mogelijk maakt, er ook geen andere toelaatbare grondslag is voor de ongedaanmakingsvordering van JBZ. En als JBZ de overeenkomst niet mocht beëindigen, dan heeft zij zich schuldig gemaakt aan wanprestatie door het project desondanks stop te zetten, met als gevolg dat Alert van haar kant aanspraak kan maken op schadevergoeding door JBZ.

8. De hele discussie had voorkomen kunnen worden als JBZ en Alert in hun overeenkomst consequent onderscheid hadden gemaakt tussen de wettelijk geregelde begrippen "opzegging" en "ontbinding", in plaats van een ongedefinieerd derde begrip "beëindiging" te gebruiken. In hun streven naar een alomvattende regeling hebben de contractspartijen onzekerheid gecreëerd, terwijl zij die juist wilden wegnemen.

mr. J.B.R. Regouw, advocaat Clifford Chance LLP

Voetnoten

1

Vergelijk het arrest van het hof van 17 februari 2015 onder 3.1. De door het hof vastgestelde feiten zijn hier verkort weergegeven, namelijk slechts voor zover in cassatie nog van belang. Waar zinvol zijn de aanhalingen door het hof uit de Raamovereenkomst en de Change Proposal enigszins aangevuld.

2

Integral Acceptance Test. Vergelijk hiervoor onder 1.1.5 en 1.1.6.

3

Functional Acceptance Test. Vergelijk hiervoor onder 1.1.9 en 1.1.14.

4

Het arrest van het hof zegt per abuis 'artikel 6:277 BW', maar uit wat volgt blijkt dat het hof art. 6:271 BW op het oog had.

5

De cassatiedagvaarding noch de schriftelijke toelichting vermeldt voor de opvatting een vindplaats, zodat valt te betwijfelen of het middel voldoet aan de daaraan te stellen eisen.

6

F.W.J. Meijer & H.M. Wattendorff, *Stelplicht & Bewijslast*, commentaar op art. 3:35 BW, onder verwijzing naar HR 11 september 2009, [ECLI:NL:HR:2009:BI5915](#), RvdW 2009/1006.

7

Onder 4.11 van hun schriftelijke toelichting trachten de stellers van het middel de klacht zo op te rekken dat deze zou inhouden dat het hof door te spreken van 'een redelijke en billijke uitleg' een onjuiste maatstaf zou hebben gehanteerd, omdat dit een andere maatstaf is dan de Haviltex-maatstaf. Daargelaten dat een aldus bedoelde klacht tardief is, geldt dat een (correcte) uitleg naar redelijkheid en billijkheid niet iets anders is dan een (correcte) uitleg aan de hand van de Haviltex-maatstaf. Vergelijk HR 20 februari 2004, [ECLI:NL:HR:2004:AO1427](#), NJ 2005/493, m.nt. C.E. du Perron (DSM/Fox), rechtsoverweging 4.5.

8

Vergelijk de verklaring van de zegswijze in Oxford Dictionary of English (zie het lemma 'time'): "for the present; until some other arrangement is made."

9

Vergelijk V. van den Brink & W.L. Valk, *Stelplicht & Bewijslast*, commentaar op art. 6:83 BW.

10

Vergelijk de schriftelijke toelichting van mr. Scheltema, onder 6.5.5 en 6.5.6 en de daar vermelde vindplaatsen.

11

Indiende de daar genoemde datum van 1 oktober 2009 als startdatum voor de eerste IAT moet worden gezien, geldt dat de datum van 29 maart 2011 voor de tweede IAT dan in ieder geval de uiterste einddatum van de eerste IAT is.

12

Op de overige in de cassatiedagvaarding (voetnoot 32) aangehaalde vindplaatsen heb ik deze stelling niet aangetroffen.

13

Vergelijk ook het begin van het stuk, waar onder 1 wordt gesproken van 'the cancellation of the IAT in September 2010'. Een en ander spoort met de toelichting die JBZ bij memorie van grieven onder 5.102 en 5.103 bij het stuk heeft gegeven, die erop neerkomt dat de IAT moest worden uitgesteld vanwege het ontbreken van een aantal belangrijk functionaliteiten in de door Alert c.s. geleverde software.

14

Zie pagina 92-95 van de memorie van grieven.

15

HR 4 juni 1993, **ECLI:NL:HR:1993:ZC0986**, NJ 1993/659, m.nt. D.W.F. Verkade (Vredo/Veenhuis).

16

Kort besproken door: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/365; W.L. Valk in: Jac. Hijma e.a., Rechtshandeling en Overeenkomst (Studiereeks Burgerlijk Recht deel 3), Deventer: Wolters Kluwer 2016, nr. 277 (p. 301).

17

HR 18 september 2015, **ECLI:NL:HR:2015:2741**, NJ 2015/382 (ISG/RBS): omstandigheden die hebben plaatsgevonden nadat een rechtshandeling is verricht, kunnen in het algemeen medebepalend zijn voor de uitleg daarvan. Vergelijk ook HR 2 september 2011, **ECLI:NL:HR:2011:BQ3876**, NJ 2012/75, m.nt. P. van Schilfgaarde (VDE c.s./Fuchs c.s.) en de bespreking van deze rechtspraak bij W.L.Valk, in: H.N. Schelhaas & W.L. Valk, Uitleg van rechtshandelingen (preadviezen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht), Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, p. 26-32.

18

Memorie van antwoord onder 9.75 sub b.

19

Laatstbedoelde vraagstelling impliceert immers dat een afzonderlijk als zodanig aan te wijzen rechtshandeling nodig is om de inhoud van de voorafgaande overeenkomst terzijde te stellen, wat mijns inziens onverenigbaar is met een dynamische uitleg zoals door uw Raad aanvaard in het al genoemde arrest VDE c.s./Fuchs c.s.

20

Memorie van antwoord onder 9.75 sub c.

21

Memorie van antwoord onder 9.75 sub d, met verwijzing naar punt 8.5 sub j e.v. Vergelijk ook onder 9.75 sub e.

22

Zie ook onder 7.8 van de schriftelijke toelichting van mrs. Van der Wiel en Van Aerde. In de cassatiedagvaarding wordt bij dit subonderdeel ook rechtsoverweging 6.3 (vetgedrukt) als enige rechtsoverweging genoemd. De structuur van de cassatiedagvaarding is ook wat betreft de andere (sub)onderdelen steeds dat het nummer van de aangevallen rechtsoverweging vet is gedrukt.

23

HR 8 juli 2011, **ECLI:NL:HR:2011:BQ1684**, NJ 2012/684, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (G4/Hanzevast).

24

Het in voetnoot 40 eveneens als vindplaats genoemde punt 3.4 van de pleitnota in appel (aan de zijde van Alert c.s.), bevat niets nieuws ten opzichte van de andere vindplaatsen.
