

Arbitraal vonnis in kort geding

in de zaak van:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [**Leverancier**] **B.V.** gevestigd te [Plaatsnaam],
eiseres
gemachtigde mr. [Advocaat Leverancier] , advocaat te [Plaatsnaam]

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [Afnemer] **B.V.**,
gevestigd te [Plaatsnaam] ,
verweerster
gemachtigde mr. [Advocaat Afnemer] te [Plaatsnaam]

hebben de arbiters:

mr. [Arbiter 1] , wonende te [Woonplaats] (voorzitter),

mr. [Arbiter 2] , wonende te [Woonplaats],

en

[Arbiter 3], wonende te [Woonplaats]

het volgende arbitrale vonnis in kort geding gewezen.

De procedure

1. Eiseres (hierna ook te noemen “[Leverancier]”) heeft op 13 mei 2019 in overeenstemming met de artikelen 6.1 en 22.1 van het Arbitragereglement van de Stichting Geschillenoplossing Automatisering (hierna te noemen het “Arbitragereglement”) onder overlegging van 22 producties een inleidend verzoekschrift voor arbitraal kortgeding (het “Verzoekschrift”) aan het Bureau van de Stichting Geschillenoplossing Automatisering (hierna te noemen de “SGOA”) gestuurd. Het Bureau van de SGOA heeft verweerster (hierna ook te noemen “[Afnemer]”) hiervan op de hoogte gesteld, waarna verweerster bijlagen ten behoeve van de mondelinge behandeling (10 producties) heeft ingediend, die op 21 mei 2019 door het Bureau van de SGOA zijn ontvangen. Op 21 mei 2019 zijn namens [Leverancier] d.m.v. e-mails het verzoekschrift van [Electronicabedrijf] B.V. (hierna ook ‘[Electronicabedrijf]’) tot faillietverklaring van [Leverancier] overgelegd alsmede een link naar een YouTube filmpje, waarin de werking wordt getoond van het door [Leverancier] voor [Afnemer] ontwikkelde vierde generatie besturingssysteem (hierna onder ‘Vaststaande feiten’ toegelicht). Op 22 mei 2019 heeft verweerster een document getiteld ‘antwoord in kort geding’ bij SGOA ingediend, hetwelk hierna als ‘Memorie van Antwoord’ wordt aangeduid. Alle hiervoor genoemde documenten zijn door partijen en/of hun raadslieden ook aan de wederpartij gestuurd, zodat die daarvan hebben kunnen kennismaken.
2. Bij brief van 15 mei 2019 heeft het bestuur van de SGOA in overeenstemming met artikel 10 juncto artikel 22 van het Arbitragereglement mr. [Arbiter 1], [Arbiter 3] en mr. [Arbiter 2] als arbiters in dit geschil benoemd, die hun benoeming schriftelijk hebben aanvaard. Op vrijdag 17 mei 2019 heeft een zogenoemde ‘regie call’ plaatsgevonden tussen de voorzitter van het scheidsgerecht en de raadslieden van partijen. In dit telefoongesprek zijn diverse praktische afspraken gemaakt i.v.m. de behandeling van deze zaak.
3. In haar Inleidend verzoek heeft [Leverancier] het navolgende gevorderd, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:
 - a. betaling van € 4.356 aan [Leverancier] ter zake factuur FAC201903001;

- b. betaling van € 60.500 aan [Leverancier] ter zake facturen FAC201903002, FAC201904001, FAC201904002 en FAC201904003 inzake ontwikkelingsbijdrage;
 - c. betaling van € 34.218,80 aan [Leverancier] ter zake factuur FAC201903003;
 - d. betaling van € 13.452,82 aan [Leverancier] ter zake factuur FAC201904002 (dit factuur nummer is ook gebruikt voor een van de hierboven onder b. vermelde facturen;
 - e. vergoeding van de kosten van rechtsbijstand van [Leverancier], verleend en nog te verlenen door de gemachtigde van [Leverancier] in het arbitrale kort geding, tot op de datum van het inleidend verzoek begroot op € 5.200 (exclusief BTW), althans tot betaling van een door het scheidsgerecht te bepalen redelijk bedrag;
 - f. vergoeding van de kosten voor [Leverancier] van het arbitraal kort geding, waaronder begrepen de honoraria en voorschotten van arbiters, de door [Leverancier] aan de Stichting Geschillenoplossing Automatisering betaalde vaste en variabele administratie kosten, althans tot betaling van een door het scheidsgerecht te bepalen redelijk bedrag;
 - g. vergoeding aan [Leverancier] van de wettelijke incassokosten over deze facturen zijnde € 1.900,28;
 - h. betaling aan [Leverancier] van de wettelijke handelsrente van alle hiervoor genoemde facturen vanaf de vervaldatum tot aan de dag der algehele voldoening.
4. In haar Memorie van antwoord heeft [Afnemer] geconcludeerd tot afwijzing van de vorderingen van [Leverancier] en veroordeling van [Leverancier] in de arbitragekosten en de kosten van rechtsbijstand van [Afnemer] ter zake van het kort geding, tot op de datum van de memorie begroot op €6.500 (exclusief BTW), althans tot betaling van een door het scheidsgerecht te bepalen redelijk bedrag.
5. Gezien het feit dat het faillissementsrekest betreffende [Leverancier] op 28 mei a.s. wordt behandeld, heeft de mondelinge behandeling op 23 mei 2019 plaatsgevonden in een zaal van het NBC te Nieuwegein. Op deze zitting waren aanwezig namens [Leverancier] aanwezig de heer [directeur Leverancier], directeur, en [echtgenote directeur Leverancier], echtgenote van de heer [directeur Leverancier], en namens [Afnemer] de heer [managing directeur Afnemer], managing director, de heer [bestuurder Afnemer], indirect bestuurder, de heer [product

manager Afnemer], product manager, en haar gemachtigde. De gemachtigde van [Leverancier] was met instemming van [Leverancier] verhinderd vanwege een zitting in een ander dossier, die gelijktijdig plaats vond. Op de zitting werd geconstateerd dat de door [Leverancier] genoemde Productie 36 ontbrak.

6. Partijen ([Leverancier] bij monde van de heer [directeur Leverancier]) hebben in deze zitting het woord gevoerd en hun vorderingen en weren nader toegelicht, onder overlegging van een pleitnota. Ook hebben beide partijen bij de mondelinge behandeling vragen van het scheidsgerecht beantwoord. Ter zitting heeft [Leverancier] tevens drie door haar met gebruikmaking van standaard componenten ontwikkelde printplaten laten zien, die in combinatie verschillende varianten van het besturingssysteem vormen.

De bevoegdheid van de arbiters

7. Tussen partijen is een overeenkomst gesloten betreffende de ontwikkeling en het vermarkten van vierde generatie elektronische gordijnrails, ondertekend door [Afnemer] op 22 oktober 2015 en door [Leverancier] op 23 oktober 2015. Op grond van artikel 11.1 van de overeenkomst zijn de ICT-Office voorwaarden van toepassing op de levering van producten en diensten van [Leverancier]. Artikel 16.2 van de ICT-Office voorwaarden bepaalt dat geschillen naar aanleiding van de overeenkomst, worden beslecht door middel van arbitrage overeenkomstig het Arbitragereglement van de Stichting Geschillenoplossing Automatisering (d.w.z. het Arbitragereglement). Nu de overeenkomst geen afwijkende bepaling bevat beslist het scheidsgerecht, overeenkomstig het bepaalde in artikel 28.1 van het Arbitragereglement, als goede personen naar billijkheid. Ingevolge artikel 4 van het Arbitragereglement is de plaats van arbitrage Haarlem.
8. Nu het scheidsgerecht overeenkomstig het Arbitragereglement is benoemd, en de bevoegdheid ook overigens door partijen niet is betwist, staat vast dat het scheidsgerecht bevoegd is in de onderhavige procedure een de partijen bindende beslissing te geven.

Vaststaande feiten

9. Als enerzijds gesteld en anderzijds erkend dan wel niet of onvoldoende weersproken, c.q. op grond van de niet weersproken inhoud van de overgelegde producties staat tussen partijen in deze arbitrale procedure het volgende vast.
10. [Leverancier] houdt zich bezig met technisch ontwerp en advies en het uitvoeren van technische productinnovatie.
11. [Afnemer] ontwikkelt, fabriceert en verkoopt hoogwaardige gordijnrails systemen.
12. [Leverancier], althans haar directeur de heer [directeur Leverancier], en (rechtsvoorgangers van) [Afnemer] werken in enigerlei vorm sinds 2001 samen. [Afnemer] is opgericht in 2013, na een faillissement van haar rechtsvoorganger. Sedertdien hebben [Afnemer] en [Leverancier] gewerkt aan de ontwikkeling van een derde generatie besturingssysteem voor gordijnrails en, sinds de ondertekening van de overeenkomst in 2015, aan een vierde generatie besturingssysteem.
13. Partijen zijn op 22/23 oktober 2015 een overeenkomst aangegaan, waarop de ICT~Office Voorwaarden van toepassing zijn verklaard. Voorts hebben partijen aanvullende afspraken gemaakt, neergelegd in e-mails van 25 juni 2018, 17 oktober 2018 en 26 december 2018. Tezamen vormen deze documenten de overeenkomst tussen partijen (de “Overeenkomst”).
14. Voor zover van belang voor dit kort geding zijn de volgende bepalingen van de Overeenkomst in dit verband relevant:
 - a. (artikel 1.1): “[Leverancier] en [Afnemer] gaan samenwerken om de 4e generatie elektronische gordijnrails te ontwikkelen en vermarkten.”;
 - b. (artikel 1.2): “[Leverancier] ontwikkelt de benodigde elektronica en (embedded) software.”
 - c. (artikel 2.1): “Gebaseerd op de ureschatting van 1340 uur en onze kosten van €80,- per uur met een doorlooptijd van ca. 9 maanden wordt maandelijks een vast bedrag van €10.000,- in rekening gebracht. Dit bedrag dekt uitsluitend de kosten van de werkzaamheden door [Leverancier].”
 - d. (artikel 2.2): “Deze factuur wordt aan het begin van de maand verzonden en kent een betalingstermijn van 30 dagen.”

- e. (artikel 2.5): *“In de laatste maand worden de werkelijke uren met de reeds in rekening gebrachte uren verrekend (Op basis van de oorspronkelijke ureschatting dan dus €17.200,-).”*
- f. (artikel 3.1): *“Materialen (o .a. voor prototypes) die door [Leverancier] specifiek aangeschaft worden voor deze ontwikkeling worden 1 op 1 doorberekend.”*
- g. (artikel 4.1): *“De marge van [Leverancier] komt geheel uit het gezamenlijke succes van de verkoop van de nieuwe besturingen.”*
- h. (artikel 4.2): *“ [Leverancier] krijgt per door [Afnemer] verkochte en betaalde motor een bonus van €2,- per motor.”*
- i. (artikel 4.3): *“Hiervoor begeleid [Leverancier] ook de productie, en stuurt deze kwalitatief bij indien nodig en worden nieuwe Innovatieve ideeën vorm gegeven.”*
- j. (artikel 5.2): *“Facturen kennen een betalingstermijn van maximaal 30 dagen.”*
- k. (artikel 6.1): *“De door [Leverancier] geleverde PCB's kennen een open kostprijs calculatie.”*
- l. (artikel 10.1): *“ De risico's van samenwerken met een relatief kleine partij als [Leverancier] worden ondervangen met een overeenkomst waarin wordt vastgelegd dat [Afnemer] verder kan (niet in problemen komt) wanneer [Leverancier] door omstandigheden structureel niet langer aan haar verplichtingen kan voldoen.”*
- m. (artikel 10.2): *“ Dit houdt in dat alle informatie, ontwerpen, broncode, etc. die nodig zijn voor [Afnemer] om door te kunnen produceren aan [Afnemer] beschikbaar gesteld wordt in het geval dat [Leverancier] technisch niet langer in staat is om aan haar verplichtingen te voldoen, bijvoorbeeld ten gevolge van een faillissement.”*
- n. (artikel 10.3): *“ Te denken valt aan een pandrecht voor het geval van faillissement en een optierecht voor andere uitzonderlijke situaties.”*
- o. (artikel 10.4): *“ [Leverancier] draagt (op eigen kosten) zorg voor het opstellen van deze overeenkomsten.”*

15. Artikel 3 van de ICT~Office Voorwaarden bepaalt onder meer:

- a. (artikel 3.2): *“Alle door leverancier afgegeven voorcalculaties en begrotingen hebben slechts een indicatief karakter, tenzij leverancier schriftelijk anders kenbaar maakt. Aan een door*

leverancier afgegeven voorcalculatie of begroting kunnen door cliënt nimmer rechten of verwachtingen worden ontleend. Een door cliënt aan leverancier kenbaar gemaakt beschikbaar budget geldt nimmer als een tussen partijen overeengekomen (vaste) prijs voor de door leverancier te verrichten prestaties. Uitsluitend indien zulks tussen partijen schriftelijk is overeengekomen is leverancier gehouden cliënt te informeren bij dreigende overschrijding van een door leverancier afgegeven voorcalculatie of begroting.”

- b. (artikel 3.6): *“Partijen zullen in de overeenkomst de datum of data waarop leverancier de vergoeding voor de overeengekomen prestaties aan cliënt in rekening brengt, vastleggen. Verschuldigde bedragen worden door cliënt betaald volgens de overeengekomen dan wel op de factuur vermelde betalingscondities. Bij gebreke van een specifieke regeling zal cliënt binnen een door leverancier te bepalen termijn na factuurdatum betalen. Cliënt is niet gerechtigd tot opschorting van enige betaling en evenmin tot verrekening van verschuldigde bedragen.”*
- c. (artikel 3.7): *“Indien cliënt de verschuldigde bedragen niet of niet tijdig betaalt, is cliënt, zonder dat enige aanmaning of ingebrekestelling nodig is, over het openstaande bedrag wettelijke handelsrente verschuldigd. Indien cliënt na aanmaning of ingebrekestelling nalatig blijft de vordering te voldoen, kan leverancier de vordering uit handen geven, in welk geval cliënt naast het dan verschuldigde totale bedrag tevens gehouden is tot vergoeding van alle gerechtelijke en buitengerechtelijke kosten, waaronder begrepen alle kosten berekend door externe deskundigen.”*

16. Artikel 11 van de ICT~Office Voorwaarden bepaalt onder meer:

- a. (artikel 11.1): *“Aan elk der partijen komt de bevoegdheid tot ontbinding van de overeenkomst wegens een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst slechts toe indien de andere partij, steeds in alle gevallen na een zo gedetailleerd mogelijke schriftelijke ingebrekestelling waarbij een redelijke termijn gesteld wordt voor zuivering van de tekortkoming, toerekenbaar tekortschiet in de nakoming van wezenlijke verplichtingen uit de overeenkomst. Betalingsverplichtingen van cliënt en alle andere verplichtingen tot medewerking door de cliënt of een door de cliënt in te schakelen derde gelden steeds als wezenlijke verplichtingen uit de overeenkomst.”*
- b. (artikel 11.2) *“ Indien cliënt op het moment van de ontbinding als bedoeld in artikel 11.1 reeds prestaties ter uitvoering van de overeenkomst heeft ontvangen, zullen deze prestaties en de*

daarmee samenhangende betalingsverplichting geen voorwerp van ongedaanmaking zijn, tenzij cliënt bewijst dat leverancier ten aanzien van het wezenlijke deel van die prestaties in verzuim is. Bedragen die leverancier voor de ontbinding heeft gefactureerd in verband met hetgeen hij ter uitvoering van de overeenkomst reeds naar behoren heeft verricht of geleverd, blijven met inachtneming van het in de vorige volzin bepaalde onverminderd verschuldigd en worden op het moment van de ontbinding direct opeisbaar.”

17. Artikel 14 van de ICT~Office Voorwaarden luidt:

- a. (artikel 14.1): *“ Indien leverancier op verzoek of met voorafgaande instemming van cliënt werkzaamheden of andere prestaties heeft verricht die buiten de inhoud of omvang van de overeengekomen werkzaamheden en/ of prestaties vallen, zullen deze werkzaamheden of prestaties door cliënt worden vergoed volgens de overeengekomen tarieven en bij gebreke daarvan volgens de gebruikelijke tarieven van leverancier. Leverancier is nimmer verplicht aan een dergelijk verzoek te voldoen en hij kan verlangen dat daarvoor een afzonderlijke schriftelijke overeenkomst wordt gesloten.”*
- b. (artikel 14.2) *“Cliënt aanvaardt dat door werkzaamheden of prestaties als bedoeld in dit artikel het overeen- gekomen of verwachte tijdstip van voltooiing van de dienstverlening en de wederzijdse verantwoordelijkheden van cliënt en leverancier kunnen worden beïnvloed. Het feit dat zich tijdens de uitvoering van de overeenkomst (de vraag naar) meerwerk voordoet, is voor cliënt nimmer grond voor opzegging of ontbinding van de overeenkomst.”*
- c. (artikel 14.3): *“Voor zover voor de dienstverlening een vaste prijs is afgesproken, zal leverancier cliënt desgevraagd schriftelijk informeren over de financiële consequenties van de extra werkzaamheden of prestaties als bedoeld in dit artikel.”*

18. Bij e-mail van 25 juni 2018 heeft [Afnemer] zich, voor zover in dit geding van belang, akkoord verklaard met de inhoud van een e-mail van 20 juni 2018 van [Leverancier], waarin onder meer het volgende is opgenomen:

“We hebben vandaag de volgende afspraken gemaakt:

[Leverancier] zorgt er voor dat we vanaf 1 sept de volgende zaken kunnen leveren (in volgorde van prioriteit):

- *CurtainController PCB*

- *230V PCB*

- *24V PCB*

- *RF-Nice PCB (*1)*

- *RS485 PCB*

- *WiFi PCB (*2)*

Tevens zorgen wij voor

- *Een App (iOS + Android) voor de WiFi versie (*2)*

- *Productielijn Software (*3)*

- *Service Tool*

Voor deze zaken mag [Leverancier] nog additioneel 52k euro factureren (zie bijlage) welke per ommeegaande voldaan zal worden. Uiteraard uitsluitend bestemd ter afronding van het project.

Kosten voor protoserries, productietools, externe testen, etc. (externe kosten voor [Leverancier] van 250,- of hoger) worden maandelijks zonder opslag doorgefactureerd.

Nadat deze essentiële delen klaar zijn gaan we verder met zaken als Zwave, Accu/Solar, Andere RF protocollen,

App uitbreidingen, etc. Hiervoor zullen we dan opnieuw om de tafel gaan voor de daarvoor benodigde financiële middelen.

[Leverancier] gaat hiervoor 1 extra FTE aannemen die zich bezig gaat houden met software ontwikkeling inclusief

uitbesteding in lage lonen landen. De WiFi en App software zal daarvoor de testcase worden.”

19. Bij e-mail van 17 oktober 2018 schrijft [Afnemer] aan [Leverancier]:

“We accepteren een totale meerwerk factuur vanaf 1/6 t/m 1/10 van:

-13-6, 8 uur HD Protocol

-18-6 tm 25-6, totaal 24 uur testen van adapters Yingjao

- RF-Nice t.g.v. gebrekkige communicatie, ca. 32 uur extra tot op beden.

Totaal 64 uur x €60.- = €3480.-

Vanaf beden willen we graag de meerwerk facturen aan het einde van elke maand ontvangen om eventuele discussies te voorkomen.”

20. Bij e-mail van 26 december 2018 heeft [Afnemer] onder meer aan [Leverancier] bevestigd:

“Om problemen met levertijden van componenten op te vangen zal op kosten van [Afnemer] NL een materiaalpakket aangelegd worden. We vangen aan met een materiaal pakket voor 3.000 besturingsprinten, 1.000 RF printen en 1.000 RS485 printen. De kosten hiervoor bedragen €28.220. Dit materiaalpakket is incidenteel te gebruiken voor een extra productiebatch met een levertijd van ca. 4 weken.”

Bespreking van de eisen en weren

21. Ter ondersteuning van haar vorderingen in deze arbitrale procedure heeft [Leverancier] verschillende gronden aangedragen, die [Afnemer] gemotiveerd heeft bestreden. In dit onderdeel van dit arbitrale vonnis worden de argumenten en tegenargumenten met betrekking tot de vorderingen in conventie en de daartegen aangedragen weren besproken.

Betaling van openstaande facturen

22. [Leverancier] stelt dat [Afnemer] ten onrechte weigert de openstaande facturen te betalen, zodat nog een bedrag van € 112.527,62 open staat. In deze kort geding procedure vordert [Leverancier] volledige betaling van deze facturen, te vermeerderen met daarover verschuldigde handelsrente en de wettelijke incassokosten.

23. Voor de vraag of plaats is voor toewijzing bij voorraad van een geldvordering in kort geding zal het scheidsgerecht op basis van vaste jurisprudentie van de Hoge Raad der Nederlanden¹ moeten onderzoeken of (i) het bestaan van een vordering van de eiser op de verweerder voldoende aannemelijk is, of (ii) daarnaast sprake is van feiten en omstandigheden die meebrengen dat uit hoofde van onverwijlde spoed een onmiddellijke voorziening is vereist,

¹ Zie bijvoorbeeld HR 14 juni 2002, NJ 2002/395 (Arbeidsvoorzieningsorganisatie/Poelman q.q.)

terwijl het scheidsgerecht in de afweging van de belangen van partijen mede zal hebben te betrekken (iii) de vraag naar – kort gezegd – het risico van onmogelijkheid van terugbetaling, welk risico kan bijdragen tot weigering van de voorziening.

24. Het scheidsgerecht stelt vast dat voldoende aannemelijk is geworden dat [Leverancier] een spoedeisend belang heeft bij haar vorderingen, gezien het feit dat op 28 mei a.s. een faillissementsrekest wordt behandeld, waarin de hoofdvordering € 60.902,43 bedraagt, terwijl [Leverancier] onbetwist heeft gesteld dat [Afnemer] haar enige klant is en dat zij het faillissement alleen kan afwenden indien zij van [Afnemer] betaling van haar vorderingen krijgt tot tenminste het bedrag van de bedoelde hoofdvordering. Daarmee is echter ook gegeven dat er voor [Afnemer] een reëel restitutie­risico bestaat, nu [Leverancier] kennelijk zelf niet beschikt over financiële middelen om het faillissement af te wenden, hetgeen een factor is die bij de afweging van de belangen van partijen moet worden betrokken. Bij die belangenafweging zal de aannemelijkheid van de vorderingen en hun opeisbaarheid eveneens een belangrijke rol spelen, in die zin dat een vordering die niet of onvoldoende is betwist en die opeisbaar is in beginsel zal worden toegewezen, terwijl een vordering waarvan de verschuldigdheid of de opeisbaarheid niet is komen vast te staan, in beginsel wordt afgewezen.

Aannemelijkheid van de vorderingen

25. [Leverancier] heeft gesteld dat de gefactureerde bedragen verschuldigd en opeisbaar zijn, hetgeen [Afnemer] in haar Memorie van Antwoord gemotiveerd heeft betwist. Dit brengt mee dat [Leverancier] in dit kort geding de verschuldigdheid en opeisbaarheid van haar vorderingen uit hoofde van deze facturen voldoende aannemelijk moet maken. Het scheidsgerecht heeft ter zitting [Leverancier] in de gelegenheid gesteld haar standpunt per factuur toe te lichten en [Afnemer] gelegenheid gegeven daartegen verweer te voeren en heeft vragen gesteld naar aanleiding van die toelichtingen en het daarover door partijen ter zitting gevoerde debat.
26. Factuur FAC 201903001. Deze factuur betreft 60 uur “Meerwerk ontwikkelwerkzaamheden Bezoek NG” waarbij wordt verwezen naar ‘afspraken Geert/Frank’. [Leverancier] heeft toegelicht dat het hier de werkzaamheden betreft van een medewerker van [Leverancier] bij

een bezoek aan Nice, een in Italië gevestigde klant van [Afnemer], om een probleem met een door [Leverancier] geleverd besturingssysteem op te lossen. Volgens [Leverancier] kon dat ook op afstand, maar vanwege eerdere communicatie problemen met deze klant werd afgesproken dat de medewerker van [Leverancier], tezamen met de heer [product manager Afnemer] van [Afnemer], de klant zou bezoeken. Partijen spraken volgens [Afnemer] af dat deze de reis- en verblijfkosten zou betalen en dat [Leverancier] de gewerkte uren voor haar rekening zou nemen. Volgens [Leverancier] was het probleem ter plaatse binnen twee uur opgelost, maar heeft haar medewerker daarna op verzoek van de klant ontwikkelingswerkzaamheden uitgevoerd, die buiten de gemaakte afspraak vielen en dus door [Afnemer] betaald zouden moeten worden. Na gemotiveerde betwisting hiervan ter zitting door [Afnemer] heeft [Leverancier] de verschuldigdheid van de gemaakte uren niet nader kunnen onderbouwen. Ook heeft zij de werkzaamheden en de uren niet gespecificeerd. Daarmee is in dit kort geding de verschuldigdheid (en dus de opeisbaarheid) van deze vordering onvoldoende komen vast te staan, zodat de vordering tot betaling hiervan in kort geding moet worden afgewezen.

27. Facturen FAC 20193002, FAC 20194001, FAC 20194002 en FAC 20194003. Deze facturen verwijzen naar ‘afspraken André/Frank 14-02’. Ter toelichting heeft [Leverancier] gesteld dat op 14 februari 2019 een bespreking heeft plaats gevonden waarbij de heren [bestuurder Afnemer] en [managing directeur Afnemer] namens [Afnemer] zouden hebben toegezegd dat [Afnemer] in vier tranches een bedrag van €50.000 aan [Afnemer] zou betalen als ontwikkelbijdrage (3x €12.000) en bonus indien het product [Productnaam] binnen drie maanden klaar zou zijn. Bij e-mail van 11 maart 2019 heeft [Leverancier] de factuur FAC 20194001 voor een ontwikkelbijdrage (€12.000) toegezonden aan [Afnemer], onder meer met de mededeling: “De termijn van 3 maanden gaat wat mij betreft in na betaling. Voor die tijd gebeurt er niets en loopt het project verdere vertraging op.” De raadsman van [Afnemer] heeft bij brief d.d. 11 maart 2019 de opeisbaarheid van deze vergoeding betwist, omdat betaling daarvan zou zijn verbonden aan ‘meerdere voorwaarden’, die nog niet zouden zijn vervuld.
28. In zijn brief van 3 april 2019 heeft de raadsman van [Afnemer] gesteld, voor zover in dit verband van belang, dat betaling van de bedoelde bedragen op 14 februari 2019 door

[Afnemer] afhankelijk was gesteld van het vervullen van vier voorwaarden, te weten: (a) uitvoering van artikel 10.1 en 10.2 van de Overeenkomst, op grond waarvan [Afnemer] de beschikking zou krijgen over alle informatie, ontwerpen, broncode e.d. die nodig zouden zijn om [Afnemer] in staat te stellen besturingssystemen te produceren, voor het geval dat [Leverancier] (bijvoorbeeld als gevolg van faillissement) niet langer aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen; (b) behoud door [Leverancier] van twee met name genoemde medewerkers; (c) inzage in de originele offerte van [Electronicabedrijf]; en (d) afgifte van een gedetailleerde planning door [Leverancier]. Volgens de raadsman zou [Leverancier] op dat moment alleen aan voorwaarde (c) hebben voldaan, zodat betaling van de vergoedingen (of facturering daarvoor) niet aan de orde was en hij verzocht factuur FAC 20194001 te crediteren.

29. Bij brief van 9 april 2019 heeft de raadsman van [Leverancier] ontkend dat betaling van de ontwikkelbijdragen en de bonus afhankelijk zouden zijn gesteld van het door [Leverancier] voldoen aan de vier genoemde voorwaarden en gesteld dat [Leverancier] overigens aan die voorwaarden zou hebben voldaan, onder toezending van een gedetailleerde planning (voorwaarde onder d). Daarbij heeft de raadsman ook verwezen naar de afspraken van 25 juni 2018 die zouden inhouden dat [Leverancier] de externe kosten “zoals de ontwikkeling van de wifi-module” zou kunnen factureren.
30. [Leverancier] heeft ter zitting bevestigd dat de in de vier voorwaarden genoemde onderwerpen zijn besproken op de bijeenkomst van 14 februari 2019, maar heeft ontkend dat toen is afgesproken dat de overeengekomen betalingen afhankelijk zijn gesteld van het vervullen van de vier genoemde voorwaarden. Ter zitting is komen vast te staan dat de op 14 februari 2019 gemaakte afspraken niet schriftelijk zijn vastgelegd. [Leverancier] heeft gesteld dat zij – naar is gebleken zonder medeweten van [Afnemer] - een geluidsopname van het (volgens [Leverancier] vijf uur durende) gesprek heeft gemaakt en dat daaruit zou blijken dat de betaling niet afhankelijk was van het door [Leverancier] voldoen aan de vier voorwaarden. [Leverancier] heeft echter de geluidsopname niet in het geding gebracht en evenmin een transcript van (de relevante passages uit) de opname overgelegd. [Leverancier] heeft, mede in het licht van de gemotiveerde betwisting van [Afnemer], daarmee voorshands niet, althans onvoldoende aannemelijk gemaakt dat de betalingen niet afhankelijk waren gesteld van het

voldoen aan de voorwaarden. Gelet op de gemotiveerde betwisting van de stelling van [Leverancier] dat aan de betaling van het bedrag van € 50.000 geen voorwaarden waren verbonden en het feit dat in een kort geding in beginsel geen plaats is voor bewijslevering, moet het scheidsgerecht ervan uitgaan dat deze stelling van [Leverancier] niet vaststaat.

31. De vraag die thans voorligt is of [Leverancier], zoals zij stelt, heeft voldaan aan de vier voorwaarden indien deze zouden zijn overeengekomen. Als niet of onvoldoende gemotiveerd betwist staat vast dat [Leverancier] aan voorwaarden (c) – inzage offerte [Electronicabedrijf] - en (d) – afgifte gedetailleerde planning - heeft voldaan. Ter zitting is vooralsnog niet gebleken dat [Leverancier] heeft voldaan aan voorwaarde b, nu [Leverancier] heeft erkend dat de heer [Z] op of omstreeks 14 februari ontslag heeft genomen. [Leverancier] heeft ter zitting gesteld dat zij in diens vertrek heeft voorzien door werkzaamheden uit te besteden en dat het gehele bedieningssysteem op 16 april 2019 gereed was en heeft daarbij gewezen op het door haar overgelegde YouTube filmpje, waarin de goede werking van het systeem zou worden getoond. [Afnemer] heeft bestreden dat [Leverancier] hiermee aan de voorwaarde onder (c) heeft voldaan en er onder meer op gewezen dat uit het filmpje niet onomstotelijk blijkt dat het gaat om het besturingssysteem waarop de Overeenkomst betrekking heeft en dat in ieder geval in het filmpje wordt gezegd dat op één punt het systeem nog niet goed werkt, zodat in elk geval nog nadere ontwikkelingswerkzaamheden nodig zijn.
32. Ten aanzien van de voorwaarde onder (a) merkt het scheidsgerecht op dat artikel 10.2 in algemene zin bepaalt dat [Afnemer] moet kunnen beschikken over de informatie, ontwerpen, broncode, etc. die nodig zijn om door te kunnen produceren mocht [Leverancier] niet langer in staat zijn aan haar verplichtingen te voldoen en dat in artikel 10.3 als voorbeeld is genoemd een pandrecht (in verband met faillissement) en ‘een optierecht voor andere uitzonderlijke situaties’. Een regeling middels een overeenkomst van vruchtgebruik, zoals door [Afnemer] voorgesteld, kan naar het voorlopig oordeel van het scheidsgerecht ook een geschikt middel zijn om het met artikel 10.2 en 10.3 beoogde resultaat te bereiken, maar dat is afgewezen door [Leverancier].
33. In dit verband heeft de raadsman van [Leverancier] bij e-mail van 6 maart 2019 aan [Afnemer] laten weten dat [Leverancier] hem had meegedeeld dat ‘het IE niet bij [Leverancier] B.V. ligt’. De raadsman heeft daarbij voorgesteld dat [Leverancier] en

[Afnemer] een escrow overeenkomst zouden sluiten, maar [Afnemer] heeft er terecht bij e-mail van 7 maart 2019 van haar raadvrouw op gewezen dat daarvoor de medewerking van een derde nodig was. Daarop heeft [Leverancier] geen concreet voorstel gedaan voor een dergelijke overeenkomst, zodat [Afnemer] zich er niet van heeft kunnen vergewissen dat die overeenkomst zou beantwoorden aan het met artikel 10.2 en 10.3 van de Overeenkomst beoogde doel. Dat klemt temeer nu de intellectuele eigendomsrechten op (onder meer) de broncode niet worden gehouden door [Leverancier] B.V., maar door een derde en voorshands niet is komen vast te staan dat deze derde bereid was die intellectuele eigendomsrechten middels een voor [Afnemer] acceptabele escrow overeenkomst in noodsituaties aan [Afnemer] ter beschikking te stellen.

34. Tegen die achtergrond is onvoldoende dat de raadsman van [Leverancier] in zijn brief van 9 april 2019 heeft gesteld dat [Leverancier] ‘maatregelen [heeft] getroffen om er voor te zorgen dat de productie voor [Afnemer] ongestoord doorgang kan vinden wanneer cliënte getroffen mocht worden door bijvoorbeeld een faillissement’, nu [Leverancier] niet heeft verduidelijkt welke maatregelen zijn genomen en daar geen inzage in heeft gegeven.
35. Gezien al deze omstandigheden concludeert het scheidsgerecht dat [Leverancier] voorshands onvoldoende aannemelijk heeft genaakt dat zij heeft voldaan aan de onder randnummer 28 genoemde voorwaarden voor betaling van de facturen FAC 20193002, FAC 20194001, FAC 20194002 en FAC 20194003. Daaruit volgt dat in het kader van dit kort geding niet, althans onvoldoende is komen vast te staan dat deze facturen verschuldigd, althans opeisbaar zijn, zodat de vordering tot betaling van deze facturen wordt afgewezen.
36. Factuur 201903003. Deze factuur heeft betrekking op ‘Aanschaf materiaalpakket [naam pakket]’, ‘Aanschaf materiaalpakket [naam2 pakket]’ en ‘Aanschaf materiaalpakket [naam3 pakket]’, waarbij is vermeld ‘Conform afspraak 21-12-2018’. Ter zitting is komen vast te staan dat hiermee wordt bedoeld de in de e-mail van 26 december 2018 (Productie 6 [Leverancier]) vastgelegde afspraak om op kosten van [Afnemer] een materiaalpakket aan te leggen ‘om problemen met levertijden van componenten op te vangen’. Daarbij is afgesproken dat dit materiaalpakket ‘incidenteel [is] te gebruiken voor een extra productiebatch met een levertijd van ca. 4 weken.’ Deze reservevoorraad betrof 3000 besturingsprinten, 1000 RF printen en 1000 RS485 printen.

37. [Leverancier] heeft ter zitting betoogd dat zij in 2018 6000 materiaalpakketten bij haar toeleverancier [Electronicabedrijf] had besteld waarvan er nog 4500 op voorraad lagen. Deze 4500 had [Leverancier] nog niet aan [Electronicabedrijf] betaald maar kon zij volgens [Leverancier] wel inzetten om de afspraak van 21 december 2018 na te komen. Die 4500 stuks zouden volgens [Leverancier] in ieder geval kunnen voorzien in het opvangen van eventuele leverproblemen met 3000 besturingsprinten. Voor de 1000 RF en 1000 RS485 printen had [Leverancier] volgens haar een andere oplossing, die voor [Afnemer] naar de mening van [Leverancier] gelijkwaardig was. Wat niet bij [Electronicabedrijf] op voorraad lag kon zij bovendien bij een andere leverancier bestellen. Hierdoor meent [Leverancier] dat zij aan haar verplichtingen onder de 'afspraak 21-12-2018' heeft voldaan en de materiaalkosten van de op grond daarvan aan te leggen reservevoorraad bij [Afnemer] in rekening kon brengen.
38. [Afnemer] heeft ter zitting niet, althans onvoldoende weersproken gesteld dat de 'afspraak 21-12-2018' een extra voorraad betrof, die op advies van [Leverancier] zou worden aangelegd met het oog op een te verwachten prijsstijging van en/of leveringsproblemen met de voor de vervaardiging van de betreffende producten benodigde componenten en dat haar bij navraag bij leverancier [Electronicabedrijf] was gebleken dat een dergelijke voorraad niet was aangelegd. Verder staat als niet, althans onvoldoende betwist in dit kort geding vast dat [Afnemer] de eerste 1500 stuks, die [Leverancier] aan haar heeft geleverd uit de bij [Electronicabedrijf] aanwezige voorraad van (aanvankelijk) 6000 stuks pas bij uitlevering aan [Leverancier] (en niet vooruit) hoefde te betalen.
39. Gelet op het bovenstaande heeft [Leverancier] in het kader van dit kort geding niet, althans onvoldoende aannemelijk gemaakt dat de afspraak van 21-12-2018 (ook) inhield dat [Leverancier] een factuur mocht sturen voor de na uitlevering van 1500 stuks bij [Electronicabedrijf] resterende voorraad van 4500 stuks, hetgeen immers zou betekenen dat [Afnemer] deze voorraad wel vooruit zou moeten betalen. Daarbij is ook van belang dat met factuur 201903003 door [Leverancier] 5000 (in plaats van 4500) materiaalpakketten in rekening zijn gebracht, terwijl de samenstelling van de voorraad van 4500 stuks bij [Electronicabedrijf] anders was dan de 'extra voorraad' waarop de afspraak van 21-12-2018 betrekking heeft.

40. Alle genoemde omstandigheden in aanmerking genomen oordeelt het scheidsgerecht dat niet is komen vast te staan dat [Afnemer] het gefactureerde bedrag verschuldigd is, althans dat de vordering uit hoofde van deze factuur opeisbaar is.

Slotsom

41. Het scheidsgerecht komt op grond van het bovenstaande tot het voorhandse oordeel dat [Leverancier] in dit kort geding niet is geslaagd voldoende aannemelijk te maken dat [Afnemer] de aan haar vorderingen ten grondslag gelegde gefactureerde bedragen verschuldigd is, dan wel dat deze facturen opeisbaar zijn, zodat de vorderingen van [Leverancier] moeten worden afgewezen.

Kosten van rechtsbijstand

42. [Afnemer] heeft gevorderd dat [Leverancier] wordt veroordeeld tot betaling van veroordeling van de arbitragekosten en de kosten van rechtsbijstand van [Afnemer] ter zake van het kort geding, tot op de datum van de memorie begroot op €6.500 (exclusief BTW), althans tot betaling van een door het scheidsgerecht te bepalen redelijk bedrag.

43. Op grond van artikel 38 Arbitragereglement kan het scheidsgerecht de partij die in het ongelijk is gesteld veroordelen tot betaling van een redelijke vergoeding voor de kosten van juridische bijstand van de wederpartij, indien en voor zover deze kosten naar het oordeel van het scheidsgerecht noodzakelijk waren.

44. [Leverancier] heeft bij de mondelinge behandeling betoogd dat de door [Afnemer] gevorderde kosten van rechtsbijstand niet in verhouding staan tot de voor dit kort geding verrichte werkzaamheden en er terecht op gewezen dat deze niet zijn onderbouwd en daarom verzocht deze integraal af te wijzen. In dit verband acht het scheidsgerecht het van belang dat [Leverancier] in haar Verzoekschrift (ook zonder overleggen van een specificatie van de werkzaamheden van haar raadsman) een vergoeding van €5.200 heeft gevorderd voor ter zake van dit kort geding verleende en nog te verlenen werkzaamheden van haar gemachtigde. Nu [Leverancier] dit bedrag kennelijk zelf redelijk vindt als vergoeding voor de kosten van rechtsbijstand en dit bedrag het scheidsgerecht ook overigens redelijk voorkomt zal zij [Leverancier] veroordelen tot betaling van €5.200 (exclusief BTW) kosten van rechtsbijstand.

De kosten van de arbitrage

45. Omdat [Leverancier] ten aanzien van de vorderingen geheel in het ongelijk is gesteld, achten de arbiters het redelijk en billijk dat [Leverancier] de kosten van deze arbitrage draagt.

Arbiters stellen de kosten van de onderhavige arbitrage vast op EUR [bedrag] (exclusief BTW). De kosten zijn samengesteld als volgt:

administratiekosten	€	[bedrag]
honorarium arbiters	€	[bedrag]
verschotten	€	[bedrag]

Partijen hebben reeds de volgende kosten (exclusief BTW) voldaan aan de SGOA:

[Leverancier]:

administratiekosten	€	[bedrag]
depot honorarium	€	[bedrag]
verschotten	€	[bedrag]

[Afnemer]:

administratiekosten	€	[bedrag]
---------------------	---	----------

46. De kosten van deze arbitrage zullen worden verrekend met het door partijen bij de SGOA in depot gestorte bedrag. [Leverancier] wordt mitsdien veroordeeld om aan [Afnemer] € [bedrag] (te vermeerderen met 21% BTW) voor de door deze aan SGOA voldane administratiekosten te betalen.

47. In het dictum van dit arbitrale vonnis zal dienovereenkomstig worden beslist.

Slotsom

48. Gelet op het voorstaande komen de arbiters tot de volgende uitspraak.

RECHTDOENDE ALS GOEDE PERSONEN NAAR BILLIJKHEID

1. wijzen het gevorderde af;
2. veroordelen [Leverancier] in de kosten van deze arbitrage, tot en met de dag van verzending van dit vonnis aan partijen vastgesteld op EUR [bedrag] (te vermeerderen met 21% BTW) aan honorarium van arbiters, EUR [bedrag] (te vermeerderen met 21% BTW) aan verschotten en EUR [bedrag] (te vermeerderen met 21% BTW) voor de administratiekosten van de Stichting Geschillenoplossing Automatisering;
3. verstaan dat deze kosten met de door partijen bij de Stichting Geschillenoplossing Automatisering in depot gestorte bedragen zullen worden verrekend;
4. veroordelen [Leverancier] om aan [Afnemer] binnen vijf dagen na betekening van dit arbitrale vonnis tegen behoorlijk bewijs van kwijting te betalen een bedrag van EUR 5.200 (te vermeerderen met 21% BTW) als kosten van rechtsbijstand.

Aldus gewezen te Haarlem op 27 mei 2019

mr. [Arbiter 1]
arbiter

mr. [Arbiter 2].
arbiter

[Arbiter 3]
arbiter