

ECLI:NL:GHDHA:2022:1080

Instantie	Gerechtshof Den Haag
Datum uitspraak	05-07-2022
Datum publicatie	12-07-2022
Zaaknummer	200.287.729
Formele relaties	Eerste aanleg: ECLI:NL:RBROT:2020:10974, (Gedeeltelijke) vernietiging en zelf afgedaan
Rechtsgebieden	Verbintenissenrecht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Geschil met betrekking tot een overeenkomst inzake de ontwikkeling van software. Arrest gaat onder meer in op de vraag of een bankgarantie terecht is ingeroepen.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

GERECHTSHOF DEN HAAG

Afdeling Civiel recht

Zaaknummer hof : 200.287.729

Zaaknummer rechtbank : C/10/595906 / HA ZA 20-436

Arrest van 5 juli 2022

in de zaak van

VMB Beheer B.V.,

gevestigd in Hendrik-Ido-Ambacht,

appellante,

advocaat: mr. M. Smit in Zoetermeer,

tegen

CGI Nederland B.V.,

gevestigd in Rotterdam,

verweerster,

advocaat: mr. A.T. Eisenmann in Amsterdam.

Het hof zal partijen hierna noemen VMB en CGI.

1 De zaak in het kort

1.1 VMB vordert een bedrag van 99.704,- en schadevergoeding van CGI. VMB en Payment Factory hebben een overeenkomst gesloten met CGI inzake de ontwikkeling van software door CGI ten behoeve van Payment Factory. Volgens VMB heeft CGI het bedrag van 99.704,- ten onrechte geïnd op grond van een bankgarantie gesteld door VMB voor de betaling van facturen van CGI. Verder vordert VMB vergoeding van schade die zij stelt te hebben geleden doordat CGI de ontwikkeling van de software heeft gestaakt. De rechtbank heeft de vorderingen van VMB afgewezen.

1.2 Het hof oordeelt in dit arrest dat de vordering van VMB tot terugbetaling van het bedrag van 99.704,- gegrond is. De vordering tot schadevergoeding wijst het hof net als de rechtbank af.

2 Procesverloop in hoger beroep

2.1 Het verloop van de procedure in hoger beroep blijkt uit de volgende stukken:

- de dagvaarding van 23 december 2022, waarmee VMB in hoger beroep is gekomen van het vonnis van de rechtbank Rotterdam van 18 november 2020, hersteld bij vonnis van 20 januari 2021;
- de memorie van grieven van VMB van 16 februari 2021, met bijlagen;
- de memorie van antwoord van CGI van 11 mei 2021, met bijlagen;
- de akte houdende antwoord in voorwaardelijk incidenteel hoger beroep van VMB van 22 juni 2021.

3 Feitelijke achtergrond

- 3.1 VMB is een houdstermaatschappij die alle aandelen houdt in VMB Automation B.V. (hierna te noemen: VMB Automation), een bedrijf dat zich bezighoudt met het ontwerpen en realiseren van hard- en software voor besturingstechnieken. De heer [bestuurder VMB] (hierna te noemen: [bestuurder VMB]) is bestuurder van VMB en VMB Automation.
- 3.2 CGI houdt zich onder meer bezig met het ontwerpen en programmeren van computergerichte automatiseringssystemen.
- 3.3 Payment Factory B.V. (hierna te noemen: Payment Factory) is een houdstermaatschappij die alle aandelen houdt in PayQuest B.V. (hierna te noemen: PayQuest). Beide vennootschappen worden bestuurd door de heer [bestuurder Pay] (hierna te noemen: [bestuurder Pay]). VMB heeft bij oprichting van Payment Factory op 21 juli 2016 een belang in Payment Factory genomen van 30%.
- 3.4 PayQuest hield zich sinds 2015, aanvankelijk als eenmanszaak, bezig met het ontwikkelen van een systeem genaamd ServiceCorner (hierna te noemen: het project), een machine vergelijkbaar met een pinautomaat, maar met meer functionaliteiten.
- 3.5 CGI, VMB (in de overeenkomst aangemerkt als Client VMB) en Payment Factory (in de overeenkomst aangemerkt als Client) hebben op 28 oktober 2016 een overeenkomst met de naam Agreement for Software Supply, Fixed Price (hierna te noemen: de overeenkomst) ondertekend waarin CGI zich heeft verbonden om voor de prijs van 206.000,- software werkzaamheden te verrichten ten behoeve van het project. De overeenkomst luidt, voor zover van belang, als volgt:

()

1 CGI shall supply to the Client the Software and related deliverables and services specified in the Proposal ServiceCorner v.25 ().

2 The Client or Client VMB shall pay to CGI the sums (Price) specified in the Proposal ServiceCorner v.25 and all other sums payable under this agreement. Client and Client VMB shall be jointly and severally liable for the financial obligations arising from this Agreement. For the avoidance of doubt, the performance by one shall discharge the other party.

()

5 This Agreement is made up of the following documents:

this signature page;

the General terms and conditions for Software Supply Service Corner TandCs Sept 2016 [hierna te noemen: algemene voorwaarden, toevoeging hof];

the Proposal ServiceCorner v.25 [hierna te noemen: proposal, toevoeging hof];

the SLA;

the Proprietary Software License Service Corner.

()

- 3.6 De algemene voorwaarden bepalen, voor zover van belang, het volgende:

()

8 Price and payment

- 8.1 *CGI shall raise invoices in accordance with the payment schedule in the Statement of Price and as otherwise provided for under this Agreement. The Client shall pay each invoice within 30 days of the*

date of receipt of

a correct invoice. () If an invoice is not correct, the Client shall notify CGI within 14 days.

()

8.3 If the Client fails to pay any sum due under this Agreement the Client is in default (verzuim). In such event and without prejudice to other rights and remedies of CGI, statutory interest shall accrue on such sum from the original agreed payment date of the applicable invoice until the actual date of payment, without any written demand or notice of default being necessary. Furthermore, if the Client fails to pay any sum due under this Agreement, CGI may (without prejudice to its other rights and remedies) give the Client not less than 14 days written notice that it intends to stop work. ()

3.7 Het proposal vermeldt, voor zover van belang, het volgende:

()

6.1 **Overall planning**

The planning of the project regarding the Microsoft Azure Application Services looks like the following: The total duration will be around 5 months of work.

()

8.2 **Invoicing**

PROJECT PHASE

Invoicing between parties will start on the first day of acceptance and signing of the contract (received contract with signature at CGI's side). All other invoicing will be done upfront for each phase according to the following schedule:

1. Analysis Phase 20%

2. Delivery of the specification documents for acceptance 20%

3. Delivery of the Azure system for acceptance 20%

4. Delivery Project Management Raiffeisen Bank Infra 20%

5. Final discharge 20%

()

3.8 Op 11 januari 2017 heeft ING Bank N.V. (hierna te noemen: de bank) een bankgarantie

afgegeven voor een bedrag van 206.000,-. De tekst van de bankgarantie luidt, voor zover van belang, als volgt:

Debiteur: VMB

()

Crediteur: CGI

()

Bedrag: EUR 206.000,00

Geldigheidsdatum tot en met: 30 juni 2017

Omschrijving overeenkomst / transactie: SOFTWARE ONTWIKKELING

ING Bank N.V., (), stelt zich hierbij garant jegens de crediteur tot zekerheid voor de voldoening door de debiteur van zijn betalingsverplichtingen voortvloeiende uit de overeenkomst/transactie, zulks echter tot bovengenoemd maximum bedrag. De bank verbindt zich derhalve op grond van deze garantie, op eerste schriftelijk verzoek van de crediteur en onder diens bindende mededeling dat de debiteur in de nakoming van zijn vorenbedoelde verplichtingen is tekortgeschoten, als eigen schuld en zonder enig ander of meerder bewijs van verschuldigdheid te kunnen verlangen, aan de crediteur te zullen voldoen de door deze op te geven bedragen, doch in totaal nimmer meer dan bovengenoemd maximum bedrag.

Een schriftelijk beroep op deze bankgarantie dient de bank binnen de geldigheidsduur van de bankgarantie te hebben bereikt.

()

3.9 Op 24 januari 2017 heeft op het kantoor van VMB een zogenoemde kick-off meeting plaatsgevonden. Bij die bijeenkomst waren [bestuurder VMB] en de heer [betrokkene 1] (hierna te noemen: [betrokkene 1]) aanwezig, naast andere mensen van CGI.

3.10 Voor het project is een stuurgroep samengesteld. In de stuurgroep werd onder meer de voortgang van het project besproken. De heer [betrokkene 2] van VMB (hierna te noemen: [betrokkene 2]), [betrokkene 1] , de heer [betrokkene 3] van CGI (hierna te noemen: [betrokkene 3]) en [bestuurder Pay] namen deel aan de stuurgroep.

3.11 Per e-mail van 25 april 2017 heeft [betrokkene 2] aan [betrokkene 1] het volgende bericht:

Wij hebben een factuur ontvangen () op naam van VMB Automation BV voor de 1ste termijn van de solution design.

Graag ontvangen wij hier een creditnota voor omdat deze op VMB Beheer B.V. verstuurd moet worden en niet op VMB Automation BV.

Daarbij mijn opmerking wil jij het complete Project Management Plan Version 1.0 door een ieder ondertekend mij compleet toesturen.

()

3.12 [betrokkene 1] heeft hierop dezelfde dag als volgt gereageerd:

()

Ik ga het volgend doen:

Oorspronkelijke nota crediteren

Gegevens aanpassen

Nieuwe factuur sturen

3.13 Op 1 mei 2017 heeft CGI aan VMB een factuur (hierna te noemen: de eerste factuur) gestuurd voor een bedrag van 41.200,- exclusief btw (49.852,- inclusief btw), met de volgende omschrijving:

ServiceCorner Release 1 (fixed price)

Milestone #1: Solution Design (20% van het totaal)

Van 09-01-2017 t/m 31-03-2017

3.14 Per e-mail van 22 mei 2017 heeft [betrokkene 1] het volgende aan [betrokkene 2] bericht:

Ongeveer 2 weken geleden heb ik een nieuwe invoice laten aanmaken voor de foutieve 1e factuur. Deze heeft de juiste tenaamstelling VMB Beheer B.V.

Ik was benieuwd of er als iets bij jullie was binnengekomen?

3.15 [betrokkene 2] heeft hierop dezelfde dag als volgt gereageerd:

Yes en sorry 19-5-2017 is hij bij mij langs gegaan voor akkoord.

3.16 Per e-mail van 9 juni 2017 heeft [betrokkene 2] aan [betrokkene 1] voor zover van belang als volgt bericht:

Op je vraag van de bankgarantie weet ik nog even niets, [bestuurder VMB] heeft dit in behandeling en ik had nog geen terugkoppeling gekregen. Ik ga er achteraan en laat je het weten.

3.17 Per e-mail van eveneens 9 juni 2017 heeft [betrokkene 2] het volgende aan [betrokkene 1] bericht:

Jullie factuur die ik heb goedgekeurd krijg ik weer terug van onze boekhouding omdat ik geen opleverdocument heb voorzien in ons systeem.

Zou jij zo vriendelijk willen zijn om de complete ondertekende PM en het solution design toe te willen sturen (digitaal)

Wanneer ik deze heb toegevoegd in ons systeem wordt de factuur klaargezet voor betaling (kan dan nog wel 2 weken duren)

3.18 Per e-mail van 19 juni 2017 heeft [betrokkene 1] het volgende aan [betrokkene 2] bericht:

Heb jij nog een update over de bankgarantie?

3.19 [betrokkene 2] heeft hierop dezelfde dag als volgt gereageerd:

Zit in een meeting, maar ik kan je vertellen dat van de week we de bankgarantie wel geregeld hebben. De kosten hiervoor vallen mee.

3.20 Per e-mail van 27 juni 2017 heeft [betrokkene 1] , voor zover van belang, het volgende aan [betrokkene 2] en andere leden van de stuurgroep bericht:

()

Issues en aandachtspunten :

Bankgarantie

o Bankgarantie verloopt op 30/6, terwijl 2 facturatiemijlpalen na deze datum zijn komen te liggen. Besproken in het stuurgroep overleg van 5/24 [betrokkene 2] zoekt uit wat de kosten van verlenging zijn vraag staat intern uit bij [bestuurder VMB] (PayQuest);

3.21 Op 27 juni 2017 heeft [betrokkene 1] via WhatsApp het volgende aan [betrokkene 2] bericht:

Hi [betrokkene 2] , Kun jij mij even bellen? Factuur blijkt nog niet betaald te zijn (nog geen opdracht voor gegeven?) in combi met het verlopen van de bankgarantie wordt dat hier intern nogal spannend gevonden. [betrokkene 1]

3.22 [betrokkene 2] heeft dezelfde dag met het volgende bericht gereageerd:

[betrokkene 1] , [bestuurder VMB] gesproken echter hij kan voor beide nog geen datums afgeven.

3.23 Op 29 juni 2017 heeft CGI twee facturen (hierna: de tweede en derde factuur), gedateerd 1 juni 2017, aan VMB gezonden. Beide facturen vermelden een factuurbedrag van 41.200,- exclusief btw (49.852,- inclusief btw) en vervaldatum 1 juli 2017. De respectieve facturen vermelden verder, voor zover van belang, het volgende:

ServiceCorner Release 1 (fixed price)

Milestone #2: Afronding fase Analyse (20% van het totaal)

Van 09-01-2017 t/m 24-06-2017

()

Betaaltermijn: Netto binnen 30 dagen

en

ServiceCorner Release 1 (fixed price)

Milestone #3: Coördinatie (ATM Acquirer / Processor_ (20% van het totaal)

Van 09-01-2017 t/m 24-06-2017

()

Betaaltermijn: Netto binnen 30 dagen

3.24 Op 30 juni 2017 heeft CGI de bankgarantie ingewonnen voor een bedrag van 149.872,09, zijnde de som van de drie facturen inclusief btw, vermeerderd met vertragingsrente.

3.25 Bij brief van 11 juli 2017 aan Payment Factory en VMB heeft CGI onder meer het volgende geschreven:

Betreft: beëindiging Agreement for Software Supply

()

CGI is door de heer [bestuurder VMB] te kennen gegeven en heeft vervolgens ondervonden dat VMB factuur met referentie EU1650085464 [de eerste factuur, toevoeging hof] onbetaald laat. Tevens is VMB niet voornemens CGI te betalen voor het werk dat CGI in de afgelopen maanden (Factuur EU1650087548 & EU1650087549) [de tweede en derde factuur, toevoeging hof] heeft uitgevoerd.

CGI bericht The Payment Factory B.V. en VMB Beheer B.V. hierbij de werkzaamheden te verrichten onder de Software Supply Agreement Service Corner te staken en de overeenkomst met ingang van 1 augustus 2017 te beëindigen.

4 Procedure bij de rechtbank

4.1 VMB heeft CGI gedagvaard en gevorderd CGI te veroordelen tot betaling aan VMB van:

Primair

I. het onverschuldigd betaalde bedrag van 99.704,-, te vermeerderen met de wettelijke handelsrente vanaf 30 juni 2017;

Subsidiair

II. schadevergoeding van 99.704,-, dan wel van 92.400,-, te vermeerderen met de wettelijke (handels)rente vanaf 30 juni 2017;

In alle gevallen

III. schadevergoeding van 37.603,62, te vermeerderen met de wettelijke (handels)rente vanaf 30 juni 2017, dan wel 11 juli 2017, dan wel 1 augustus 2017;

IV. schadevergoeding van 41.200,-, te vermeerderen met de wettelijke (handels)rente, te rekenen vanaf 30 juni 2017, dan wel 11 juli 2017, dan wel 1 augustus 2017;

V. schadevergoeding voor gederfde dividenduitkeringen en gederfde waardeinstijging van haar belang in Payment Factory, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;

VI. buitengerechtelijke kosten en proceskosten, inclusief nakosten.

4.2 CGI heeft verweer gevoerd tegen de vorderingen van VMB. In voorwaardelijke reconventie heeft CGI gevorderd VMB te veroordelen tot betaling van het bedrag van 99.704,- dat zij heeft geïnd onder de bankgarantie, voor het geval zou worden geoordeeld dat CGI de bankgarantie niet had mogen aanspreken voor de tweede en derde factuur. In conventie en in voorwaardelijke reconventie heeft CGI gevorderd VMB in de proceskosten te veroordelen.

4.3 VMB heeft verweer gevoerd tegen deze vordering van CGI, en gevorderd CGI in de proceskosten in voorwaardelijke reconventie te veroordelen.

4.4 De rechtbank heeft de vorderingen van VMB in conventie afgewezen en VMB in de proceskosten veroordeeld. Aan een beoordeling van de vordering van CGI in voorwaardelijke reconventie is de rechtbank niet toegekomen.

5 Vorderingen in hoger beroep

5.1 VMB is in hoger beroep gekomen omdat zij het niet eens is met het vonnis. Zij heeft verschillende bezwaren (grievens) tegen het vonnis aangevoerd. VMB vordert hetzelfde als bij de rechtbank, naast veroordeling van CGI in de proceskosten in de procedures bij de rechtbank en het hof, inclusief nakosten en te vermeerderen met wettelijke rente.

5.2 VMB heeft zes grieven tegen het vonnis aangevoerd die hierna zullen worden besproken.

5.3 CGI voert verweer tegen de grieven van VMB. Verder verwijst zij naar haar voorwaardelijke vordering in reconventie, die alsnog aan de orde moet komen als het hof zou oordelen dat CGI de bankgarantie niet had mogen invoeren met betrekking tot de tweede en derde factuur.

5.4 VMB heeft CGIs verwijzing naar haar voorwaardelijke vordering in reconventie opgevat als een voorwaardelijk incidenteel hoger beroep en bij akte verweer gevoerd, bestaande uit een verwijzing naar eerdere processtukken.

6 Beoordeling in hoger beroep

Had CGI het recht om de bankgarantie in te roepen met betrekking tot de tweede en derde factuur?

6.1 Het hof zal eerst grieven IV en V van VMB bespreken. Grief IV bestrijdt het oordeel van de rechtbank in rov. 4.10 van het vonnis dat VMB de met de tweede en derde factuur gefactureerde bedragen verschuldigd was. Met grief V komt VMB op tegen rov. 4.11 en 4.12, waarin de rechtbank heeft overwogen dat CGI het recht had om de bankgarantie in te roepen voor de betaling van haar facturen, en dat de primaire vordering van VMB daarom moet worden afgewezen. Het geschil tussen partijen spitst zich toe op de tweede en derde factuur. Tussen partijen is niet in geschil dat de eerste factuur open stond en dat CGI het recht had de bankgarantie in te roepen met betrekking tot deze factuur.

6.2 Zoals de rechtbank heeft overwogen (vgl. rov. 4.3 en 4.4 van het vonnis), gaat het hier om een abstracte bankgarantie die een zelfstandige betalingsverplichting ten opzichte van de onderliggende rechtsverhouding creëert. Het abstracte karakter van de bankgarantie is van belang voor de vraag of de bank aan VMB moest betalen. In deze procedure is echter de vraag aan de orde of CGI ten opzichte van VMB het recht had om de bankgarantie in te roepen. Het antwoord op die vraag is afhankelijk van de onderliggende rechtsverhouding tussen CGI en VMB. Op grond van artikel 8.1 van de algemene voorwaarden geldt een betalingstermijn van dertig dagen vanaf de datum van ontvangst van een factuur. Pas als die betalingstermijn is verstreken zonder dat de factuur is betaald, zijn Payment Factory en VMB in verzuim. Dan pas schiet VMB tekort in de nakoming van haar verplichtingen ten opzichte van CGI, en kan CGI in het kader van haar rechtsverhouding met VMB een beroep doen op de bankgarantie. De tweede en derde factuur zijn op 29 juni 2017 verzonden. Op 30 juni 2017 heeft CGI de bankgarantie ingeroepen met betrekking tot beide facturen. De betalingstermijn van dertig dagen was toen net begonnen en zou pas eind juli 2017 verstrijken. Alleen al om die reden was op 30 juni 2017 van een tekortkoming in de nakoming van de betalingsverplichtingen van VMB ten opzichte van CGI met betrekking tot de tweede en derde factuur geen sprake. CGI had dus op 30 juni 2017 ten opzichte van VMB niet het recht om voor de betaling van deze facturen een beroep op de bankgarantie te doen.

6.3 De door CGI aangevoerde verweren leiden niet tot een ander oordeel. Het feit dat de eerste factuur niet op tijd was betaald, had niet tot gevolg dat VMB in verzuim was met betaling van de tweede en derde factuur nog voordat de contractueel overeengekomen betalingstermijn ten aanzien van deze facturen was verstreken. De verschuldigheid (en het verzuim) moet van elke factuur afzonderlijk worden beoordeeld. Ook als de werkzaamheden waar deze facturen betrekking op hadden, op 30 juni 2017 waren afgerond - het hof komt daar hierna op terug - betekent dat niet dat VMB op die datum al in verzuim was met de betaling van deze facturen. Het feit dat VMB zich niet bereid had getoond om de bankgarantie na 30 juni 2017 te verlengen, leidt er evenmin toe dat VMB in verzuim was met betaling van de tweede en derde factuur. Ten slotte is niet van belang dat CGI op grond van 8.2 van het proposal vooraf (*upfront*) mocht factureren. Ook dan blijft gelden dat voor de betaling van een factuur een termijn van dertig dagen na ontvangst daarvan was overeengekomen, en dat die termijn voor de tweede en derde factuur niet was verstreken toen CGI een beroep deed op de bankgarantie.

6.4 Grief IV is dus gegrond, en grief V ook voor zover zij is gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat CGI het recht had om de bankgarantie in te roepen voor de betaling van de tweede en derde factuur. Daarmee is nog niet gezegd dat de tweede en derde factuur onverschuldigd zijn betaald. Die vraag zal het hof hierna bespreken.

Zijn de tweede en de derde factuur onverschuldigd betaald?

6.5 Bij de beoordeling van deze vraag gaat het hof ervan uit dat de bank de tweede en derde factuur namens VMB heeft betaald. Dat is nodig om aan te kunnen nemen dat VMB een vordering heeft op CGI uit onverschuldigde betaling. Op grond van artikel 6:203 BW kan een vordering uit hoofde van onverschuldigde betaling worden ingesteld door degene die de onverschuldigde betaling heeft verricht.

Aan de vordering uit onverschuldigde betaling van VMB ligt kennelijk ten grondslag dat de bank uit hoofde van de bankgarantie namens VMB heeft betaald, en vervolgens het betaalde bedrag op VMB heeft verhaald. CGI heeft dat niet weersproken zodat het hof dat tot uitgangspunt zal nemen.

- 6.6 Van onverschuldigde betaling is sprake als CGI de werkzaamheden waarop de tweede en derde factuur betrekking hebben, niet heeft verricht. De rechtbank heeft aangenomen dat op VMB de stelplicht en bewijslast rusten dat deze werkzaamheden niet zijn verricht, kennelijk omdat VMB zich op onverschuldigde betaling beroept (vgl. rov. 4.9 van het vonnis). Dat betaling van de tweede en derde factuur heeft plaatsgevonden is louter een gevolg van het feit dat CGI de bankgarantie heeft ingeroepen. Hiervoor is vastgesteld dat CGI daartoe niet gerechtigd was. De betaling van deze facturen rechtvaardigt dan ook niet dat VMB wordt belast met de stelplicht en bewijslast dat de gefactureerde werkzaamheden niet zijn verricht. In plaats daarvan geldt de regel dat CGI, als degene die aanspraak maakt op betaling van deze facturen, moet stellen en bewijzen dat de gefactureerde werkzaamheden zijn verricht. Grief III van VMB, waarmee zij opkomt tegen het oordeel van de rechtbank dat op haar de stelplicht en bewijslast rust, slaagt dus.
- 6.7 Met betrekking tot de vraag of CGI aan haar stelplicht heeft voldaan, overweegt het hof als volgt. In het proposal is onder 8.2 een schema opgenomen voor de verzending van facturen, die gekoppeld is aan bepaalde fasen van het project. Facturering kan vooraf (*upfront*) bij aanvang van een bepaalde projectfase plaatsvinden, maar uiteindelijk zal CGI de voor een projectfase geplande werkzaamheden wel moeten verrichten. Als CGI die werkzaamheden niet heeft verricht, is de factuur onverschuldigd betaald. Volgens CGI ziet de tweede factuur op projectfase 1 (*Analysing Phase*) en de derde factuur op projectfase 4 (door haar omschreven als *Delivery Project Management EVO payments infra*) (conclusie van antwoord, 33 e.v.). In het proposal is deze laatste projectfase omschreven als *Delivery Project Management Raffeyen Bank Infra*. *Raffeyen Bank* is kennelijk later veranderd in *EVO Payments* (vgl. het proces-verbaal van de mondelinge behandeling bij de rechtbank, p. 10).
- 6.8 De enige onderbouwing van CGI van haar stelling dat deze werkzaamheden daadwerkelijk zijn verricht bestaat uit verwijzingen naar een weekoverzicht van 24 mei 2017 opgenomen in een rapportage van een bespreking van partijen van die datum (*Service Corner Project Board meeting*), en twee weekoverzichten van, respectievelijk, week 24 en week 25 van 2017, gehecht aan een e-mail van CGI aan VMB van 27 juni 2017 (productie 3 van CGI in eerste aanleg). Voor zover het hof kan zien, gaat het steeds om dezelfde planning van werkzaamheden, met dien verstande dat de planning in de weekoverzichten van week 24 en week 25 slechts loopt tot begin/midden april (of alleen de planning tot dat tijdstip is afgebeeld in de overgelegde weekoverzichten). De planning in het weekoverzicht van 24 mei 2017 - die ook is afgebeeld in de memorie van antwoord onder 47 - loopt door tot oktober 2017. Volgens CGI blijkt uit deze planning dat partijen ervan uitgingen dat de werkzaamheden die betrekking hadden op de tweede en derde factuur op 9 juni respectievelijk 23 juni 2017 zouden zijn afgerond (conclusie van antwoord, 45; memorie van antwoord, 48). De planning vermeldt echter projectfasen (*Installation, Analysis/Design, Preparation, Development*) die niet corresponderen met de projectfasen opgenomen in het betaalschema in 8.2 van het proposal (zie hiervoor onder 3.7). Het doorlopen van deze projectfasen wil daarmee nog niet zeggen dat op grond van het betaalschema kon worden gefactureerd. Daarnaast volgt uit een planning van werkzaamheden niet dat de werkzaamheden daadwerkelijk zijn verricht, terwijl uit de weekoverzichten van week 24 en week 25 al helemaal niets valt af te leiden omdat die stoppen in april 2017. Het feit dat de weekoverzichten met VMB zijn gedeeld kan dus ook niet dienen als bewijs van erkenning door VMB van het verrichten van deze werkzaamheden. CGI heeft gesteld dat Payment Factory heeft erkend dat de mijlstenen waren afgerond (memorie van antwoord, 54), maar CGI heeft niets overgelegd of gesteld waaruit die erkenning blijkt. Verder heeft CGI slechts gesteld dat uit een vergelijking van de werkelijk bestede uren met de kosten blijkt dat per 28 juni 2017 61,6% van de werkzaamheden was verricht, en dat nadien tot 1 augustus 2017 nog circa 80 uur is besteed (conclusie van antwoord, 36). CGI heeft echter geen gespecificeerde urenoverzichten overgelegd, en geen verband gelegd tussen het gestelde aantal bestede uren en het betaalschema in 8.2 van het proposal. Aldus heeft CGI haar stelling dat de werkzaamheden genoemd in de tweede en derde factuur zijn verricht, onvoldoende onderbouwd tegenover de gemotiveerde betwisting daarvan door VMB. Gezien deze gebrekkige onderbouwing ziet

het hof geen aanleiding om CGI tot het bewijs van deze stelling toe te laten, nog afgezien van het feit dat het bewijsaanbod van CGI in hoger beroep onvoldoende is gespecificeerd. Daarmee kan in deze procedure niet als vaststaand worden aangenomen dat de werkzaamheden waarvoor de tweede en de derde factuur zijn gestuurd, (volledig) door CGI zijn verricht. CGI kon dus geen aanspraak maken op betaling van deze facturen, zodat deze facturen onverschuldigd zijn betaald. Daarmee slaagt ook het tweede deel van grief V van VMB, waarmee zij opkomt tegen de afwijzing van haar primaire vordering (veroordeling van CGI tot terugbetaling van het bedrag van 99.704,- dat CGI voor betaling van de tweede en derde factuur onder de bankgarantie heeft opgeëist).

- 6.9 Het beroep van CGI op artikel 8.1 van de algemene voorwaarden leidt niet tot een ander oordeel. VMB heeft de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden op de rechtsverhouding tussen haar en CGI betwist, omdat deze niet aan haar ter hand zijn gesteld en niet zij, maar Payment Factory geldt als de *Client* die in deze algemene voorwaarden wordt genoemd. Net als de rechtbank laat het hof in het midden of de algemene voorwaarden van toepassing zijn in de rechtsverhouding tussen VMB en CGI. Ook als de algemene voorwaarden in die rechtsverhouding van toepassing zijn, dan nog sluit artikel 8.1 niet uit dat VMB in deze procedure betwist dat de werkzaamheden waarvoor de tweede en de derde factuur zijn gestuurd, (volledig) door CGI zijn verricht. VMB heeft gesteld dat [bestuurder VMB] kort na het invoeren van de bankgarantie telefonisch heeft geklaagd bij CGI (conclusie van antwoord in voorwaardelijke reconventie, 23; memorie van grieven, 29). CGI heeft daartegenover gesteld dat VMB nooit schriftelijk heeft geklaagd (memorie van antwoord, 53). Dat [bestuurder VMB] telefonisch heeft geklaagd, is door CGI niet betwist. Uit artikel 8.1 van de algemene voorwaarden volgt niet dat alleen schriftelijk kan worden geklaagd. Als de klacht van [bestuurder VMB] zich daarbij in eerste instantie heeft gericht op het invoeren van de bankgarantie, kan CGI dat niet aan VMB tegenwerpen. Uit een klacht van [bestuurder VMB] over het invoeren van de bankgarantie heeft CGI immers moeten begrijpen dat [bestuurder VMB] ook de verschuldigdheid van de tweede en derde factuur betwistte.

Opzegging van de overeenkomst

- 6.10 Grief VI van VMB is gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat CGI voldoende gewichtige redenen had om de overeenkomst op te zeggen en tegen de afwijzing door de rechtbank van haar vordering tot vergoeding van de schade die zij stelt te hebben geleden als gevolg van deze (gestelde) onrechtmatige opzegging (rov. 4.15 tot en met 4.17 van het vonnis). Deze grief faalt. Zoals de rechtbank heeft overwogen, kon CGI de overeenkomst op grond van artikel 7:408 BW opzeggen wegens gewichtige redenen en is van gewichtige redenen onder meer sprake als de opdrachtnemer het vertrouwen in de opdrachtgever heeft verloren. Met de rechtbank is het hof van oordeel dat CGI voldoende grond had om het vertrouwen in haar opdrachtgever te verliezen, nu Payment Factory en VMB de eerste factuur ondanks herhaalde herinneringen van CGI onbetaald lieten, en VMB ondanks herhaalde verzoeken van CGI, en een mededeling van [betrokkene 2] dat VMB in de week van 19 juni 2017 *de bankgarantie wel geregeld [zou] hebben* (vgl. hiervoor, 3.19), naliet de bankgarantie te verlengen. Het hof ziet geen aanleiding voor de door VMB verzochte toepassing van artikel 162 Rv om CGI te bevelen om inzage te geven in correspondentie en afspraken tussen CGI en Payment Factory en tussen CGI en NCR (een toeleverancier van CGI). VMB heeft ter onderbouwing van dit verzoek gesteld dat de samenwerking na opzegging van de overeenkomst is voortgezet door [bestuurder Pay] en de heer [betrokkene 4] (hierna te noemen: [betrokkene 4]), en verwezen naar een video die [betrokkene 4] op YouTube heeft geplaatst. [betrokkene 4] is echter eind 2017/begin 2018 door CGI ontslagen zodat een eventuele samenwerking van [betrokkene 4] met [bestuurder Pay] niet aan CGI kan worden tegengeworpen.
- 6.11 Grief I van VMB is gericht tegen rov. 4.1. van het vonnis. Volgens VMB heeft de rechtbank ten onrechte overwogen dat VMB onvoorwaardelijk garant zou staan voor betalingsverplichtingen van VMB en Payment Factory uit hoofde van de overeenkomst omdat Payment Factory onvoldoende solvabel was. Grief II klaagt over de verwerping van de stelling van VMB in rov. 4.6 en 4.7 van het vonnis dat tijdens de kick-off meeting op 24 januari 2017 is afgesproken dat een factuur pas zou worden betaald nadat een opleverdocument was goedgekeurd. Gelet op hetgeen het hof hiervoor heeft overwogen,

kunnen deze beide grieven onbesproken blijven.

6.12 De voorwaardelijke vordering van CGI in reconventie om VMB te veroordelen tot betaling van 99.704,- voor het geval het hof oordeelt dat CGI de bankgarantie niet had mogen aanspreken houdt, anders dan VMB heeft aangenomen, geen (voorwaardelijk) incidenteel hoger beroep in, maar moet worden beoordeeld in het kader van de devolutieve werking van het hoger beroep van VMB. Deze vordering stuit af op hetgeen het hof hiervoor heeft overwogen met betrekking tot het niet verricht zijn van de werkzaamheden die zijn gefactureerd met de tweede en derde factuur.

Conclusie en proceskosten

6.13 De conclusie is dat het hoger beroep van VMB gedeeltelijk slaagt. Daarom zal het hof het vonnis vernietigen en CGI veroordelen tot betaling aan VMB van een bedrag van 99.704,-, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 30 juni 2017. VMB kan geen aanspraak maken op wettelijke handelsrente omdat de vordering van VMB niet rechtstreeks is gebaseerd op een handelsovereenkomst als bedoeld in artikel 6:119a BW. Voor het overige zal het hof de vorderingen van VMB afwijzen, evenals de voorwaardelijke reconventionele vordering van CGI. Het hof zal CGI als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij veroordelen in de proceskosten in beide instanties.

7 Beslissing

Het hof:

- vernietigt het tussen partijen gewezen vonnis van de rechtbank Rotterdam van 18 november 2020;

en opnieuw rechtdoende:

- veroordeelt CGI tot betaling aan VMB van een bedrag van 99.704,-, vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW vanaf 30 juni 2017;

- wijst de vorderingen van VMB af voor het overige;

- wijst af de vordering in voorwaardelijke reconventie van CGI;

- veroordeelt CGI in de proceskosten in beide instanties, aan de zijde van VMB in eerste aanleg begroot op 87,99 aan deurwaarderskosten, 2.042,- aan griffierecht en 3.414,- aan salaris voor de advocaat in conventie en 1.707,- aan salaris voor de advocaat in reconventie, en in hoger beroep op 87,99 aan deurwaarderskosten, 2.071,- aan griffierecht en 3.278,- aan salaris voor de advocaat, en op 163,- aan nasalaris voor de advocaat, nog te verhogen met 85,- indien niet binnen veertien dagen na aanschrijving in der minne aan dit arrest is voldaan en vervolgens betekening van dit arrest heeft plaatsgevonden, en bepaalt dat deze bedragen binnen veertien dagen na de dag van de uitspraak dan wel, wat betreft het bedrag van 85,-, na de datum van betekening, moeten zijn voldaan, bij gebreke waarvan deze bedragen worden vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW vanaf het einde van genoemde termijn van veertien dagen;

- verklaart dit arrest voor zover het betreft de veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. P. Glazener, D. Aarts en A.M. Voorwinden en in het openbaar uitgesproken op 5 juli 2022 in aanwezigheid van de griffier.