



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Annotation: Rechtbank 's-Hertogenbosch 2007-05-30

Graaf, T.J. de

Citation

Graaf, T. J. de. (2007). Annotation: Rechtbank 's-Hertogenbosch 2007-05-30. *Computerrecht*, 5, 242-244. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/47284>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/47284>

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

Rb. Utrecht (sector handels- en familierecht) 30 mei 2007

(Mrs. J.M. Willems, R.J. Praamstra en J.P.H. van Driel van Wageningen)

exoneratieclausule – deskundigenbericht – ontbinding – verzuim

Partijen:

Uitspraak in de zaak van de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

G. KWETTERS & ZN B.V., gevestigd te Veen, gemeente Aalburg

Eiseres in conventie

Verweerster in reconventie

Procureur mr. P.J. Soede

tegen:

De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid PROFUSE B.V., gevestigd te Veenendaal

Gedaagde in conventie

Eiseres in reconventie

Procureur mr. L.A.M.J. Pütz

Partijen zullen hierna Kwetters en Profuse genoemd worden.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- het tussenvonnissen van 7 september 2005;
- het deskundigenbericht;
- de conclusie na deskundigenbericht van Kwetters;
- de antwoordconclusie na deskundigenbericht van Profuse;
- de akte houdende uitlating producties van Kwetters.

1.2. De zaak is verwezen naar de meervoudige kamer. Ten slotte is vonnis bepaald.

1.3. De rechter, ten overstaan van wie de pleidooizitting is gehouden, heeft dit vonnis niet kunnen meewijzen om organisatorische redenen.

2. De verdere beoordeling

In conventie en in reconventie

Procesorde

2.1. Dit vonnis is een vervolg op de eerder enkelvoudig gewezen tussenvonnissen van 16 februari 2005 en 7 september 2005.

2.2. Profuse heeft in haar antwoordconclusie na deskundigenbericht zich opnieuw op het standpunt gesteld, dat de rechtbank in strijd met de goede procesorde heeft gehandeld omdat zij tot benoeming van een deskundige is overgegaan zonder enige overweging aan de door Profuse opgeworpen verweren te wijden.

2.3. De rechtbank merkt daaromtrent op dat, alhoewel het op zichzelf niet ondenkbaar was geweest dat de rechtbank in het tussenvonnissen van 16 februari 2005 al op basis van de op dat moment ingenomen stellingen van partijen haar overwegingen in dat vonnis nader had uitgewerkt en inzichtelijk gemaakt, de rechtbank het om proces-economische redenen opportuun heeft geacht dit eerst te doen nadat zij deskundige voorlichting in deze zaak had verkregen. Dit oordeel is aan de rechtbank gelaten en de rechtbank heeft in haar tussenvonnissen van 7 september 2005 onder 2.2 gemotiveerd aangegeven op grond waarvan zij tot dat oordeel is gebracht en heeft reeds zonder voorbehoud op het bezwaar van Profuse overwogen en beslist.

2.4. Profuse heeft zich in haar antwoordconclusie na deskundigenbericht voorts op het standpunt gesteld dat de weigering van de rechtbank haar uitstel te verlenen voor het nemen van haar antwoordconclusie na deskundigenbericht in strijd is met de redelijke belangen van Profuse en een behoorlijke procesorde. De rechtbank gaat hieraan voorbij. Daarop is immers reeds op 26 juli 2006 zonder voorbehoud door de rolrechter beslist.

Het deskundigenbericht

2.5. De rechtbank heeft in het tussenvonnissen van 7 september 2005 de deskundige opgedragen de vragen zoals in dat tussenvonnissen onder 2.5 weergegeven te beantwoorden.

2.6. Ingevolg het tussenvonnissen van 7

september 2005 heeft de deskundige B.W. Slijk, makelaar IT en beëdigd informaticadeskundige, op 6 juni 2006 een deskundigenbericht, gedateerd 31 mei 2006, gedeponereerd ter griffie van deze rechtbank.

2.7. Profuse heeft zich op het standpunt gesteld dat geen betekenis kan worden toegekend aan het deskundigenbericht, omdat de rechter eerst had moeten beslissen op haar overige verweren, die naar haar oordeel juridisch verderstrekkend van aard zijn dan de rechtsvraag waarop het deskundigenbericht ziet. Die stelling wordt verworpen.

Dit geldt eveneens voor de stelling van Profuse dat in de onderhavige zaak niet de onderzochte technische zaken van belang zijn, maar een juridisch oordeel noodzakelijk is en dat ook daarom geen betekenis aan het deskundigenbericht kan worden toegekend. Die stellingen van Profuse kunnen niet afdoen aan het oordeel van de rechtbank dat zij voorlichting door een deskundige noodzakelijk achtte juist teneinde zich mede op basis van die niet juridische specifieke kennis van de deskundige een oordeel te kunnen vormen omtrent de tussen partijen gerezen juridische geschilpunten.

2.8. Profuse heeft in haar antwoordconclusie verder bezwaren geuit tegen de wijze van tot stand komen van het deskundigenbericht, de deskundigheid van de deskundige en de inhoud en de conclusies van de deskundige zoals neergelegd in het deskundigenbericht.

2.9. De rechtbank overweegt ten aanzien van de bezwaren van Profuse met betrekking tot de deskundigheid van de deskundige en de wijze van totstandkoming van het rapport, dat voor zover de deskundige op enig onderdeel in het rapport – zulks naar het oordeel van de rechtbank – buiten zijn taak als deskundige treedt, de rechtbank op die specifieke onderdelen het rapport buiten beschouwing zal laten en die onderdelen van het rapport niet in haar oordeel zal betrekken. Voor de rechtbank bestaat echter geen aanleiding het rapport in zijn geheel buiten beschouwing te laten, zoals door Profuse is betoogd. Uit het rapport van de deskundige is op relevante onderdelen genoegzaam een deskundig oordeel te destilleren. Daartoe geldt dat de des-

kundige zijn rapport uitgebreid heeft toegelicht en gemotiveerd, zulks nadat hij partijen ruimschoots in de gelegenheid had gesteld hun visie te geven. Daar komt bij dat de werkwijze van de deskundige en zijn interpretatie mede haar oorzaak vindt in de omstandigheid dat de vraagstelling van de rechtbank aan de deskundige ruim was geformuleerd en voorts in de omstandigheid dat de rechtbank ervan uitging dat de deskundige over een server met een operationeel systeem zou kunnen beschikken, zodat de deskundige op andere wijze dan aanvankelijk was beoogd zijn deskundigheid diende in te zetten. Die omstandigheden kunnen de deskundige niet worden tegengeworpen en kunnen voorts niet afdoen aan zijn deskundigheid.

De conclusie van Profuse dat de deskundige in zijn taakvervulling als gerechtelijk deskundige tekort is geschoten deelt de rechtbank dan ook niet.

2.10. Kwetters heeft ten aanzien van de inhoud en de conclusies van de deskundige met betrekking tot de financiële module bezwaren geuit.

2.11. De rechtbank zal op de door partijen geuite (specifieke) bezwaren – voor zover van belang – hierna ingaan bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een toerekenbare tekortkoming aan de zijde van Profuse.

Daarbij zal tevens op de inhoud en de conclusies van het door de deskundige uitgebrachte deskundigenbericht worden ingegaan, nu voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een toerekenbare tekortkoming het deskundig oordeel van de deskundige door de rechtbank noodzakelijk wordt geacht.

Toerekenbare tekortkoming?

2.12. De vragen die in verband met het tussen partijen gerezen geschil in dit kader moeten worden beantwoord is of het BaanERP systeem voor Kwetters geschikt was en zo ja of het BaanERP systeem door Profuse deugdelijk is geïmplementeerd bij Kwetters.

2.13. Vooropgesteld moet worden dat bij de beantwoording van die vragen als uitgangspunt heeft te gelden hetgeen partijen in de gegeven omstandigheden op grond van het tussen hen overeengekomene bij de nakoming daarvan redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten, mede gezien in het licht van de Blauwdruk, het Plan van Aanpak en

de betekenis die zij over en weer redelijkerwijs daaraan mochten toekennen.

2.14. De rechtbank zal eerst ingaan op het bezwaar van Profuse, dat de deskundige als onjuist uitgangspunt voor de functionaliteit van het systeem heeft gehanteerd dat de doelstelling van het project het automatiseren van alle bedrijfsprocessen van Kwetters was.

2.15. Profuse heeft daartoe gesteld, dat uit het Plan van Aanpak en de Blauwdruk blijkt dat de inkoop en voorraad van eieren buiten de scope van het project vielen, omdat Kwetters daarvoor al een andere applicatie had.

2.16. Op zich zelf moet als juist worden aangenomen, dat in het Plan van Aanpak (bladzijde 4) is vermeld dat de inkoop en voorraad van eieren buiten de scope van het project – waar dit Plan van Aanpak op ziet – valt. Dit neemt echter niet weg dat, zoals door Kwetters is gesteld en door Profuse onvoldoende gemotiveerd is betwist, partijen al in aanvang beoogd hebben te zijner tijd ook het proces van de inkoop en de voorraad eieren te automatiseren, dit echter in een tweede fase. Dat partijen het gehele bedrijfsproces wensten te automatiseren, blijkt uit de in het Plan van Aanpak op bladzijde 23 vermelde ‘Achtergrond’. Daar is immers vermeld dat Kwetters een oplossing voor de automatisering van de goederenstroom zocht. Uit de Blauwdruk – onder 0.1.1 ‘Doel van de blauwdruk’ – is bovendien ondubbelzinnig vermeld dat ‘de blauwdruk de garantie geeft dat de aangeboden oplossing dekkend is voor de problematiek van de klant’.

Uit de enkele door Profuse geciteerde Zinsnede uit de Blauwdruk op bladzijde 25, oplossing 20, inhoudende: ‘Als het bestaande inkooppakket gehandhaafd blijft, zal BaanERP verkoopgegevens aan moeten kunnen leveren aan het matchingspakket’ blijkt niet, dat Kwetters het bestaande inkooppakket wenste te behouden. Aan het woord ‘als’ in die door Profuse geciteerde zinsnede moet redelijkerwijs de betekenis worden toegerekend ‘in het geval dat’. Die geciteerde zinsnede kan dan ook niet anders worden begrepen dan in het geval dat Kwetters (in een later stadium) van het door Profuse te leveren en te implementeren inkooppakket zou afzien, het BaanERP systeem in ieder geval verkoopgegevens aan zou moeten kunnen leveren aan het matchingspakket. Ook in dat laatste geval diende het BaanERP systeem op een zodanige wijze te wor-

den geïmplementeerd dat alle bedrijfsprocessen van Kwetters daarbinnen zouden kunnen functioneren.

De bedrijfsprocessen ‘inkoop en voorraad van eieren’ vielen dientengevolge ook, in het geval dat die bedrijfsprocessen niet onder de scope van het eerste deel van het project zouden vallen, (al dan niet indirect) onder de door Profuse aangeboden oplossing voor de problematiek van Kwetters.

Kwetters behoefde in de gegeven omstandigheden derhalve in redelijkheid niet te verwachten dat, indien Profuse tot levering en implementatie van het in het Plan van Aanpak vermelde (fase van het) project aan Kwetters overging, overige processen binnen de automatisering, tot problemen zouden leiden. Ook indien die processen niet tot het project behoorden.

De rechtbank komt dan ook tot de conclusie dat de deskundige, zoals door hem weergegeven onder 3.3 van zijn rapport, er terecht van kon uitgaan, dat bij de beoordeling van de geschiktheid van het BaanERP systeem dit de vereiste functionaliteit van alle processen diende te kunnen omvatten.

2.17. De deskundige heeft in zijn algemeenheid aangegeven dat het BaanERP systeem door een veelheid aan keuzeopties en maatwerkprogrammatuur door middel van implementatie geschikt kan worden gemaakt voor een breed scala aan bedrijven en branches. Op grond daarvan gaat de deskundige van de geschiktheid van BaanERP uit.

Antwoord op de concrete vraag of het BaanERP systeem voor Kwetters geschikt is geeft hij niet. Het moet er dan ook voor worden gehouden dat, nu dit niet uit het deskundigenbericht blijkt en ook anderszins niet is gebleken, het BaanERP systeem in beginsel geschikt was voor Kwetters.

Bezien in dit licht kon de deskundige – in tegenstelling tot hetgeen Profuse op dit punt heeft betoogd – dan ook de kwestie omtrent de convergente en divergente goederenstromen en discrete en niet discrete productie in het midden laten. Die discussie is immers niet van belang indien als uitgangspunt wordt genomen dat BaanERP in beginsel geschikt is, respectievelijk door maatwerkoplossingen geschikt kan worden gemaakt.

2.18. De vraag die thans voorligt is derhalve of het BaanERP systeem door Profuse deugdelijk is geïmplementeerd bij Kwetters. Daarvan is sprake indien

implementatie van het BaanERP programma met maatwerk is gerealiseerd conform het Plan van Aanpak en de Blauwdruk. Dit uitgangspunt deelt de rechtbank met de deskundige. Dat bij de implementatie van het programma gebruik moest worden gemaakt van maatwerk is ook niet in geschil.

Profuse gaat er immers zelf in haar antwoordconclusie na deskundigenbericht (onder punt 32) ook vanuit dat in de Blauwdruk was voorzien in maatwerk naast het standaardprogramma BaanERP, hetgeen bovendien uit de inhoud van de Blauwdruk onder 0.6.1 blijkt.

2.19. De deskundige heeft in zijn rapport aangegeven – voor zover hier van belang:

(...)

3.11.1. Profuse heeft echter voor de logistieke bedrijfsvoering van Kwetters, in tegenstelling tot wat de Blauwdruk vermeldt, niet kunnen volstaan met het inrichten van de standaard BaanERP programmatuur met een beperkte hoeveelheid maatwerk. Uit de in het geding gebrachte stukken blijkt, dat Profuse, ook na een aanzienlijke overschrijding van de voorziene leveringstijd en na daaraan vele uren besteed te hebben, het beoogde resultaat niet bereikt heeft. Bovendien blijkt daaruit, dat voor veel functionaliteit geen gebruik kon worden gemaakt van BaanERP en dat Profuse daarvoor vervangende oplossingen heeft moeten ontwikkelen. Die oplossingen bestaan deels uit maatwerkprogrammatuur en deels ook uit handmatige verwerking, zonder dat een oplossing geboden wordt voor een aantal fundamentele problemen, zoals de complexe prijzenproblematiek. Het werken met gesorteerde en ongesorteerde eieren en de emballage. (...)

2.20. Uit hetgeen hiervoor onder 2.19. is weergegeven blijkt dat Profuse aanzienlijk meer maatwerkprogrammatuur heeft moeten implementeren dan in de Blauwdruk was voorzien. Daarnaast diende nog altijd handmatige verwerking plaats te vinden. Dit een en ander zonder dat een oplossing kon worden geboden voor een aantal fundamentele problemen. De deskundige concludeert in zijn rapport onder 3.11.2 daarom ook dat BaanERP, zoals dit tot september 2002 bij Kwetters is geïmplementeerd door Profuse, niet geschikt

voor de automatisering van de logistieke bedrijfsvoering van Kwetters.

2.21. Profuse heeft zich op het standpunt gesteld, dat de deskundige niet tot de onder 2.19 en 2.20 weergegeven conclusies heeft kunnen komen. Zij heeft daartoe aangevoerd – kort weergegeven – dat:

- (i) de deskundige ten onrechte heeft geoordeeld dat het rapport Jansen overtuigende argumenten aandraagt voor de onderbouwing van de stelling dat BaanERP zoals geïmplementeerd niet geschikt is voor de automatisering van de bedrijfsvoering van Kwetters;
- (ii) de openstaande punten op de Fixed List door de deskundige ten onrechte niet zijn aangemerkt als (zeer) geringe werkzaamheden die met een (zeer) geringe inspanning tot een oplossing zijn te brengen;
- (iii) de deskundige niet tot een oordeel heeft kunnen komen op grond van eigen waarneming omdat het systeem niet meer beschikbaar was;
- (iv) de deskundige ten onrechte als uitgangspunt heeft genomen dat bij Kwetters de noodzakelijke IT-kennis ontbrak.

2.22. De rechtbank deelt de bezwaren gericht tegen het deskundigenbericht van Profuse niet. Daarom wordt als volgt overwogen.

Profuse is in april 2001 aangevangen met haar werkzaamheden voor Kwetters. Blijkens het Plan van Aanpak hadden partijen ten doel op 1 juli 2001 met het systeem operationeel te gaan. Voor wat betreft de logistieke bedrijfsvoering is het BaanERP systeem echter eerst op 1 januari 2002 operationeel gegaan en is vervolgens (onder andere) op 27 juli 2002 een Fixed List opgesteld met daarop 44 nog openstaande punten. Profuse betwist niet dat nog 44 punten op de Fixed List openstonden. Zij neemt echter het standpunt in dat Kwetters op nagenoeg al die punten degene was die actie moest ondernemen omdat Kwetters nog moest testen en dat die openstaande punten bovendien van ondergeschikte aard waren (op welke stellingen de rechtbank hierna nog zal ingaan). Daargelaten het antwoord op de vraag of de in het Plan van Aanpak vermelde termijn al dan niet een fatale termijn was en of die termijn al dan niet op verzoek van Kwetters is verlengd, constateert de rechtbank dat

eind juni 2002, derhalve één jaar en tweeënhalve maand na aanvang van de werkzaamheden door Profuse, het project (fase 1) nog steeds 44 openstaande punten kende. Dit terwijl partijen aanvankelijk ervan uitgingen dat het project in ruim drieënhalve maand zou kunnen worden afgerond.

2.23. Die op de Fixed List vermelde openstaande punten betreffen naar de vaststelling van de deskundige bovendien geen punten van ondergeschikte aard, zoals Profuse stelt. De deskundige heeft zijn conclusie op dit punt voldoende deugdelijk gemotiveerd. Zo geeft hij op bladzijde 21 van zijn rapport gemotiveerd aan welke op de Fixed List vermelde punten nog openstonden. Daaruit blijkt voorts dat die punten onder andere zagen op de inkoop en de voorraad van de verpakkingen, de emballage registratie en de interne leveringen. Die punten vielen – ook naar de eigen stelling van Profuse – in fase 1 en werkten op dat moment nog niet zonder problemen. De deskundige geeft ook onder 4.7 en 4.8 uitgebreid gemotiveerd aan dat de Fixed List punten bevat die de primaire processen van Kwetters raken en de goede werking van de programmatuur verhinderen. Op grond daarvan komt hij dan ook tot de conclusie dat het reeds geïmplementeerde (deel van het) BaanERP systeem in september 2002 nog niet naar behoren functioneerde.

2.24. De deskundige kon ook in redelijkheid tot deze vaststelling komen. De omstandigheid dat de deskundige niet zelf heeft kunnen bezien op welke wijze en met welke problemen het BaanERP systeem functioneerde omdat het BaanERP systeem op de server van Kwetters niet langer operationeel was, doet daaraan niet af. De deskundige beschikte over de feiten zoals die zijn neergelegd in het rapport van lansens. Op bladzijde 60 van zijn rapport komt de deskundige gemotiveerd tot de conclusie dat het rapport van lansens toetsbare en relevante informatie bevat. Gelet op de expertise van de deskundige, in samenhang bezien met de feiten en de informatie uit het rapport van lansens en zijn waardering daarvan, kon hij tot zijn gemotiveerde vaststelling komen. De stelling van Profuse dat de deskundige ten onrechte heeft geoordeeld dat het rapport van lansens overtuigende argumenten aandraagt voor de onderbouwing van de stelling dat BaanERP zoals geïmplementeerd niet

geschikt is voor de automatisering van de bedrijfsvoering van Kwetters volgt de rechtbank niet.

De rechtbank heeft in haar tussenvonnis van 7 september 2005 de deskundige uitdrukkelijk verzocht een inhoudelijk oordeel te geven met betrekking tot de inhoud en de conclusies van het rapport van lansen. De deskundige komt bij de beantwoording van die vraag onder 9.8, alsmede in relatie tot hetgeen hij reeds bij 3.5 tot en met 3.5.4 in zijn rapport daaromtrent had uiteengezet, deugdelijk gemotiveerd tot de conclusie dat hij de conclusies van het rapport van lansen (in overwegende mate) juist acht.

2.25. Uit de inhoud en conclusies van de deskundige blijkt voorts, dat de deskundige in antwoord op de vraag van de rechtbank of de klachten betrekking hadden op systeem- dan wel gebruikersfouten, gemotiveerd vaststelt dat de door hem geanalyseerde en uitvoerig beschreven klachten met name systeemfouten betroffen. Dat wil zeggen dat de BaanERP programmatuur, zoals die door Profuse is geleverd, ingericht en aangevuld met maatwerk niet functioneerde conform de specificaties in de Blauwdruk.

Voorts blijkt uit de inhoud en de conclusies van het rapport dat de implementatie van het BaanERP systeem heeft geleid tot problemen met de facturatie en met betrekking tot de koppeling informatie-uitwisseling met EDI (hoofdstuk 6 en 7 van het rapport).

2.26. De deskundige komt met het oog op al deze vaststellingen tot de conclusie dat het reeds geïmplementeerde (deel van het) BaanERP systeem in september 2002 nog niet naar behoren functioneerde. De bezwaren van partijen ten aanzien van deze conclusie worden gepasseerd. De rechtbank neemt in zoverre dan ook de inhoud en de conclusies van de deskundige over en maakt die tot de hare.

2.27. Op grond van het hiervoor vermelde moet worden geconcludeerd, dat na overschrijding van de overeengekomen termijn met bijna één jaar nog steeds 44 niet ondergeschikte punten openstonden en dat ondanks het extra maatwerk en andere aangereikte oplossingen, het BaanERP systeem met betrekking tot de bedrijfsprocessen nog steeds niet zonder problemen en derhalve niet deugdelijk functioneerde. Profuse is dientengevolge tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen uit hoofde van de tussen

partijen gesloten overeenkomst tot opdracht.

De vraag of de implementatie voor de automatisering van de financiële bedrijfsvoering deugdelijk is geschied en hetgeen partijen daaromtrent hebben aangevoerd, behoeft dan ook geen bespreking meer.

2.28. De bedoelde tekortkoming is ook aan Profuse toe te rekenen.

Op grond van de inhoud van de Blauwdruk en het Plan van Aanpak, mocht Kwetters – als opdrachtgever voor de implementatie – in redelijkheid van Profuse verwachten dat Profuse – als opdrachtnemer voor de implementatie en als professioneel bedrijf met de specifieke expertise daarvoor – de opdracht tijdig en overeenkomstig het tussen partijen overeengekomene, zoals neergelegd in het Plan van Aanpak en de Blauwdruk, zou uitvoeren. Profuse heeft in dit verband weliswaar gesteld, dat de in de Blauwdruk omschreven bedrijfsprocessen onvoldoende door Kwetters zijn aangegeven, maar zij heeft onvoldoende concrete feiten en/of omstandigheden gesteld die deze conclusie zouden kunnen rechtvaardigen.

Voor zover implementatie op grond van die aangegeven bedrijfsprocessen dan wel anderszins niet mogelijk zou zijn geweest en Kwetters zelf voor het BaanERP systeem heeft gekozen, zoals Profuse stelt, had het op de weg van Profuse als professional gelegen dit aan Kwetters kenbaar te maken. Dat dit door Profuse is geschied is niet gesteld of gebleken. Integendeel, Profuse stelt immers zelf dat het BaanERP systeem voor Kwetters geschikt was en dat de implementatie op ondergeschikte punten na was afgerond.

2.29. Dat – naar Profuse stelt in haar pleitnota onder 82 – zij slechts de BaanERP software aan Kwetters behoefde te leveren en dat zij Kwetters enkel behulpzaam behoefde te zijn bij de implementatie, komt de rechtbank mede bezien in het licht van de Blauwdruk en het Plan van Aanpak, onbegrijpelijk voor. De enkele omstandigheid dat bij Kwetters enige IT-kennis voorhanden was – zoals Profuse stelt – maakt dit niet anders. Daargelaten de omvang van die IT-kennis bij Kwetters kan dit, mede bezien in het licht van het hiervoor vermelde, er niet toe leiden dat Kwetters de programmatuur ook zelf zou implementeren. Dit valt ook op geen enkele wijze af te leiden uit de Blauwdruk of het Plan van

Aanpak. Dat Kwetters bij die implementatie een belangrijke uitvoerende rol te vervullen had als opdrachtgever kan die conclusie in elk geval niet dragen. Profuse miskent daarmee haar contractuele verantwoordelijkheid als opdrachtnemer in overeenkomsten als de onderhavige, waarbij aan Profuse nu juist bij uitstek vanwege haar expertise op dit terrein, de implementatie is uitbesteed.

2.30. Daarbij acht de rechtbank het voorts van doorslaggevende betekenis dat, zoals uit het Plan van Aanpak blijkt, de projectleiding volledig in handen van Profuse lag en zij derhalve voor de implementatie eindverantwoordelijk was. Dit brengt tevens mee dat, indien – zoals Profuse stelt – Kwetters niet voortvarend genoeg te werk ging bij het testen van het BaanERP systeem en het terugkoppelen daarvan aan Profuse, het op de weg van Profuse had gelegen de voortgang van het project te bewaken en daartoe indien nodig initiatieven te ondernemen jegens Kwetters. Dat Profuse daartoe is overgegaan is onvoldoende gesteld of gebleken. Wat er ook zij van de Fixed List, de openstaande punten en de daarop te ageren partij, Profuse kan de verantwoordelijkheid voor het oplossen van die openstaande punten, gelet op het voorgaande niet bij Kwetters neerleggen.

2.31. Het hiervoor overwogene brengt tevens mee dat de rechtbank het niet noodzakelijk acht, zoals door Profuse is verzocht, (nog) een BaanERP deskundige te benoemen. De rechtbank ziet daartoe ook geen aanleiding in verband met het door Profuse als productie M bij antwoordconclusie na deskundigenbericht in het geding gebrachte rapport van A.H.C. Koedijk d.d. 27 juli 2006. Dit rapport, zoals uit de inhoud daarvan blijkt, is een verkenning die zich richt op het deskundigenbericht en is geschied op basis van de processtukken. Bovendien blijkt uit dat rapport dat die verkenning *'niet gebeurt vanuit specifieke BaanERP kennis'* maar – kennelijk – is verricht op basis van ervaring in het ERP-veld bij – thans – Atos Consulting. Het heeft daarmee onvoldoende betekenis om aan het rapport van de deskundige af te kunnen doen.

2.32. Aan het door Profuse als productie N bij antwoordconclusie na deskundigenbericht in het geding gebrachte commentaar op het deskundigenbericht, kan evenmin betekenis

worden toegekend, nu dit commentaar afkomstig is van de leverancier van BaanERP. Bovendien ontbeert dit commentaar voldoende relevantie, nu het met name ingaat op onderdelen van het deskundigenbericht die niet meer aan de orde behoeven te komen.

Tussenconclusie

2.33. Een en ander leidt tot de tussenconclusie dat Profuse toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van haar verplichtingen jegens Kwetters.

(Schuldeisers)verzuim?

2.34. Profuse heeft gesteld dat zij door Kwetters (bij aangetekende brief van 18 oktober 2002) niet deugdelijk in gebreke is gesteld omdat aan haar geen redelijke termijn is gesteld om na te komen, zodat aan haar zijde geen verzuim is ingetreden.

2.35. Die op 18 oktober 2002 aan Profuse verzonden aangetekende brief, kan naar het oordeel van de rechtbank, niet als een ingebrekestelling als bedoeld in art. 6:82 BW worden aangemerkt. In die brief wordt Profuse door Kwetters gesommeerd een garantie af te geven op basis van het bij die brief als bijlage gevoegde rapport van Jansen. Een redelijke termijn teneinde alsnog na te komen conform het tussen partijen overeengekomene bevat die brief niet.

2.36. Kwetters heeft echter aangevoerd, dat ook in het geval niet deugdelijk in gebreke is gesteld het verzuim is ingetreden aan de zijde van Profuse, omdat in de gegeven omstandigheden het beroep van Profuse op het niet deugdelijk in gebreke stellen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

2.37. De rechtbank overweegt daaromtrent als volgt.

Uit de inhoud van de bij dagvaarding als productie 6 A tot en met M overgelegde correspondentie van Kwetters aan Profuse blijkt ondubbelzinnig dat Kwetters (in ieder geval) in de periode van oktober 2001 tot augustus 2002 regelmatig aan Profuse kenbaar heeft gemaakt dat zich in verband met de implementatie van het BaanERP systeem problemen voordeden en waaruit die problemen bestonden. Tevens blijkt uit die correspondentie dat van de zijde van Kwetters ook is aangedrongen op afronding van de eerste fase van het project. Bij brief van 27 maart 2002 (als productie 6 H bij dagvaarding overgelegd) heeft Kwetters zelfs uitdrukkelijk

aan Profuse verzocht haar aan te geven per wanneer een en ander operationeel zou zijn. Die brief vermeldt immers – voor zover hier van belang:

(...)

Gelet op het feit dat het eerste kwartaal 2002 inmiddels verstreken is en Finance, Warehousing, Order Management en Central Invoicing nog niet volledig operationeel zijn, verzoek ik u mij uiterlijk 2 april antwoord te geven op de vraag per wanneer genoemde onderdelen operationeel zijn.
(...)

Bij aangetekende brief van 9 september 2002 heeft Kwetters aan Profuse bovendien uitdrukkelijk meegedeeld, dat haar vertrouwen in een goede afloop van het project sterk is afgenomen. Kwetters is zelfs overgegaan tot een tijdelijke bevrozing van het project in verband met een bezinning op de verdere voortgang ervan. Weliswaar stelt Kwetters in die brief geen termijn aan Profuse teneinde alsnog deugdelijk na te komen, maar dit neemt niet weg dat voor Profuse de strekking van die brief in de gegeven omstandigheden duidelijk moet zijn geworden. Die kan niet anders worden verstaan dan een onmiskenbaar protest aan het adres van Profuse omtrent de implementatie en het functioneren van het systeem.

Bij aangetekende brief van 18 oktober 2002 heeft Kwetters Profuse gesommeerd binnen twee weken een garantie af te geven, inhoudende dat zij de implementatie op basis van het bij die brief als bijlage gevoegde rapport van Jansen, bij Kwetters op 1 december 2002 zal zijn afgerond. Weliswaar was Profuse niet gehouden tot het afgeven van die garantie, maar dit laat onverlet dat het in ieder geval op dat moment ook aan Profuse, mede op grond van de Fixed List, kenbaar moest zijn dat het BaanERP systeem bij Kwetters nog steeds niet deugdelijk opereerde en dat Kwetters er op stond dat Profuse ervoor zou zorgen dat uiterlijk op 1 december 2002 alle functionaliteiten van het BaanERP systeem daadwerkelijk operationeel zouden zijn. Profuse heeft echter geen enkele actie ondernomen teneinde alsnog het BaanERP systeem deugdelijk operationeel te krijgen voor 1 december 2002, terwijl in de gegeven omstandigheden wel van haar had mogen worden verwacht dat zij binnen die, als redelijk aan te merken termijn, als-

nog daartoe zou overgaan. Bezien in het licht van die tussen partijen gevoerde correspondentie in aanmerking nemend de omstandigheid dat inmiddels de in het Plan van Aanpak beoogde termijn van drie maanden reeds met een termijn van meer dan één jaar was overschreden, moet worden geoordeeld, dat in de gegeven omstandigheden het door Profuse gedane beroep op het ontbreken van een ondeugdelijke ingebrekestelling naar maatstaven van redelijkheid onaanvaardbaar is. Gelet op het voorgaande en met inachtneming van de inhoud van de brief van 18 oktober 2002 heeft voorts te gelden dat Profuse in elk geval op 1 december 2002 in verzuim is geraakt.

2.38. Profuse heeft zich voorts nog op het standpunt gesteld dat aan de zijde van Kwetters sprake is van schuldeisersverzuim. Zij heeft daartoe gesteld, dat Kwetters bij de door haar bij brief van 9 september 2002 eenzijdig opgelegde 'time out' de nakoming door Profuse heeft verhinderd.

2.39. Die stelling van Profuse kan niet slagen. Profuse heeft onvoldoende concrete feiten en/of omstandigheden gesteld op grond waarvan moet worden aangenomen dat Kwetters de noodzakelijke medewerking op dat moment hoe dan ook niet langer wenste te verlenen. De enkele omstandigheid dat Kwetters, zoals uit de inhoud van de brief van 9 september 2002 valt af te leiden, kennelijk een termijn voor be raad wenste brengt dit niet mee. Integendeel, als overwogen had Profuse daaruit moeten afleiden dat het Kwetters ernst was met haar klachten ten aanzien van het implementatietraject. De gelegenheid die Profuse nadien is geboden om alsnog na te komen heeft zij niet gegrepen.

2.40. Profuse heeft, onder verwijzing naar de door haar als productie F bij conclusie van antwoord in conventie, conclusie van eis in reconventie, in het geding gebrachte documentatie, tevens gesteld dat sprake is van schuldeisersverzuim omdat Kwetters de door Profuse aangedragen oplossingen te traag testte.

2.41. Naar het oordeel van de rechtbank is echter onvoldoende gesteld en gebleken, dat Kwetters geen noodzakelijke medewerking heeft verleend aan het testen van de door Profuse aangedragen oplossingen. Uit de door Profuse in het geding gebrachte documentatie, die slechts op één concreet geval

betrekking heeft, blijkt dit niet. Integendeel, daaruit blijkt immers dat Kwetters de door Profuse aangedragen oplossing heeft getest, maar dat dit uiteindelijk geen oplossing voor het probleem bleek te zijn. Uit die productie blijkt tevens, dat Profuse het probleem niet zelf wist op te lossen, maar de 'case' heeft doorverwezen naar Baan support, hetgeen kennelijk enige tijd in beslag heeft genomen. Dat dit aan traagheid aan de zijde van Kwetters is toe te rekenen blijkt echter niet.

2.42. Profuse heeft in dit verband, onder verwijzing naar de als productie G bij conclusie van antwoord in conventie, conclusie van eis in reconventie, in het geding gebrachte e-mail, ten slotte gesteld dat Kwetters de overeengekomen procedures onvoldoende toepaste. De enkele omstandigheid dat, zoals blijkt uit de door Profuse in het geding gebrachte e-mail, Kwetters kennelijk nog niet alle 'oude EDI-orders' had afgehandeld, brengt dit niet mee. Niet gesteld of gebleken is immers dat het niet afhandelen van deze orders aan Kwetters is toe te rekenen, hetgeen ook niet eenduidig volgt uit de inhoud van die e-mail. Verdere onderbouwing van die stelling is door Profuse achterwege gebleven.

2.43. Het hiervoor overwogene leidt er derhalve toe, dat van het door Profuse gestelde schuldeisersverzuim als bedoeld in art. 6:58 BW geen sprake is. Het verzuim aan de zijde van Profuse is derhalve op 1 december 2002 ingetreden.

Ontbinding gerechtvaardigd?

2.44. Profuse heeft, mede gezien in het licht van het hiervoor overwogene onder 2.20 e.v., onvoldoende concrete feiten en/of omstandigheden gesteld, die tot de conclusie zouden kunnen leiden dat de tekortkoming, bestaande uit het niet deugdelijk implementeren van een essentieel onderdeel van het BaanERP systeem, de ontbinding niet rechtvaardigt.

Tussenconclusie

2.45. Het hiervoor overwogene leidt ertoe, dat Kwetters bij brief van 10 december 2002 terecht de buitengerechtelijke ontbinding heeft ingeroepen. De door Kwetters in conventie onder a gevorderde verklaring voor recht dat de tussen Kwetters en Profuse op 9 april 2001 gesloten overeenkomst(en) die verband houden met de implementatie

van het BaanERP systeem bij brief van 10 december 2002 buitengerechtelijk is (zijn) ontbonden, is dan ook toewijsbaar.

2.46. De ontbinding van die tussen partijen gesloten overeenkomsten leidt er tevens toe dat overeenkomstig het bepaalde in art. 6:271 BW Kwetters niet langer gehouden is haar prestaties uit de tussen partijen gesloten overeenkomst te voldoen en voorts dat Profuse gehouden is de door Kwetters reeds voor de datum van ontbinding geleverde prestaties ongedaan te maken.

2.47. Daar staat tegenover dat ook Profuse recht houdt op ongedaanmaking van de door haar reeds voor de datum van ontbinding geleverde prestaties.

Profuse heeft in haar conclusie van dupliek in conventie onder 48 naar voren gebracht, dat Kwetters het haar geleverde product wil terugleveren, maar dat het met name om uren die 'verkochte' zijn gaat, die niet zijn terug te leveren.

2.48. De rechtbank merkt ten aanzien van het door Profuse naar voren gebrachte op, dat op grond van het bepaalde in art. 6:272 BW een verbintenis tot waardevergoeding ontstaat indien de aard van de prestatie de ongedaanmaking uitsluit. Op grond van het bepaalde in het tweede lid van dat artikel wordt echter, indien de prestatie niet aan de verbintenis beantwoordt, de vergoeding beperkt tot het bedrag van de waarde die de prestatie voor Kwetters in de gegeven omstandigheden werkelijk heeft gehad.

Daargelaten dat Profuse geen enkele (juridische) consequentie aan haar stelling verbindt en zij voorts die stelling niet nader concretiseert, overweegt de rechtbank dat, gezien in het licht van het hiervoor overwogene, geoordeeld moet worden dat de door Profuse verrichte diensten voor Kwetters niet tot een bruikbaar resultaat hebben geleid, zodat die prestatie van Profuse voor haar van geen waarde is. Het bedrag van die prestatie door Profuse moet in de gegeven omstandigheden dan ook op nihil worden gesteld.

2.49. Het hiervoor overwogene leidt ertoe, dat de vordering van Kwetters tot betaling door Profuse van de reeds door Kwetters aan haar betaalde gefactureerde bedragen op grond van de verbintenis tot ongedaanmaking voor toewijzing vatbaar is.

Profuse heeft in dit verband gesteld,

hetgeen door Kwetters niet is betwist, dat Kwetters op grond van de ongedaanmakingsverplichting tevens een bedrag aan gefactureerde bedragen van in totaal € 25 948,92, inclusief btw, in conventie vordert, terwijl dit bedrag nog niet door Kwetters aan haar is voldaan. Profuse vordert dit bedrag ook in reconventie van Kwetters.

Geoordeeld moet worden dat, zoals ook Profuse heeft aangevoerd, Kwetters dit bedrag niet op grond van de verbintenis tot ongedaanmaking van Profuse kan vorderen, nu zij dit bedrag nog niet aan Profuse heeft voldaan. Dit neemt echter niet weg dat nu Kwetters op grond van de omstandigheid dat de overeenkomst tussen partijen is ontbonden van haar verdere verplichtingen jegens Profuse is bevrijd, zij niet langer gehouden is het door Profuse in reconventie gevorderde bedrag, daaronder begrepen het bedrag van € 25 948,92, inclusief btw, aan haar te voldoen.

Tussenconclusie

2.50. Het door Kwetters in conventie onder b gevorderde bedrag in verband met de ongedaanmakingsverplichting van Profuse zal derhalve tot een bedrag van € 309 054 inclusief btw (€ 335 002,92, inclusief btw, minus € 25 958,92, inclusief btw) worden toegewezen.

2.51. De door Profuse in reconventie gevorderde betaling van de door haar aan Kwetters gefactureerde bedragen die door Kwetters onbetaald zijn gelaten, moet, nu Kwetters bevrijd is van haar verplichtingen jegens Profuse, worden afgewezen de door Kwetters in conventie gevorderde schadevergoeding.

2.52. Kwetters vordert in conventie een bedrag aan schadevergoeding van in totaal € 390 193,72. Zij heeft haar vordering als volgt gespecificeerd:

1. kosten in verband met de aanschaf van een extra server voor het BaanERP systeem ten bedrage van € 44 924,24 (f 90 000), exclusief btw;
2. kosten extra personeel in verband met problemen rond implementatie van het BaanERP systeem, bestaande uit:
 - kosten voor de heer Betbejano, via detachingsbureau A-Decom ten bedrage van € 4477,50;
 - kosten voor de heer Van Zon via personeelintermediair Aatop ten bedrage van € 22 118,73;

- kosten voor de heer Van Zon als werknemer bij Kwetters in de periode van 1 juni 2002 tot en met 31 maart 2003 ten bedrage van € 56 147,73;
 - het inhuren van mevrouw A. Bouwman bij Randstad ten bedrage van € 4192,10;
 - kosten in verband met werkzaamheden door Rozis (EDI specialist) ten bedrage van € 840;
 - kosten Jansen MI Consultants ten bedrage van € 36 625, exclusief btw;
3. de door Kwetters gedane investeringen in het BOS systeem ten bedrage van € 217 167,98.

Algemene voorwaarden

2.53. Profuse heeft zich tegen de vordering tot schadevergoeding van Kwetters primair verweerd met de stelling dat zij op grond van het bepaalde in art. 10 lid 2 van de op de met Kwetters gesloten overeenkomst toepasselijke voorwaarden van Profuse niet gehouden is tot vergoeding van enige schade, omdat Kwetters de overeenkomst heeft ontbonden en subsidiair dat zij slechts gehouden is tot vergoeding van de directe schade tot maximaal het bedrag van de door de overeenkomst bedongen prijs.

2.54. Kwetters heeft daarentegen primair gesteld dat de algemene voorwaarden van Profuse geen onderwerp zijn geweest van de onderhandelingen tussen partijen, dat Kwetters bij het sluiten van de overeenkomsten niet bekend was met de zeer eenzijdige bedingen in de algemene voorwaarden van Profuse en dat zij niet wist dat er algemene voorwaarden van Profuse in het spel waren.

Subsidiair heeft Kwetters zich op het standpunt gesteld, dat het door Profuse gedane beroep op het exoneratiebeding van art. 10 lid 2 van de algemene voorwaarden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

2.55. Het primaire standpunt van Kwetters kan niet slagen. Kwetters concretiseert die stelling onvoldoende en verbindt daar een juridische grondslag noch een juridische consequentie aan.

Voor zover Kwetters heeft beoogd te stellen dat de door Profuse gehanteerde voorwaarden niet toepasselijk zijn dient die vraag te worden beantwoord overeenkomstig het bepaalde in art. 6:217

e.v. BW omtrent aanbod en aanvaarding.

Blijkens art. 16 van de tussen partijen gesloten 'Licentieovereenkomst' is aan Kwetters een exemplaar van de algemene voorwaarden ter hand gesteld en heeft Kwetters zich met deze algemene voorwaarden akkoord verklaard. Dit in aanmerking nemend moet worden geoordeeld, nu de stellingen van Kwetters zich niet tegen deze bepaling van de overeenkomst richten, zij ten tijde van het sluiten van de overeenkomst die algemene voorwaarden van Profuse heeft aanvaard althans dat Profuse, nu niet gesteld of gebleken is dat Kwetters op enige wijze heeft geprotesteerd, bij Profuse het gerechtvaardigd vertrouwen heeft gewekt dat zij instemde met de toepasselijkheid van de door Profuse gehanteerde voorwaarden. Dit te meer nu Kwetters als grote onderneming zelf ook algemene voorwaarden hanteert en daarom op de toepasselijkheid ervan zonder meer bedacht had moeten zijn. Die algemene voorwaarden van Profuse maken derhalve deel uit van het tussen partijen overeengekomene.

2.56. De vraag die thans moet worden beoordeeld is of het beroep van Profuse op de in art. 10 lid 2 van de algemene voorwaarden neergelegde exoneratie, op grond van art. 6:248 lid 2 BW naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, zoals door Kwetters is gesteld.

2.57. Kwetters heeft daartoe aangevoerd, dat:

- (i) op grond van het bepaalde in art. 6:236 aanhef en onder b BW een beding dat de bevoegdheid tot ontbinding uitsluit of beperkt verboden is, van welke bepaling een aanzienlijke reflexwerking uitgaat;
- (ii) zij de bepaling uit de algemene voorwaarden bij de totstandkoming van de overeenkomst niet met Profuse heeft besproken en zij de bepaling derhalve niet kende, althans de strekking van het beding niet begreep;
- (iii) zij voor de implementatie van het BaanERP systeem volledig afhankelijk was van de expertise van Profuse;
- (iv) zij een groot belang had bij het slagen van de implementatie, mede gelet op de investeringen die Kwetters in het systeem (en de voorloper BOS) had gedaan;
- (v) de ernst van de tekortkoming mee-

brengt dat het beding buiten toepassing moet worden gelaten;

- (vi) het beding schadevergoeding voor de ontbindende partij uitsluit, hetgeen een afnemer dwingt de overeenkomst in stand te houden, terwijl de essentiële prikkel voor Profuse om na te komen is weggevallen;
- (vii) zij ernstige schade heeft geleden;
- (viii) de exoneratie zich slecht verhoudt met de door Profuse afgegeven garantie voor de software (art. 7 Software Licentieovereenkomst).

2.58. De door Kwetters gestelde omstandigheden, zowel afzonderlijk als in samenhang bezien, kunnen niet tot de conclusie leiden dat het door Profuse gedane beroep op het exoneratiebeding in art. 10 lid 2 van haar algemene voorwaarden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

Daartoe wordt als volgt overwogen.

2.59. Het bepaalde in art. 6:236 aanhef en onder b BW ziet op een beding dat de bevoegdheid uitsluit of beperkt.

Daarvan is in art. 10 lid 2 van de algemene voorwaarden van Profuse geen sprake. De *bevoegdheid* tot ontbinding wordt niet uitgesloten of beperkt. De enkele omstandigheid, dat indien voor ontbinding van de overeenkomst wordt geopteerd, de algemene voorwaarden de verplichting tot schadevergoeding uitsluit, tast de bevoegdheid tot ontbinding op zich zelf immers niet aan.

Kwetters diende voorts als grote en professionele wederpartij erop bedacht te zijn dat Profuse een exoneratiebeding in haar algemene voorwaarden had opgenomen teneinde – juist in de situatie dat zij zou tekortschieten – haar aansprakelijkheid uit te sluiten of te beperken. Kwetters maakt ook zelf in het handelsverkeer gebruik van algemene voorwaarden, waarin een exoneratiebeding is opgenomen. Daar komt nog bij dat professionele partijen ook niet gehouden zijn elkaar te informeren over het bestaan en de inhoud van een exoneratie. De exoneratie leidt er ook niet toe, dat – zoals Kwetters heeft betoogd – de financiële prikkel tot nakoming wordt weggenomen.

De door Kwetters gedane verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad 14 juni 2002 (*NJ* 2003, 112) gaat niet op, nu dit arrest op een geheel andere situatie ziet dan de onderhavige. In dat geval werd immers in de algemene

voorwaarden de financiële prikkel tot nakoming ontnomen, omdat de wederpartij zijn betalingsverplichting op grond van de algemene voorwaarden niet kon opschorten bij niet-nakoming. Uit de inhoud van het onderhavige exoneratiebeding blijkt daarentegen dat Profuse als uitgangspunt neemt dat zij in de gelegenheid moet worden gesteld om alsnog na te komen. Dat uitgangspunt leidt ertoe dat zij wel de mogelijkheid openlaat de overeenkomst te ontbinden maar onder de voor haar minst bezwarende omstandigheden indien zij door ontbinding, niet langer in de gelegenheid is om na te komen, te weten zonder het recht op schadevergoeding.

Dat die bepaling dwingt tot instandhouding van de overeenkomst en dat een financiële prikkel wordt ontnomen om alsnog na te komen, volgt dan ook niet uit die bepaling.

Dat de exoneratie zich slecht verhoudt met de door Profuse afgegeven garantie voor de software volgt de rechtbank niet. Daargelaten dat Kwetters die stelling niet nader heeft onderbouwd, kan die stelling van Kwetters niet slagen omdat die in art. 7 van de Licentieovereenkomst vermelde garantie blijkens de inhoud van die bepaling ziet op de licentie van de programmatuur en voorts slechts afdwingbaar is indien 'de Programmatuur op deugdelijke wijze is geïmplementeerd'. Daarvan is het onderhavige geval evenwel geen sprake. Dat Kwetters volledig van de expertise van Profuse afhankelijk was en zij groot belang had bij het slagen van het BaanERP systeem, is wellicht op zich zelf genomen juist. Dit neemt echter niet weg dat van een organisatie als Kwetters mag worden verwacht, dat zij zich uitgebreid oriënteert en voor zover nodig laat voorlichten door deskundigen. Dit geldt temeer nu zij, zoals zij ook zelf stelt, groot belang had bij implementatie. Dat Kwetters indien noodzakelijk kon beschikken over expertise met betrekking tot de implementatie blijkt ook uit de omstandigheid dat zij uiteindelijk de expertise van lansen heeft ingeroepen. Daar komt voorts bij dat in het Plan van Aanpak tevens was voorzien in een projectorganisatie waarop Kwetters, al dan niet na zich door een externe deskundige te hebben laten informeren, haar zienswijze kon inbrengen.

2.60. Ook de ernst van de tekortkoming, kan er niet toe leiden dat in de

gegeven omstandigheden geen beroep kan worden gedaan door Profuse op het exoneratiebeding. Alhoewel de tekortkoming de ontbinding rechtvaardigt, is onvoldoende gesteld of gebleken dat van opzet of bewuste roekeloosheid aan de zijde van Profuse sprake is, dan wel dat Profuse een zodanig ernstig verwijt van die tekortkoming kan worden gemaakt, dat de exoneratie in de gegeven omstandigheden buiten toepassing moet worden gelaten. Dit geldt temeer nu Profuse juist voor een situatie als de onderhavige heeft beoogd haar aansprakelijkheid voor schade uit te sluiten dan wel te beperken, op welke exoneratie, zoals hiervoor onder 2.62 is overwogen, Kwetters bedacht kon zijn. Dit geldt evenzeer voor hetgeen Kwetters onder 2.60 sub (vii) heeft betoogd. Een exoneratiebeding beoogt immers juist de aansprakelijkheid voor (ernstige) schade te beperken.

2.61. Kwetters heeft in verband met haar beroep op het bepaalde in art. 6:248 lid 2 BW nog verwezen naar het arrest van het Hof Amsterdam 22 november 2001 (Rechtspraak.n1, L/JN AD7868) en naar het arrest van het Hof Leeuwarden 12 februari 2003 (NJ 2003, 277).

Die arresten zien echter op andere situaties dan de onderhavige. In de zaak bij het Gerechtshof te Amsterdam ging het immers om een charitatieve instelling die zelf geen gebruik maakte van algemene voorwaarden en in de zaak bij het Gerechtshof te Leeuwarden betrof het een 'kleine onderneming' en derhalve niet een onderneming als bedoeld in art. 6:235 BW, terwijl Kwetters een grote professionele onderneming als bedoeld in art. 6:235 BW is en ook zelf algemene voorwaarden met een exoneratie hanteert. Een verwijzing naar die arresten kan Kwetters dan ook niet baten.

Tussenconclusie

2.62. Nu Profuse zich in de gegeven omstandigheden terecht op haar exoneratie beroept, is zij niet gehouden tot vergoeding van de door Kwetters gevorderde schade. In zoverre dient het door Kwetters in conventie gevorderde dan ook te worden afgewezen.

Buitengerechtelijke incassokosten en wettelijke rente

2.63. Kwetters heeft in conventie een bedrag aan buitengerechtelijke kosten gevorderd, dit op grond van het rapport

Voorwerk II. Daargelaten de vraag of de op grond van art. 6:96 BW gevorderde schadevergoeding buiten de werkingssfeer van art. 10 lid 2 van de algemene voorwaarden van Profuse valt (gelet op de stellingen van partijen gaan zij er kennelijk van uit dat art. 10 lid 2 van de algemene voorwaarden niet op die kosten ziet), is de vordering tot vergoeding van buitengerechtelijke kosten op basis van het rapport Voorwerk II niet voor toewijzing vatbaar. Kwetters heeft onvoldoende gesteld dat zij deze kosten daadwerkelijk heeft gemaakt en dat die kosten betrekking hebben op verrichtingen die meer omvatten dan een enkele aanmaning, het enkel doen van een schikkingsvoorstel, het inwinnen van eenvoudige inlichtingen of het op gebruikelijke wijze samenstellen van het dossier.

De door Kwetters gevorderde buitengerechtelijke kosten in verband met het door Jansen opgestelde rapport en de uren die werknemers van Kwetters hebben besteed om tot een oplossing van de problemen te komen zijn niet voor toewijzing vatbaar, nu Kwetters die kosten niet deugdelijk heeft gespecificeerd terwijl zij daartoe in deze procedure meer dan voldoende gelegenheid heeft gehad.

2.64. De door Kwetters in conventie gevorderde wettelijke rente vanaf 17 december 2002 is voor toewijzing vatbaar, gelet op hetgeen omtrent het verzuim van Profuse is overwogen.

Slotsom

2.65. Op grond van het hiervoor overwogene komt de rechtbank tot de navolgende slotsom.

In conventie

2.66. Kwetters heeft terecht bij brief van 10 december 2002 de buitengerechtelijke ontbinding ingeroepen, zodat de door Kwetters gevorderde verklaring voor recht dat de tussen Kwetters en Profuse op 9 april 2001 gesloten overeenkomst(en) die verband houden met de implementatie van het BaanERP systeem bij brief van 10 december 2002 buitengerechtelijke zijn ontbonden, zal worden toegewezen.

2.67. Het door Kwetters gevorderde bedrag in verband met de ongedaanmakingsverplichting van Profuse is tot een bedrag van € 309.054 inclusief btw toewijsbaar, zulks vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 17 december 2002 tot aan de dag van de voldoening.

2.68. De door Kwetters gevorderde schadevergoeding zal worden afgewezen, omdat het beroep van Profuse op haar exoneratie slaagt.

2.69. Profuse zal als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten, daaronder tevens begrepen de kosten van het deskundigenbericht, dat door Kwetters als voorschot volledig is voldaan. Omdat een aanzienlijk deel van het gevorderde bedrag wordt afgewezen, begroot de rechtbank de proceskosten aan de zijde van Kwetters op basis van het toegewezen bedrag op:

– dagvaarding	€ 68,20
– overige exploitkosten	0,00
– vast recht	3 863,00
– getuigenkosten	0,00
– deskundigen	27 583,61
– overige kosten	0,00
– salaris procureur	14 000,00 (7,0 punt × tarief € 2 000,00)
Totaal	€ 45 514,81

In reconventie

2.70. De door Profuse gevorderde betaling van de door haar aan Kwetters gefactureerde bedragen van € 245 602 die door Kwetters onbetaald zijn gelaten, moet worden afgewezen.

2.71. Profuse zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van Kwetters worden begroot op:

– exploitkosten	€ 0,00
– getuigenkosten	0,00
– deskundigen	0,00
– overige kosten	0,00
– salaris procureur	7 000,00 (7,0 punten × factor 0,5 × tarief € 2 000,00)
Totaal	€ 7 000,00

3. De beslissing

De rechtbank

In conventie:

3.1. verklaart voor recht dat de tussen Kwetters en Profuse op 9 april 2001 gesloten overeenkomst(en) die verband houden met (de implementatie van het) BaanERP systeem bij brief van 10 december 2002 zijn ontbonden;

3.2. veroordeelt Profuse om aan Kwetters te betalen een bedrag van € 309 054 (driehonderdnegenduizendvierenvijftig euro) inclusief btw, vermeerderd met de wettelijke rente over het toegewezen bedrag vanaf 17 december 2002 tot de dag van volledige betaling;

3.3. veroordeelt Profuse in de proces-

kosten, daaronder tevens begrepen de kosten van het deskundigenbericht, aan de zijde van Kwetters tot op heden begroot op € 45 514,81;

3.4. verklaart dit vonnis wat betreft de onder 3.2 en 3.3 genoemde beslissingen uitvoerbaar bij voorraad;

3.5. wijst het meer of anders gevorderde af.

In reconventie:

3.6. wijst de vorderingen af;

3.7. veroordeelt Profuse in de proceskosten, aan de zijde van Kwetters tot op heden begroot op € 7000.

Noot

1. Inleiding

Profuse, volgens haar website toentertijd een ICT-bedrijf gespecialiseerd in het implementeren van BaanERP, sluit een overeenkomst met Kwetters, een leverancier van eieren. Op grond van de overeenkomst dient Profuse bij Kwetters BaanERP te implementeren. Profuse begint in april 2001 met haar werkzaamheden voor Kwetters. Partijen hebben als doel dat het systeem op 1 juli 2001 operationeel is. Het systeem gaat uiteindelijk op 1 januari 2002 operationeel. Op 27 juni 2002 staan nog 44 punten open. Op 9 september 2002 bericht Kwetters aan Profuse dat haar vertrouwen in de goede afloop van het project sterk is afgenomen. Op die datum gaat Kwetters ook over tot een tijdelijke bevrozing van het project teneinde zich te bezinnen op de voortgang. Kwetters sommeert Profuse op 18 oktober 2002 binnen twee weken een garantie af te geven dat de implementatie op 1 december 2002 zal zijn afgerond. Op 10 december 2002 ontbindt Kwetters de overeenkomst buitengerechtelijk. Kwetters vordert een verklaring voor recht dat de overeenkomst terecht buitengerechtelijk is ontbonden, terugbetaling van (uiteindelijk) € 309 054 en een schadevergoeding ten bedrage van € 390 193,72.

Profuse verweert zich met de volgende stellingen: (i) Profuse is niet tekortgeschoten in de nakoming van de op haar rustende verplichtingen; (ii) Kwetters heeft Profuse niet deugdelijk in gebreke gesteld; (iii) Kwetters verkeert onder andere in schuldeisersverzuim omdat Profuse sinds de bevrozing van het project op 9 september 2002 niet kon nakomen; (iv) de tekortkoming rechtvaardigt de ontbinding niet; en (v)

Profuse is niet gehouden tot schadevergoeding omdat art. 10 lid 2 van haar algemene voorwaarden bepaalt dat zij niet tot vergoeding van enige schade verplicht is als Kwetters de overeenkomst heeft ontbonden. In het hierna volgende zal ik bespreken hoe de rechtbank na deskundigenbericht oordeelt over de stellingen betreffende tekortschieten, ingebrekestelling, ontbinding en exoneratie.¹

2. Tekortkoming

De rechtbank oordeelt, in navolging van de deskundige, kort gezegd dat na overschrijding van de implementatietermijn met bijna een jaar nog 44 punten openstaan die de primaire processen van Kwetters raken en de goede werking van de software verhinderen, dat ondanks extra maatwerk het BaanERP-systeem nog steeds niet zonder problemen en dus niet deugdelijk functioneert en dat Profuse derhalve toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van de op haar rustende verplichtingen. Met betrekking tot de verhouding tussen partijen oordeelt de rechtbank dat Kwetters, als opdrachtgever, in redelijkheid van Profuse mocht verwachten dat Profuse, als opdrachtnemer voor de implementatie en als professioneel bedrijf met specifieke expertise daarvoor, de opdracht tijdig en overeenkomstig het overeengekomene zou uitvoeren. Met betrekking tot die verhouding oordeelt de rechtbank ook dat de projectleiding in handen van Profuse lag en dat zij op grond daarvan voor de implementatie eindverantwoordelijk was. De wederzijdse verhoudingen aldus schetsend, verbaast het niet dat de rechtbank het verweer van Profuse dat Kwetters haar bedrijfsprocessen onvoldoende heeft aangegeven, passeert. Voor zover implementatie op basis van de aangegeven bedrijfsprocessen niet mogelijk zou zijn geweest, had het op de weg van Profuse als professional gelegen dit aan Kwetters kenbaar te maken, aldus de rechtbank. Dit oordeel ligt in de lijn van een reeks uitspraken op grond waarvan de leverancier onderzoek moet instellen naar de bruikbaarheid van zijn oplossing voor de afne-

¹ Voor het oordeel van de rechtbank over de overige stellingen verwijs ik korthedshalve naar de uitspraak zelf.

mer,² de omgeving waarin deze oplossing zal worden geïmplementeerd³ en de bedrijfsstructuur van het te automatiseren bedrijf.⁴

Op basis van die schets verbaast het evenmin dat de rechtbank oordeelt dat als Kwetters – zoals Profuse stelt – het systeem niet voortvarend genoeg testte en de resultaten daarvan niet voortvarend genoeg terugkoppelde aan Profuse, het op de weg van Profuse had gelegen de voortgang van het project te bewaken en daartoe het initiatief te nemen. Ook dit past in de rechtspraak op grond waarvan de leverancier als projectleider de regels van projectmanagement in acht moet nemen⁵ en de afnemer er (proactief) van moet weerhouden een verkeerde richting in te slaan door waarschuwend op te treden.⁶

3. Ingebrekestelling

Verzuim is nodig voor ontbinding (tenzij nakoming tijdelijk of blijvend onmogelijk is, zie art. 6:265 BW) en schadevergoeding (tenzij nakoming reeds blijvend onmogelijk is, zie art. 6:74 BW). Hoofregel is dat verzuim pas intreedt nadat de schuldeiser, in dit geval Kwetters, een schriftelijke aanmaning aan de schuldenaar, in dit geval Profuse, heeft gestuurd waarbij een redelijke termijn voor de nakoming wordt gesteld en nakoming binnen die termijn uitblijft (art. 6:82 lid 1 BW). De brief die Kwetters op 18 oktober 2002 naar Profuse stuurde kan volgens de rechtbank niet als een zodanige ingebrekestelling worden beschouwd.

Als het verzuim evenmin is ingetreden zonder ingebrekestelling op grond van de in art. 6:83 BW omschreven omstandigheden (bijvoorbeeld bij overschrijding van een fatale termijn), zijn er voor de schuldeiser twee mogelijkheden om zich aan het vereiste van de ingebrekestelling te onttrekken. De eerste is een extra grond te verzinnen op grond waarvan het verzuim zonder ingebrekestelling intreedt, daarbij betogend dat de opsomming van art. 6:83 BW niet limitatief is⁷; de tweede dat het beroep op het ontbreken van een ingebrekestelling in casu naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (art. 6:248 lid 2 BW).⁸ De rechtbank kiest voor de tweede optie en acht bepalend: (i) dat uit de bevestiging van het project op 9 september 2002 een onmiskenbaar protest omtrent de implementatie en het functioneren van het systeem blijkt; (ii) dat

uit de brief van 18 oktober 2002 voor Profuse duidelijk moest zijn dat Kwetters erop stond dat alle functionaliteiten van BaanERP uiterlijk op 1 december 2002 operationeel zouden moeten zijn; en (iii) dat de implementatietermijn van drie maanden inmiddels met meer dan een jaar was overschreden. Vervolgens oordeelt de rechtbank dat: ‘Gelet op het voorgaande en met inachtneming van de inhoud van de brief van 18 oktober 2002 (...) Profuse in elk geval op 1 december 2002 in verzuim is geraakt.’ Interessant. Eerst kwalificeert de brief van 18 oktober 2002 niet als ingebrekestelling, vervolgens leidt die brief er alsnog toe dat het verzuim intreedt op de uiterste datum die in de brief van 18 oktober 2002 wordt genoemd, te weten 1 december 2002. Op zich valt deze redenering wel recht te praten. Door een beroep op het ontbreken van een ingebrekestelling onaanvaardbaar te achten, is de rechtbank niet meer gebonden aan de strenge vereisten die art. 6:82 BW daaraan stelt en mag zij de brief van 18 oktober 2002 gebruiken zoals haar goed dunk. Aan een brief die geen ingebrekestelling is kan dus, onder omstandigheden, wel quasi-ingebrakstellende kracht worden toegekend en kan aldus tot verzuim leiden.

4. Ontbinding

Dat de rechtbank gezien het bovenstaande concludeert dat er geen sprake van is dat de tekortkoming de ontbinding niet rechtvaardigt, viel te verwachten. Aardig is vooral de vraag welke gevolgen de rechtbank aan de ontbinding verbindt. Dat een ontbinding partijen bevrijdt van de daardoor getroffen verbintenissen (art. 6:271 BW) is zonneklaar. Dat een waardevergoeding in de plaats treedt van prestaties die naar hun aard niet ongedaan kunnen worden gemaakt (art. 6:272 BW) blijkt in de praktijk vaak tot problemen te leiden, zoals ik in eerdere noten constateerde.⁹

In een van deze twee eerdere noten vatte ik de twee gevallen van waardevergoeding als volgt samen. In het eerste geval beantwoordt de prestatie wel aan de verbintenis (art. 6:272 lid 1 BW), bijvoorbeeld als de leverancier ontbindt omdat de afnemer ten onrechte niet betaalt.¹⁰ In dat geval moet volgens de parlementaire geschiedenis worden uitgegaan van de waarde die in het economische leven aan de prestatie wordt toegekend (objectieve waarde).¹¹ In de

regel is die waarde gelijk aan de contractsprijs.¹² In het tweede geval beantwoordt de prestatie niet aan de verbintenis (art. 6:272 lid 2 BW), zoals in het onderhavige geval. In dat geval moet, aldus de wettekst, de waarde worden vergoed die de prestatie voor de ontvanger op het tijdstip van ontvangst werkelijk heeft gehad (subjectieve waarde). Ondanks het subjectieve uitgangspunt zullen daarbij objectieve normen bepalend zijn.¹³

De rechtbank oordeelt dat ‘de door Profuse verrichte diensten voor Kwetters niet tot een bruikbaar resultaat hebben geleid, zodat die prestatie van

2 Raad van Arbitrage voor Metaalnijverheid en -Handel 12 oktober 1979, *TvA* 1980, 1, p. 18 (*Magneetkaart*).

3 HR 11 november 1983, *NJ* 1984, 298 (*Broere/Olivetti*).

4 Hof 's-Gravenhage 8 maart 1984, *Computerrecht* 1984/2, p. 29 (*RBC/Brinkers*), bekrachtigd door HR 11 april 1986, *Computerrecht* 1986/3, p. 174 (*RBC/Brinkers*).

5 Hof Amsterdam 22 november 2001, *Computerrecht* 2002/2, p. 94 (*KIN/Capgemini*).

6 Geschillencommissie Automatisering 12 juni 1997, *Computerrecht* 2001/6, p. 315 (*Breikant*).

7 C.J. van Zeben, J.W. du Pon & M.M. Olthof, *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek. Boek 6. Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1981, p. 294 (T.M.).

8 HR 4 oktober 2002, *NJ* 2003, 257 (*Fraanje/Götte*).

9 T.J. de Graaf, Noot bij 'Rb. 's-Hertogenbosch 13 april 2005 (*Steinz/Kluwer*)', *Computerrecht* 2006, 9, p. 52-54 en T.J. de Graaf, Noot bij 'Rb. 's-Hertogenbosch 11 januari 2006 (*OGP/Van Mierlo*)', *Computerrecht* 2006, 72, p. 164-166.

10 T. Hartlief, *Ontbinding. Over ongedaanmaking, bevrijding en rechterlijke bevoegdheden bij ontbinding wegens wanprestatie* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1994, p. 51.

11 C.J. van Zeben, J.W. du Pon & M.M. Olthof, *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek. Boek 6. Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1981, p. 1031 (T.M.) (voor ontbinding) en p. 818-819 (T.M.) (voor de daarop lijkende regeling bij onverschuldigde betaling).

12 T. Hartlief in: C.J.H. Brunner & E.H. Hondius (red.), *Verbintenissenrecht* (losbl.), art. 272, aant. 3, Deventer: Kluwer, en (impliciet) A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel II. Algemene leer der overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2005, nr. 531. Zie ook G.J.P. de Vries, *Recht op nakoming en schadevergoeding en ontbinding wegens tekortkoming* (Studiepockets Privaatrecht nr. 32), Deventer: Kluwer 1997, p. 177-178 die meent dat in dat geval altijd de contractsprijs als grondslag dient te worden gebruikt.

13 C.J.H. Brunner & G.T. de Jong, *Verbintenissenrecht algemeen* (Studiereeks burgerlijk recht nr. 4), Deventer: Kluwer 2004, nr. 246.

Profuse voor haar van geen waarde is', en stelt het bedrag van die prestatie daarom op nihil. Daarentegen dient Profuse alle door Kwetters aan haar betaalde bedragen terug te betalen.

5. Exoneratie

Tegen Profuse's beroep op de in haar algemene voorwaarden opgenomen exoneratie voert Kwetters aan dat partijen niet hebben onderhandeld over de algemene voorwaarden, Kwetters niet bekend was met de daarin opgenomen eenzijdige bedingen en dat zij niet wist dat er algemene voorwaarden in het spel waren. Met die argumenten maakt de rechtbank korte metten. Uit een artikel in de overeenkomst waarin staat dat aan Kwetters de algemene voorwaarden ter hand zijn gesteld en Kwetters zich daarmee akkoord verklaart, leidt de rechtbank bij gebreke aan protest tegen dat artikel af dat Kwetters bij Profuse het gerechtvaardigde vertrouwen wekte dat zij met de toepasselijkheid van die voorwaarden instemde, mede gezien het feit dat Kwetters daartegen niet protesteerde en mede gezien het feit dat Kwetters als grote onderneming zelf ook algemene voorwaarden hanteert. Hoewel ik me afvraag of de rechtbank aan die verklaring fictie zo'n waarde mag hechten, kan ik me in het resultaat vinden. De algemene voorwaarden titel gaat immers uit van snelle gebondenheid (art. 6:232 BW), voor *Holleman/De Klerk*¹⁴ en *Bouma/Cavo*-achtige¹⁵ verweren ('het beding is van zodanige inhoud dat mijn toestemming niet geacht kan worden op toepasselijke verklaring daarvan gericht te zijn') is in ons huidige BW mijns inziens geen plaats en de informatieplicht van art. 6:233 sub b jo. 6:234 lid 1 BW wordt hier terecht buiten beschouwing gelaten op grond van art. 6:235 lid 1 BW.¹⁶ Vervolgens betoogt Kwetters op grond van zeven argumenten dat het beroep van Profuse op haar exoneratie naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (art. 6:248 lid 2 BW). De rechtbank verwerpt alle zeven argumenten en laat de exoneratie in stand. Van de daarop betrekking hebbende overwegingen licht ik er een aantal uit, met het risico ze uit hun verband te halen.¹⁷

Professionele partijen zijn niet gehouden elkaar te informeren over bestaan en inhoud van een exoneratie.¹⁸

De stelling dat de exoneratie zich slecht verhoudt met de garantie die Profuse

afgeeft ten aanzien van de software verwerpt de rechtbank door erop te wijzen dat de garantie nog niet in werking is getreden – dat gebeurt pas als de software deugdelijk is geïmplementeerd – en de twee daarom niet op gespannen voet kunnen staan. Mijns inziens zou zelfs een garantie die wel in werking is getreden niet een exoneratie opzij mogen zetten.¹⁹

Dat Kwetters volledig van de expertise van Profuse afhankelijk zou zijn en groot belang had bij het slagen van het automatiseringsproject leidt volgens de rechtbank evenmin tot terzijdestelling van de exoneratie. Sterker nog, dit leidt er volgens de rechtbank toe dat van Kwetters mocht worden verwacht dat zij zich uitgebreid zou moeten oriënteren en laten voorlichten.

Ook de stelling dat de exoneratie onaanvaardbaar is omdat Kwetters ernstige schade heeft geleden wordt door de rechtbank verworpen. 'Een exoneratie beoogt immers juist de aansprakelijkheid voor (ernstige) schade te beperken', aldus de rechtbank. In soortgelijke zin (en mijns inziens eveneens terecht) oordeelde eerder het Hof 's-Hertogenbosch toen het meende dat exoneraties juist worden opgenomen met betrekking tot de kern van de prestatie en dat dit als zodanig dus geen valide verweer is tegen een beroep op een exoneratie.²⁰

6. Conclusie

De uitspraak komt kort gezegd op het volgende neer. Kwetters heeft de overeenkomst terecht ontbonden en Profuse dient dus de reeds betaalde € 309.054 aan Kwetters te restitueren, maar de door Kwetters gevorderde schadevergoeding ten bedrage van € 390.193,72 ketst af op de exoneratie van Profuse. Aardig is vooral de quasi-ingebrekestellende kracht die kan uitgaan van brieven die niet als ingebrekestellingen kunnen worden aangemerkt, het oordeel over de waardevergoeding die in de plaats treedt voor prestaties die naar hun aard niet ongedaan kunnen worden gemaakt en de terughoudendheid die volgens de rechtbank bij professionele partijen in acht moet worden genomen bij de beoordeling van de vraag of een beroep op een exoneratie naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

T.J. de Graaf

- 14 HR 20 november 1981, *NJ* 1982, 517 (*Holleman/De Klerk*).
- 15 HR 1 juli 1993, *NJ* 1993, 688 (*Bouma-Cavo*).
- 16 Zie in kritische en provocerende zin over gebondenheid en informatieplicht bij algemene voorwaarden T.J. de Graaf, *Exoneraties in ICT-contracten tussen professionele partijen*. *Meijersreeks nr. 109* (diss. Leiden) (proefschrifteditie) en *Serie Recht en Praktijk nr. 141* (handelseditie), Deventer: Kluwer 2006, p. 153-160. Anders en genuanceerder: T.H.M. van Wechem, *Toepasselijkheid van algemene voorwaarden* (diss. Leiden) (proefschrifteditie) en *Serie Recht en Praktijk nr. 152* (handelseditie), Deventer: Kluwer 2007, p. 11-60.
- 17 De lezer die de overwegingen in onderling verband wil beoordelen zij verwezen naar de rechtsoverwegingen 2.56-2.62.
- 18 Aldus ook Rb. Leeuwarden 24 september 2003, *LJN* AL6089, *Zaaknr.*: 57 476 HA ZA 03-217 (*KC*) en wellicht zelfs HR 15 oktober 2004, *NJ* 2005, 141 (*GTI/Zürich*).
- 19 T.J. de Graaf, *Exoneraties in ICT-contracten tussen professionele partijen*. *Meijersreeks nr. 109* (diss. Leiden) (proefschrifteditie) en *Serie Recht en Praktijk nr. 141* (handelseditie), Deventer: Kluwer 2006, p. 92-108.
- 20 Hof 's-Hertogenbosch 9 maart 2004, *NJF* 2004, 469 (*Kirpstein Machinery/Koolen-Breda*).

148

Vzr. Rb. 's-Gravenhage (sector civiel) 11 juni 2007

(*Mr. R.J. Paris*)

oneerlijke handelspraktijken – telecom – overeenkomst

Partijen:

Uitspraak

De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Pretium Telecom B.V., gevestigd te Haarlem
Eiseres in conventie
Verweerster in reconventie
Procureur mr. M.J. Geus
Advocaten mrs. M.J. Geus en D.P. Kuipers te 's-Gravenhage tegen:
De besloten vennootschap KPN B.V., gevestigd te 's-Gravenhage
Gedaagde in conventie
Eiseres in reconventie
Procureur mr. H.J.A. Knijff
Advocaten mrs. Q. Kroes en K. Meggouh te Amsterdam

Partijen worden hierna ook aangeduid als 'Pretium' en 'KPN'.