



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Noot bij Rechtbank Rotterdam 10 februari 2016

Graaf, T.J. de

Citation

Graaf, T. J. de. (2016). Noot bij Rechtbank Rotterdam 10 februari 2016. *Computerrecht*, 2016(3), 193-195. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/47319>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/47319>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

een handelsnaam maar ook door de houder van een domeinnaam. Bij dit alles geldt als criterium: verwarringsgevaar. Dit zijn heel opmerkelijke uitbreidingen van het bereik van *Eurotyre*, vooral omdat geen motivering wordt gegeven, omdat de uitbreidingen niet passen bij het veronderstelde doel van het *Eurotyre*-arrest (te weten het opvullen van een hiaat in de handelsnaambescherming), en omdat niet de terughoudendheid in acht wordt genomen (zoals bepleit door de A-G) die past bij het verlenen van bescherming onder 6:162 BW in aanvulling op de erkende intellectuele eigendomsrechten. De domeinnaam wordt hier in behandeling gelijkgesteld aan een 'echt' intellectueel eigendomsrecht (de handelsnaam), zij het via de band van art. 6:162 BW. Alleen het woord 'kan' in r.o. 3.4.3 wijst nog op enig voorbehoud.

Onder de wijd uitgevouwen paraplu van *Eurotyre* wordt vervolgens (in r.o. 3.4.4) beoordeeld of het Hof een juist gewicht heeft toegekend aan het feit dat 'artiestenverloningen' een beschrijvende aanduiding is. Dat is het geval. Het moet voor iedereen mogelijk zijn zich te bedienen van een beschrijvende aanduiding voor zijn diensten of producten, ook in een domeinnaam. Dat gebruik, ook indien verwarringwekkend, is alleen onrechtmatig indien bijkomende omstandigheden dat meebrengen. Bij gebruik van beschrijvende termen is enkele verwarring dus niet voldoende om onrechtmatigheid aan te nemen. De Hoge Raad verwijst in dit verband naar haar oude beschikking inzake *Bouwcentrum*⁴; dat was een 'pure' handelsnaamzaak onder art. 5 Hnw waarin de rechtbank (met goedkeuring van de HR) aannam dat het aanvankelijk (in 1946) onderscheidende woord 'bouwcentrum' in de loop der jaren onderdeel van het normale taalgebruik was geworden, zodat het enkele voorkomen van het woord 'bouwcentrum' in een jongere handelsnaam niet tot de conclusie van verwarringsgevaar kon leiden. In deze beschikking stond dus hooguit impliciet dat beschrijvende termen in beginsel vrij mogen worden gebruikt; met het onderhavige arrest is dat expliciet gemaakt. Anders dan Verkade⁵ lees ik hierin niet dat 'in de handelsnaamrechtelijke context', dus ook in het kader van art. 5 Hnw, vanaf nu zou gelden dat bij gebruik van beschrijvende tekens de enkele aanwezigheid van verwarringsgevaar onvoldoende zou zijn, dus dat ook bij toepassing van art. 5 Hnw in dat geval bijkomende omstandigheden noodzakelijk zouden zijn. Daarvoor is r.o. 3.4.4 te zeer ingebed in de context van *Eurotyre*, zie de twee voorafgaande rechtsoverwegingen.

De overweging over onrechtmatigheid in geval van beschrijvende tekens (r.o. 3.4.4) heeft de meeste aandacht getrokken in de diverse commentaren, en is uiteraard niet zonder belang. Maar het werkelijke nieuws is, wat mij betreft, de uitbreiding van de *Eurotyre*-leer in het kwadraat, met als een van de effecten dat de oudere domeinnaam een bescherming krijgt waar deze voorheen niet op kon rekenen.

M. Schut

⁴ HR 8 mei 1987, NJ 1988/36.

⁵ Verkade, noot bij HR 11 december 2015, NJ 2016/79.

Computerrecht 2016/88

Rechtbank Rotterdam 10 februari 2016, nr. C/10/473393 / HA ZA 15-326

m.nt. mr. dr. T.J. de Graaf¹

Art. 6:248 lid 2 BW

RCR 2016/42

ECLI:NL:RBROT:2016:1016

Aansprakelijkheidsuitsluiting voor gevolgschade wordt met behulp van art. 6:248 lid 2 BW proportioneel gederogerd tot een aansprakelijkheidsbeperking voor gevolgschade tot de factuurwaarde, mede op grond van de stelling dat software leveranciers standaard bedingen dat hun aansprakelijkheid voor gevolgschade tot de factuurwaarde wordt beperkt, al dan niet met factor 2 of 3.

Noot

Deze zaak gaat over een mislukte automatisering die voortsnog eindigt met dit vonnis in de schadestaatprocedure. In dit vonnis wordt onder andere een aansprakelijkheidsuitsluiting voor gevolgschade proportioneel gederogerd tot een aansprakelijkheidsbeperking voor gevolgschade tot de factuurwaarde. Na een korte samenvatting van de feiten en het verloop van de procedure zal ik bespreken hoe de rechtbank proportioneel derogert en wat ik daarvan vind. Een bespreking van de rest van dit uitgebreide vonnis gaat deze noot te buiten.

Feiten en verloop van de procedure

Aan dit vonnis ging het volgende vooraf. Leverancier GreenCat sloot een overeenkomst met afnemer NBK voor het gebruik, de implementatie en de doorontwikkeling van software voor de ondersteuning van bedrijfsprocessen van transportondernemingen. NBK betaalde een aantal facturen niet, en GreenCat vorderde betaling daarvan. NBK ontbond de overeenkomst partieel en vorderde schadevergoeding. De rechtbank oordeelde dat GreenCat geen werkend systeem had geleverd. In conventie wees de rechtbank de betalingsvorderingen van GreenCat af. In reconventie verklaarde zij voor recht dat GreenCat toerekenbaar tekort was geschoten in de nakoming van de overeenkomst en veroordeelde zij GreenCat tot vergoeding van schade, op te maken bij staat. In hoger beroep oordeelde het Hof Den Haag dat partijen een fatale termijn ex art. 6:83 onder a BW² waren overeengekomen, dat NBK de overeenkomst partieel mocht ontbinden en dat zij € 20.000 aan GreenCat verschuldigd was voor het gebruik dat NBK van de software had gemaakt. Het vonnis werd gedeeltelijk vernietigd (voor zover de con-

¹ Mr. dr. Tycho de Graaf is advocaat bij NautaDutilh N.V. in Amsterdam en universitair docent aan de Universiteit Leiden.

² Anders de rechtbank, die eerder had geoordeeld dat, hoewel een ingebrekestelling noodzakelijk was, GreenCat zich naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet op het ontbreken daarvan kon beroepen.

ventionele vordering volledig is afgewezen) en terugverwezen naar de rechtbank.

Afgezien van wat hobbels verloopt deze zaak tot dusver redelijk klassiek. Interessant wordt het vooral zodra GreenCat in de schadestaatprocedure haar exoneration in stelling brengt tegen NPK's schadevergoedingsvordering van € 1,9 miljoen.

Die tussen partijen overeengekomen exoneration bestaat, kort samengevat en voor zover relevant, uit twee delen. In het eerste deel wordt GreenCats aansprakelijkheid uitgesloten voor 'indirecte schade', waaronder *mede* begrepen gevolgschade, gederfde winst, gemiste besparingen, verlies van schade aan gegevens(bestanden) en schade door bedrijfsstagnatie (hierna tezamen, volgens de aanduiding van de rechtbank: gevolgschade). In het tweede deel wordt GreenCats aansprakelijkheid voor 'andere schade' beperkt tot het aan NBK gefactureerde en door haar betaalde bedrag (in dit geval: € 180.000), waarbij onder 'andere schade' *uitsluitend* wordt verstaan: redelijke kosten: (a) ter vaststelling, voorkoming of beperking van die 'andere schade'; (b) om de prestatie van GreenCat aan de overeenkomst te laten beantwoorden, voor zover die overeenkomst niet door NPK is ontbonden en (c) materiële schade aan zaken van NPK.³

Uitsluiting van gevolgschade de facto uitsluiting van alle aansprakelijkheid

De rechtbank overweegt dat de vraag of GreenCat zich op haar exoneration kan beroepen afhankelijk is van tal van omstandigheden, memoreert de Saladin/HBU-omstandigheden en loopt een aantal daarvan langs (zie r.o. 4.9).⁴ En dan komt het. De rechtbank concludeert dat "de concrete invulling van de begrippen indirecte en andere schade zodanig is, dat zij *de facto* tot een nagenoeg algehele uitsluiting van aansprakelijkheid leidt, gelet op de diensten waartoe de leverancier in casu verplicht was en de schade die bij een tekortschieten daaruit logischerwijze kan voortvloeien." Dat is in de literatuur al eerder geconstateerd.⁵

Intrigerend is dat de rechtbank vervolgens constateert dat sprake is van een onaanvaardbaar resultaat "voor zover er bij de leverancier onvoldoende prikkel overblijft om de verplichtingen na te komen op een wijze zoals van haar in de gegeven omstandigheden mag worden verwacht omdat na-

genoeg alle (redelijkerwijs te verwachten) schade is uitgesloten...". De woorden "voor zover" maken de constatering weliswaar formeel juist, maar geven naar mijn idee toch een onvolledig beeld. De suggestie wordt immers gewekt dat de mate waarin de leverancier tot schadevergoeding gehouden is, allesbepalend is voor het antwoord op de vraag of hij voldoende prikkel tot nakoming heeft. En dat is niet zo. Sterker nog, ook als aansprakelijkheid voor (nagenoeg) alle schade is uitgesloten, kan voldoende prikkel tot nakoming overblijven. Het sanctiearsenaal van de afnemer is immers niet tot schadevergoeding beperkt. Het bestaat ook nog uit nakoming versterkt met een dwangsom (welke kosten voor nakoming naar hun aard niet onder een exoneration vallen en in de regel ook niet onder een AVB- of BAV-verzekering) of zelfs ontbinding wegens een tekortkoming of vernietiging wegens dwaling (met als *worst case* resultaat – vanuit de leverancier bezien – dat hij al het aan hem betaalde terug moet betalen, wat ook niet onder een exoneration valt en in de regel ook niet op een AVB- of BAV-verzekeraar verhaald kan worden).⁶

Leveranciers plegen standaard aansprakelijkheid voor gevolgschade te beperken tot factuurwaarde

Vervolgens geeft de rechtbank wat tegenwicht. Zij stelt vast dat eveneens van belang is de verhouding tussen de relatief geringe beloning van de leverancier en diens zeer grote aansprakelijkheidsrisico's als het misgaat. Dat is inderdaad een relevante omstandigheid en doet denken aan het Thermostaten- en het Staalgrit-arrest.⁷ Daarna volgt de meest opmerkelijke uitspraak in het vonnis: "Software leveranciers plegen om die reden dan ook standaard te bedingen dat hun aansprakelijkheid voor (in het bijzonder) gevolgschade wordt beperkt tot de hoogte van de facturen, al dan niet vermenigvuldigd met factor 2 of 3." Onduidelijk is hoe de rechtbank tot dat oordeel is gekomen. Een kort, niet-representatief onderzoek naar op het internet beschikbare algemene voorwaarden met betrekking tot local install ERP-pakketten van grote softwareleveranciers leert het volgende. Aansprakelijkheid voor gevolgschade wordt uitgesloten (en dus niet beperkt tot de factuurwaarde, laat staan vermenigvuldigd met een factor) door: SAP (art. 9.3 GTC on premise software license and support agreement v.9.2014), Oracle (art. 10 Online Transactional Oracle Master Agreement v111215) en Microsoft (art. 24 Dynamics ERP EULA oktober 2013). Overigens wordt ook in de Nederland-ICT-voorwaarden aansprakelijkheid voor gevolgschade uitgesloten (art. 16.3). En in mijn ervaring is dat ook wat softwareleveranciers standaard proberen te bedingen. In het midden kan blijven of een uitsluiting van gevolgschade tijdens onderhandelingen door afnemers geaccepteerd wordt. Dat is immers niet waarop de beslissing van de rechtbank steunt, en lijkt me overigens ook lastig(er) te onderzoeken.

3 De goed ingevoerde lezer herkent in deze exoneration behoorlijk wat elementen uit het exonerationartikel 10 van de FENIT-voorwaarden uit 1994 en 2003.

4 HR 19 mei 1967, ECLI:NL:HR:1967:AC4745, NJ 1967/261 (Saladin/HBU), waarover T.J. de Graaf, *Exoneraties in ICT-contracten tussen professionele partijen*. Meijers-reeks nr. 109 (diss. Leiden) (proefschrifteditie) en *Serie Recht en Praktijk* nr. 141 (handelseditie), Deventer: Kluwer 2006.

5 Zie Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014, nr. 211 die in het kader van de overeenkomst van opdracht vaststelt dat gederfde winst en bedrijfsschade (standaard) veelal worden uitgesloten, al dan niet door uitsluiting van indirecte schade of gevolgschade (over welke begrippen T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Directe schade in het contractenrecht', *MvV* 2007/11, p. 226-231 en T.J. de Graaf, 'Drafting tips & skills: Still confused, but on a higher level: directe schade, indirecte schade, gevolgschade etc.', *ORP* 2015-5, nr. 163, p. 35-36). Tjong Tjin Tai verwondert zich erover dat deze praktijk in de juridische literatuur amper kritiek ontmoet. Zie ook, in waarschuwend zin, T.J. de Graaf, 'Pitfalls in ICT-contracten', *Contracteren* 2013/3, p. 105.

6 Zie voor een gedachtenexperiment om al dat soort financiële gevolgen onder één cap te brengen T.J. de Graaf, 'Drafting tips & skills: Alles is schade en de *multi remedy clause*', *ORP* 2014-3, p. 35.

7 HR 18 december 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4299, NJ 1982/71 (Thermostaten of Van Kleef/Monster) en HR 8 maart 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0166, NJ 1991/396 (De Kleijn/Van der Ende of Staalgrit).

Dergelijke exoneraties zijn, vervolgt de rechtbank, gerechtvaardigd omdat softwareleveranciers, als die exoneraties buiten toepassing zouden blijven, hun aansprakelijkheid slechts tegen zeer aanzienlijke premies zouden kunnen verzekeren, die premies aan de afnemers doorberekend zouden worden en dat tot zeer aanzienlijke kostenstijgingen zou leiden. Ook oordeelt de rechtbank dat afnemers er meer bij gebaat zijn zelf te bepalen welke risico's zij tegen welke premies wensen te verzekeren.

Slotom is dat de rechtbank, een en andere overziende, van oordeel is dat de uitsluiting voor gevolgschade buiten toepassing dient te blijven voor zover het schade betreft die de totale factuurwaarde overstijgt. Anders gezegd: de aansprakelijkheidsuitsluiting voor gevolgschade wordt getransformeerd in een aansprakelijkheidsbeperking voor gevolgschade tot de totale factuurwaarde. Aangezien de exoneratie voor 'andere schade' in stand blijft, resteren twee exoneraties tot de factuurwaarde: één voor gevolgschade en één voor andere schade.

Is proportioneel derogeren nieuw?

Proportioneel derogeren van contractsbepalingen op grond van art. 6:248 lid 2 BW is niet nieuw. Het bekendste voorbeeld uit de jurisprudentie is wellicht Royal/Polygram, waarin de Hoge Raad billijkte dat het hof de proportioneel derogende werking van de redelijkheid en billijkheid (die besloten ligt in de woorden "voor zover" uit art. 6:248 lid 2 BW) toepaste op een vervalbeding in een verzekeringsovereenkomst en 10% van het verzekerde schadebedrag aftrok wegens de zeer geringe mate van benadeling van de verzekeraar door een te late schademelding.⁸

Toch is het proportioneel derogeren van exoneraties wel redelijk nieuw. In de literatuur is het al langer bepleit. Al in 1994 verzuchtte Vranken dat het exoneratiebeding één van de laatste bolwerken is waarop de alles-of-niets benadering nog steeds opgeld doet en bepleitte dat die benadering zou worden verlaten.⁹ Verheij stond voor dat exoneraties, door analoge toepassing van art. 3:42 BW, werden geconverteerd in gevallen waarin conversie mogelijk was en de gelaedeerde zich op art. 6:248 lid 2 BW beriep.¹⁰ En Tjong Tjin Tai werkte uit waarom en hoe proportioneel aan exoneraties kon worden gederogerd door toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.¹¹

Conclusie

Op zich stond het de rechtbank dus vrij om de aansprakelijkheidsuitsluiting voor gevolgschade proportioneel te derogeren en is het resultaat voor GreenCat altijd nog beter dan

dat de rechtbank die uitsluiting helemaal buiten toepassing zou hebben verklaard. Echter, de manier waarop de rechtbank de hoogte van een in haar ogen wel redelijke aansprakelijkheidsbeperking vaststelt klopt naar mijn idee niet voor zover zij gestoeld is op – en daar heeft het alle schijn van – de naar mijn idee onjuiste stelling dat softwareleveranciers standaard bedingen dat hun aansprakelijkheid voor (in het bijzonder) gevolgschade wordt beperkt tot de hoogte van de facturen, al dan niet vermenigvuldigd met factor 2 of 3.

Tot slot iets anders. De rechtbank oordeelt (in r.o. 4.10 en mijns inziens terecht¹²) dat NBK's stelling, dat een garantie als *lex specialis* GreenCat's exoneratie opzij zet, geen steun vindt in het recht. Daarbij verwijst de rechtbank onder meer naar Vos/Heipro, waarin volgens haar is geoordeeld dat van een "(ongeschreven) rechtsregel ... dat een specifieke bepaling in een overeenkomst gaat boven een (exoneratie)bepaling in algemene voorwaarden, geen sprake is."¹³

mr. dr. T.J. de Graaf

8 HR 17 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9717, NJ 2006/378 (Royal/Polygram).
9 J.B.M. Vranken, 'Het alles of niets bij exoneratiebedingen', WPNR 6142 (1994), p. 453-454.
10 A.J. Verheij, 'Conversie van een geldig exoneratiebeding', NTBR 2003/5, p. 246-251.
11 Tjong Tjin Tai in: I. Giessen & T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Proportionele tendensen in het verbintenissenrecht. Een rechtsgeleerde dialoog. Preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 35-43.

12 Zie ook T.J. de Graaf, 'Garanties versus non-conformiteit en exoneraties', ORP 2012-3, p. 37-38.
13 HR 13 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF5538, NJ 2003/506 (Vos/Heipro).