



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Annotation: Rechtbank 's-Hertogenbosch 2004-10-13

Graaf, T.J. de

Citation

Graaf, T. J. de. (2004). Annotation: Rechtbank 's-Hertogenbosch 2004-10-13. *Computerrecht*, 2, 92-95. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/47277>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/47277>

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

Ten slotte is interessant dat de verdeling tot vergoeding van een voorschot op schadevergoeding van € 50 000 van het ANP wordt toegewezen. Ondanks de zeer beperkte ruimte die de Hoge Raad biedt aan het in kort geding toewijzen van een voorschot op schadevergoeding, blijkt dit in de praktijk dus niet onmogelijk te zijn.

Al met al genoeg invalshoeken om het arrest van het Amsterdamse Gerechtshof met veel belangstelling tegemoet te zien.

O.M.B.J. Volgenant

13 **Rechtbank 's-Hertogenbosch, enkelvoudige kamer 13 oktober 2004**

(Mr. E.M. Hofkes)

Ondeugdelijk functioneren software – aansprakelijkheid schade – vrijwaren van aansprakelijkheid

Partijen:

De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Effi-center B.V., gevestigd te Oss, eiseres in conventie, verweerster in reconventie
Procureur: mr. E.G.M. van Ewijk tegen:

De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Inducom Systems B.V. gevestigd te Oss, gedaagde in conventie, eiseres in reconventie
Procureur: mr. R.C.F. Lammers

Partijen:

En voorts in de vrijwaringszaak:
De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Effi-center B.V., gevestigd te Oss, eiseres in vrijwaring
Procureur: mr. E.G.M. van Ewijk tegen:

1. De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Exact automatisering B.V.,
2. De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Exact holding B.V., thans Exact Group B.V., beide gevestigd te Delft, gedaagden in vrijwaring

Procureur: mr. J.E. Benner

Partijen in de hoofdzaak blijven hierna aangeduid als 'Effi' en 'Inducom', Par-

tijen in de vrijwaringszaak blijven hierna aangeduid als 'Effi' en – in enkelvoud – als 'Exact' voorzover gedaagden gezamenlijk worden bedoeld. Gedaagden in de vrijwaringszaak worden aangeduid als 'Exact Automatisering' en 'Exact Holding', voorzover gedaagden ieder afzonderlijk worden bedoeld.

De rechtbank heeft kennis genomen van de volgende stukken:

In de hoofdzaak met rolnummer 00-5:

- het tussenvonnis van deze kamer van de rechtbank d.d. 29 januari 2003, met de in dat vonnis genoemde gedingstukken, waarbij een deskundigenbericht is bevolen;
- de akte van depot d.d. 7 augustus 2003 met depotnummer 91-2003, waarbij een deskundigenbericht d.d. 6 augustus 2003 ter griffie is gedeponeerd;
- de conclusie na deskundigenbericht tevens akte houdende vermeerdering van eis d.d. 15 oktober 2003, met producties, aan de zijde van Inducom;
- de conclusie van antwoord na deskundigenbericht tevens akte houdende uitlating vermeerdering van eis d.d. 10 december 2003 aan de zijde van Effi;
- de akte d.d. 31 december 2003 aan de zijde van Inducom; de antwoordakte d.d. 14 januari 2004 aan de zijde van Effi.

In de vrijwaringszaak:

- het tussenvonnis van deze kamer van de rechtbank d.d. 29 januari 2003, met de in dat vonnis genoemde gedingstukken, waarbij een deskundigenbericht is bevolen;
- de conclusie na deskundigenbericht d.d. 18 februari 2004 aan de zijde van Exact;
- de antwoordconclusie na deskundigenbericht tevens akte houdende vermeerdering van eis d.d. 17 maart 2003 aan de zijde van Effi;
- de akte na vermeerdering van eis d.d. 14 april 2004, met één productie, aan de zijde van Exact.

Het geschil en de verdere beoordeling van het geschil

In de hoofdzaak

In conventie en in reconventie

1. Inducom heeft Effi bij brief van 26 november 1998 opdracht gegeven tot levering en installatie van diverse modules van het Exact-pakket in de Windows-millennium/Euroversie. In verband hiermee heeft Effi aan Inducom een aantal facturen verzonden welke Inducom tot een bedrag van f 27 912,13 onbetaald heeft gelaten. Bij brief van 12 oktober 1999 heeft Inducom buitengerechtelijk de ontbinding van de tussen partijen gesloten overeenkomst ingeroepen.

2. In conventie vordert Effi (onder meer) betaling van de onbetaald gelaten facturen van in totaal f 27 912,13 (zie rechtsoverweging 4.1 en 4.2 van het tussenvonnis van 22 februari 2002).

3. In reconventie vordert Inducom een verklaring voor recht dat zij terecht de buitengerechtelijke ontbinding van de overeenkomst heeft ingeroepen, althans dat de rechtbank deze overeenkomst ontbonden verklaart, alsmede Effi veroordeelt – na vermeerdering van eis bij conclusie van antwoord na deskundigenbericht – tot vergoeding van de door Inducom geleden schade van f 55 746,73 plus € 13 000,85 is € 38 297,61 (zie – mede – rechtsoverweging 4.4 en 4.5 van het tussenvonnis van 22 februari 2002). Inducom heeft het bedrag van € 38 297,61 als volgt gespecificeerd

- nodeloos gemaakte uren medewerkers Inducom f 37 415,22
- uren raadsman f 2126,88
- declaratie deskundige f 14 025
- aan Effi (ten onrechte) betaalde factuur f 2179,63
- declaratie deskundige (werkzaamheden hangende de procedure) € 13 000,85

Derhalve in totaal € 38 297,61

4. Teneinde te kunnen vaststellen of Effi jegens Inducom toerekenbaar tekortgeschoten is in de nakoming van de op Effi uit hoofde van de overeenkomst rustende verplichtingen, heeft de rechtbank bij tussenvonnis van 6 november 2002 (in conventie en in reconventie) een deskundigen bericht bevolen en daartoe (bij tussenvonnis van 29 januari 2003).

5. De deskundige heeft de door de

rechtbank geformuleerde vragen (zie hieronder) als volgt beantwoord.

8. Antwoorden

Met inachtneming van het vorenstaande beantwoord ik de vragen van de rechtbank als volgt:

Vraag 1

Bevat het door Effi-Center aan Inducom verkochte Exact softwarepakket fouten, zodanig dat de werking niet goed is?;

8.1. Onder het door Effi-Center aan Inducom verkochte Exact softwarepakket versta ik de door Inducom bestelde en door Effi-Center geleverde en geïnstalleerde software (zie 5.1.1c) en de daarna door Exact aan Inducom geleverde nieuwe en verbeterde versies daarvan (zie o.a. hoofdstuk 7).

De werking van een softwarepakket als het door Effi-Center aan Inducom verkochte Exact softwarepakket acht ik goed, wanneer het softwarepakket:

- voor wat de functionaliteit betreft, aansluit bij hetgeen de gebruikershandleiding daaromtrent vermeldt en
- voldoet aan daaraan te stellen redelijke eisen van beschikbaarheid, verwerkingssnelheid, foutloos opereren, beheersbaarheid en onderhoudbaarheid.

8.1.1. Inducom had aanvankelijk klachten over de functionaliteit van de onderdelen order- en voorraadadministratie van het door Effi-Center aan Inducom verkochte Exact softwarepakket, maar deze klachten zijn opgelost. Dat leidt tot de conclusie, dat het door Effi-Center aan Inducom verkochte Exact softwarepakket, voor wat de functionaliteit betreft, aansluit bij hetgeen de gebruikershandleiding daaromtrent vermeldt.

8.1.2. De werking van het onderdeel E-account 11, waarmee Inducom heeft doorgewerkt, nadat zij het gebruik van de overige onderdelen gestaakt had, was goed (zie 5.1.4).

Bij het gebruik van de onderdelen order- en voorraadadministratie is Inducom gestuit op de technische fouten, die beschreven zijn in de hoofdstukken 6 en 7 en waarop ik hierna inga.

De goede werking van een softwarepakket – in de zin van het voldoen aan daaraan te stellen redelijke eisen van beschikbaarheid, verwerkingssnelheid, foutloos opereren, beheersbaarheid en onderhoudbaarheid – als het onderha-

vige, is afhankelijk van meer factoren, dan (de kwaliteit van) de software zelf. De kwaliteit van de computer- en/of randapparatuur, het besturingssysteem en het netwerk (hierna ook: ‘het systeem’) is daarvoor evenzeer van belang. Ook is een juiste inrichting, respectievelijk instellingen van het systeem en een juist en zorgvuldig beheer en gebruik daarvan essentieel voor het verhoeden van technische fouten.

Zoals blijkt uit de voorgaande hoofdstukken zijn partijen het er over eens, dat er zich technische fouten hebben voorgedaan bij het gebruik door Inducom van de onderdelen order- en voorraadadministratie van het door Effi-Center aan Inducom verkochte Exact softwarepakket. Partijen verschillen wel van opvatting over de oorzaak van de technische fouten en de ernst daarvan.

8.1.6. In hoofdstuk 7 is de schriftelijk vastgelegde communicatie tussen Inducom en Exact weergegeven. Daaruit blijkt dat in de periode tot 12 juli 1999 door Inducom problemen gemeld zijn, die deels door Exact zijn opgelost (zie 7.2 t/m 7.2.24). De niet opgeloste problemen zijn door partijen besproken en afgesproken is, om de software in twee stappen zorgvuldig te testen, waarbij Inducom een logboek zou bijhouden (zie 7.3.1). Toen die afspraak gemaakt werd deden er zich drie specifieke problemen voor:

- a. Exact loopt dagelijks meermalen vast
- b. Bij wijziging van voorraadaantallen worden voorgaande aantallen in scherm meegenomen
- c. Bij aanpassen lay-out wordt bij afdrukken niet de juiste output geprint.

8.1.7. Het onder C genoemde is opgelost, althans daarvan is geen sprake meer (zie ook hoofdstuk 6). De onder a en b genoemde problemen bleven zich voordoen, in de eerste proefperiode van 12 juli 1999 tot en met 6 augustus 1999, waarin het systeem single user gebruikt werd. Er is in die periode 1 maal een technische fout geconstateerd, waarbij het systeem vastliep (zie 7.3.4). In de tweede test periode van 9 augustus 1999 tot en met 6 september 1999 – waarin het systeem gebruikt werd door meerdere gebruikers (multi-user) – en daarna zijn er nieuwe technische fouten geconstateerd en herhaalden zich eerder geconstateerde technische fouten (zie

7.4 t/m 7.5.7). Deze fouten zijn, voorzover deze toen niet zijn hersteld, opgenomen in het rapport en zijn bij de bezichtiging nader onderzocht (zie hoofdstuk 6).

8.1.8. Op basis van de bezichtiging heb ik geconstateerd dat de onderdelen order- en voorraadadministratie van het door Effi-Center aan Inducom verkochte Exact softwarepakket in elk geval drie technische fouten bevatte:

- a. Onder bepaalde omstandigheden wordt het op het beeldscherm vertoonde aantal in voorraad fout weergegeven (zie 6.2). Op elke volgende regel komt de waarde te staan van een van de voorgaande regels. Dit verschijnsel beperkt zich tot de projectie op het beeldscherm en heeft deze fout geen invloed op databestanden. Indien er naar boven wordt gescrold, dan wordt het aantal ook weer aangepast. Wanneer deze fout zich voordoet is het, naar mijn oordeel, voor de gebruiker bovendien direct duidelijk, dat er sprake is van het weergeven van onjuiste aantallen. Alhoewel er sprake is van een fout in het programma acht ik de gevolgen daarvan voor de bruikbaarheid van de software gering. Bovendien acht ik deze fout niet onherstelbaar.
- b. Het is mogelijk om een menu keuze te maken voor een functie die niet valt binnen de door de gebruiker aangeschafte licentie. Die menukeuze leidt tot een foutmelding (zie 6.5) Alhoewel er sprake is van een fout in het programma acht ik de gevolgen daarvan voor de bruikbaarheid van de software gering. Bovendien acht ik deze fout niet onherstelbaar.
- c. De onderzochte programmatuur functioneert, voor wat de foutafhandeling betreft, niet naar behoren en wijkt bovendien af van de schriftelijk kenbaar gemaakte functionele specificaties, omdat de te volgen procedure niet is beschreven. Het is ondermeer noodzakelijk om na bepaalde foutmeldingen de computer geheel uit te schakelen (zie 6.6 en 6.11). Deze aanwijzingen worden door de helpdesk gegeven en zijn niet opgenomen in, of toegevoegd aan, de gebruikershandleiding.

Dit acht ik een ernstige fout in het door Effi-Center aan Inducom verkochte Exact softwarepakket en deze fout is, naar mijn stellige overtuiging, in elk

geval mede oorzaak van de regelmatig terugkerende bestandsverminderingen, die noopten tot het meermalen stilleggen van het gebruik van de programmatuur, totdat Exact de verminderingen had hersteld (zie hoofdstuk 7).

Op basis van mijn onderzoek heb ik vastgesteld dat het door Effi-Center aan Inducom verkochte Exact softwarepakket drie fouten bevat, waarvan ik er een (1) als ernstig kwalificeer. Daarop ga ik hierna nader in. De andere door Inducom gemelde fouten zijn of hersteld, of bleken bij mijn onderzoek niet reproduceerbaar te zijn of waren vermijdbaar door de instructies van de helpdesk op te volgen (zie de hoofdstukken 6 en 7).

8.1.9. Zoals hiervoor bij 6.6 uiteengezet is, acht ik het regelmatig voorkomen van fouten die een herstart van het Windows besturingssysteem noodzakelijk maken, een aanwijzing voor onordelijk programmeren. De noodzaak tot het uitschakelen van de computer – en het daarmee geforceerd legen van het geheugen – zoals in de onderhavige situatie noodzakelijk bleek te zijn (zie ook bij 6.11), bevestigt naar mijn oordeel, dat de programmeurs van Exact de geprogrammeerde processen onvoldoende beheersten en gebrek hebben aan overzicht daarover.

De juistheid van die veronderstelling wordt naar mijn opvatting ook bevestigd door:

- a. de aanwijzing van Exact aan Inducom over het beëindigen van een programma zonder gebruik te maken van een functie die wel wordt aangeboden aan de gebruiker en ook overigens bij een Windows-programma een toegestane manier is om een programma te beëindigen (zie 7.2.15),
- b. de onmogelijkheid om een zogenaamde screensaver te gebruiken (zie 7.2.17) en
- c. het advies om zo min mogelijk gebruik te maken van de standaard Windows printer statusvensters (zie 7.2.22).

Deze aanwijzingen worden door de helpdesk gegeven en zijn, evenmin als de hiervoor genoemde foutafhandeling adequaat beschreven in, of toegevoegd aan, de gebruikershandleiding.

8.1.10. Veelzeggend is in dit verband ook de reactie van Exact op een opmerking van Inducom over de veelheid aan fouten waarmee Inducom gecon-

fronteerd werd. In de e-mail van 2 september 1999 (zie 7.4.11) geeft Exact als een verklaring voor het verminken van bestanden, het uitvoeren van een update, waarbij een aantal versies wordt overgeslagen. ‘Gelukkig kunnen wij dat bijna altijd repareren’ meldt de medewerker van Exact, daarbij volstrekt voorbijgaand aan het feit dat de gebruiker van de software gedurende die reparatieperiode geen gebruik kan maken van de software. Deze wordt daarvoor dus, afhankelijk van de mate waarin de bedrijfsvoering steunt op de beschikbaarheid van de software, gehinderd bij zijn bedrijfsuitoefening. En wanneer de bestanden niet gerepareerd kunnen worden – en die mogelijkheid wordt door Exact ook opengehouden – zal een deel van het werk overgedaan moeten worden.

Volgens dezelfde Exact medewerker zou het daarom aan te bevelen zijn, dat Inducom de nieuwe versies steeds zou moeten krijgen. Uit de tekst valt op te maken dat dat kennelijk niet gebruikelijk is bij Exact en dat Exact door haar werkwijze de gebruikers van haar software dus blootstelt aan het risico dat de bestanden verminkt worden. Wellicht zelfs onherstelbaar. Ook deze bevinding draagt bij aan de indruk dat de programmeurs van Exact het proces van de ontwikkeling van de software onvoldoende beheersten en overzicht misten over de geprogrammeerde processen.

8.1.11. Op grond van het vorenstaande ben ik van oordeel dat het door Effi-Center aan Inducom verkochte Exact softwarepakket fouten bevat, die kunnen leiden tot de bestandsbeschadigingen, zoals Inducom die heeft onderzocht. Ik kan echter niet uitsluiten dat er ook andere oorzaken zijn aan te wijzen voor het ontstaan van dit verschijnsel, dan wel daaraan hebben bijgedragen. Doordat Inducom niet, zoals afgesproken is, een logboek heeft bijgehouden in de testperioden (zie 5.1.3) kan niet meer worden nagegaan of en in welke mate andere omstandigheden (zie 8.1.4) een rol hebben gespeeld.

8.1.12. Samenvattend ben ik van mening dat het door Effi-Center aan Inducom verkochte Exact softwarepakket niet voldoet aan daaraan te stellen redelijke eisen van beschikbaarheid, foutloos opereren, beheersbaarheid en onderhoudbaarheid, mede gezien het feit dat deze programmatuur naar zijn aard wordt ingezet ten behoeve van de pri-

maire bedrijfsprocessen waar deze zaken van groot belang zijn. Afgezien van de in de hoofdstukken 6 en 7 beschreven fouten, is ook de werkwijze van Exact, zoals die blijkt uit hoofdstuk 7 daaraan debet. En alhoewel ook andere oorzaken aan het verschijnsel kunnen hebben bijgedragen, acht ik het ontstaan van bestandsbeschadigingen, als gevolg van de gebrekkige foutafhandeling (zie 6.6), respectievelijk het niet toezenden van updates (zie 7.4.11) zodanig ernstige fouten, dat alleen al daarom de werking van de onderdelen order- en voorraadadministratie van het door Effi-Center aan Inducom verkochte Exact softwarepakket als niet goed gekwalificeerd dient te worden.

Vraag 2

Is het Exact softwarepakket C.q. zijn de diverse door Effi-Center aan Inducom geleverde modules op een juiste wijze geïnstalleerd?

8.2. Partijen zijn het er over eens dat er geen aanwijzingen zijn, die wijzen op een onjuiste wijze van installeren van het Exact softwarepakket, C.q. de door Effi-Center aan Inducom geleverde modules. (zie bijlage 8, alinea 13).

Vraag 3

Komen de geconstateerde fouten/gebreken voort uit de software zelf, dan wel komen deze geconstateerde fouten C.q. worden deze veroorzaakt door de bij Inducom aanwezige hardware of door fouten in het door Inducom gebruikte systeemsoftware?

8.3. De geconstateerde fouten komen voort uit de software zelf en wellicht ook uit de hardware en/of de systeemsoftware. Zoals bij de beantwoording van vraag 1 reeds is aangegeven, vertoonden de software zelf fouten, maar kan niet worden uitgesloten dat de geconstateerde fouten mede werden veroorzaakt of verergerd door de hardware en/of de systeemsoftware.

Zo is bekend, dat het besturingssysteem Windows 95, waarvan Inducom gebruikmaakte bepaald niet vrij was van fouten. Daartegenover staat echter dat Exact in van haar uitgaande publicaties aangaf dat haar Software kon functioneren in computers met Windows 95. Op grond daarvan mag de afnemer er, naar mijn opvatting, van uitgaan dat de software zodanig is geprogrammeerd dat deze de gevolgen van de in Windows 95 voorkomende fouten zodanig

beperkt dat die niet leiden tot ernstige/onherstelbare fouten.

8.3.1. Op grond van mijn onderzoek heb ik niet kunnen vaststellen of en in hoeverre de geconstateerde fouten/gebreken worden veroorzaakt door de bij Inducom aanwezige hardware of door fouten in de gebruikte systeemsoftware.

Vraag 4

Wenst de deskundige eigener beweging nog nadere opmerkingen te maken?

8.4. Van de gelegenheid maak ik gebruik om enkele opmerkingen te maken, als volgt.

Effi-Center

8.5. Effi-Center heeft bij mijn onderzoek nauwelijks een rol kunnen spelen, omdat zij slechts in beperkte mate betrokken is geweest bij het fouterstel door Exact. Inducom en Exact communiceerden daarover met elkaar, zonder tussenkomst van Effi-Center (zie 5.1.1e en hoofdstuk 7).

Effi-Center was wederverkoper van Exact-programmatuur, heeft de mogelijkheden daarvan gedemonstreerd en heeft, nadat de bestelling geplaatst is, de software geïnstalleerd en ingericht (zie 5.1.1 e.v.).

Het moge wellicht formeel zo zijn dat Effi-Center verantwoordelijk is voor de goede werking van het door Effi-Center aan Inducom verkochte Exact softwarepakket, maar toen er zich de problemen voordeden, heeft Inducom zich eigen er beweging rechtstreeks tot Exact gewend (zie 5.1.1 e). Op zich terecht, omdat Effi-Center nu eenmaal niet beschikte over de voor het corrigeren van de programmafouten noodzakelijke broncode en dus ook niet in staat was om de gebreken te verhelpen.

De aan het adres van Effi-Center gemaakte verwijten in hoofdstuk 5 van het rapport van de automatiseringsdeskundige acht ik dan ook niet terecht.

Inducom

8.6. Inducom heeft naar mijn mening zoveel problemen ondervonden met het door Effi-Center aan Inducom verkochte Exact softwarepakket, dat dit geen adequate ondersteuning bood voor de bedrijfsvoering van Inducom. Met name het beschadigen van gegevensbestanden en de noodzaak om die dan voor reparatie op te sturen naar Exact was voor Inducom niet werkbaar. Spijtig is dat Inducom niet meer aandacht geschonken heeft aan de afgesproken

praktijktests, waardoor niet met zekerheid kan worden vastgesteld welke oorzaken aan te wijzen zijn voor de geconstateerde technische fouten.

Exact

8.7. In aanvulling op hetgeen hiervoor bij de beantwoording van vraag 1 is geschreven over het functioneren van de organisatie van Exact in de relatie met Inducom, merk ik op, dat Exact zich weliswaar inspande om de geconstateerde fouten op te lossen, maar geen enkel (zichtbaar) begrip op heeft gebracht voor de gevolgen van de beschadiging van de bestanden voor de uitvoering respectievelijk de voortgang van de primaire bedrijfsprocessen (zie o.a. 8.1.10).

De houding van Exact met betrekking tot de door haar geconstateerde structurele gebreken in de programmatuur (zie 8.1.9) wekt verbazing. Zij heeft niet de moeite genomen om de gebruikers van haar software schriftelijk te wijzen op de inmiddels bij Exact bekende gebreken. Zij liet daarmee de kans voorbijgaan om gebruikers zo veel mogelijk te behoeden voor de gevolgen van die gebreken. Wanneer de gebruikers van de Exact software tijdig gewezen worden op de bij Exact bekende gebreken, zouden storingen en de gevolgen daarvan, bijvoorbeeld in de vorm van een (mogelijk onherstelbare) bestandsbeschadiging, immers mogelijk voorkomen kunnen worden. Exact laat die kans voorbijgaan en voert het beleid om pas telefonisch of per e-mail de noodzakelijke aanwijzingen te geven, wanneer de klant zich bij de helpdesk meldt met een probleem (zie 6.6, 3de alinea en ook 7.2.15, 7.2.17, 7.2.21 en 7.2.22).

Ook overigens merk ik (mede op grond van de e-mail) op, dat Exact de destijds geconstateerde, deels structurele, gebreken van de programmatuur en de hinder die Inducom daarvan heeft ondervonden, niet ernstig nam (zie hoofdstuk 7 en met name 7.4.11).

Exact heeft ook niet zorgvuldig geregistreerd welke fouten Inducom meldde en hoe zij deze heeft opgelost. Het door Exact overgelegde 'logboek' over de periode 12 juli 1999 tot en met 6 september 1999 (bijlage 7) noemt slechts enkele telefonische contacten en vermeldt bijvoorbeeld niet, dat Inducom op 18 en 30 augustus 1999 en 10, 14 en 28 september 1999 haar bestanden aan Exact moest sturen, omdat deze beschadigd waren.

6. Op grond van de bevindingen van de deskundige gaat de rechtbank ervan uit dat de onderdelen order- en voorraadadministratie van het Exact softwarepakket een drietal technische mankementen bevatten, waarvan er één als ernstig dient te worden gekwalificeerd. Dit betreft de foutafhandeling. Deze foutafhandeling functioneert niet naar behoren. Het is onder meer noodzakelijk om na bepaalde foutmeldingen de computer geheel uit te schakelen waardoor het risico ontstaat dat bestanden worden beschadigd. Met de deskundige gaat de rechtbank er tevens van uit dat de geconstateerde mankement(en) voortkomen uit de software zelf. Hoewel de deskundige niet kan uitsluiten dat de mankementen mede worden veroorzaakt of verergerd door de systeemsoftware, in casu het besturingsstelsel Windows 95, acht de rechtbank dit van ondergeschikt belang. De deskundige merkt immers tevens op dat het Exact softwarepakket kan functioneren onder voormeld besturingsstelsel. Of de fouten mede worden veroorzaakt en/of verergerd door de hardware en/of de systeemsoftware heeft de deskundige niet kunnen vaststellen.

Volgens de deskundige vertoonde de software echter in ieder geval fouten. Op basis van het vorenstaande volgt de rechtbank de deskundige in diens conclusie dat de werking (van de onderdelen order- en voorraadadministratie) van het door Effi aan Inducom verkochte, geleverde en geïnstalleerde Exact softwarepakket onvoldoende en ondeugdelijk is. Effi heeft nog aangevoerd dat door toedoen van Inducom zelf in aanzienlijke mate schade is ontstaan, doordat Inducom zich onder meer niet heeft gehouden aan het verzoek om een logboek bij te houden, alsmede haar administratie aan Exact toe te zenden. Dit valt Inducom, zo stelt Effi voorts, te verwijten. Deze stellingen komen neer op een beroep op eigen schuld van Inducom. De rechtbank gaat hieraan voorbij. Weliswaar heeft de deskundige geconstateerd dat bij gebreke van een logboek over de testperioden niet meer kan worden nagegaan of en in welke mate andere omstandigheden een rol hebben gespeeld bij het ontstaan van de problemen, maar de deskundige concludeert dat het ontstaan van bestandsbeschadigingen als gevolg van een incorrecte foutafhandeling op zichzelf reeds de

conclusie rechtvaardigt dat de werking van het softwarepakket als niet goed gekwalificeerd moet worden.

7. Hetgeen hiervoor onder punt 6 is overwogen leidt de rechtbank tot de conclusie dat Effi tekortgeschoten is in de nakoming van de op haar rustende verplichtingen uit hoofde van de overeenkomst met Inducom tot levering en installatie van het Exact softwarepakket. Hoewel voor een geslaagd beroep op (buitengerechtelijke) ontbinding niet is vereist dat de tekortkoming ook aan Effi kan worden toegerekend, stelt de rechtbank het volgende vast ten aanzien van het standpunt van Effi dat zij slechts wederverkoper is van door Exact ontwikkelde software. De verkeersopvattingen brengen mee dat voormelde tekortkoming – in de rechtsverhouding van Effi tot Inducom – in beginsel voor rekening komt van Effi, ook indien zij het gebrek kende noch behoorde te kennen, het verkochte product niet heeft geproduceerd (ontwikkeld) en het gebrek buiten haar toedoen is ontstaan (HR 27 april 2001, *NJ* 2002, 213). De omstandigheid dat Effi – kort gezegd – slechts wederverkoper/dealer is of was van de Exact-producten, is derhalve niet van belang.

8. Het voorgaande leidt de rechtbank tot de slotsom dat Inducom terecht (buitengerechtigd) de ontbinding van de overeenkomst heeft ingeroepen. De rechtbank verwijst hiertoe naar rechts-overweging 6.2 van het tussenvonnis van 22 februari 2002. Ingevolge art. 6:271 BW bevrijdt een ontbinding de partijen van de op ieder van hen rustende verplichtingen. Voorzover deze verplichtingen (reeds) zijn nagekomen ontstaat een verplichting tot ongedaanmaking. Voor de vordering in conventie van Effi betekent dit dat Inducom niet gehouden is de facturen te betalen. De rechtbank zal de vordering in conventie derhalve afwijzen. De vordering van Inducom in reconventie tot terugbetaling van de door haar betaalde factuur van f 2179,63 (€ 989,07) ligt derhalve voor toewijzing gereed. De rechtbank zal de over voormeld factuurbedrag door Inducom gevorderde wettelijke rente toewijzen vanaf 13 oktober 1999, gezien het bepaalde in art. 6:82 lid 1 BW gelezen in samenhang met art. 6:119 BW.

9. Inducom heeft tevens vergoeding van de door haar als gevolg van de tekortkoming geleden schade gevorderd. Ingevolge art. 6:277 lid 1 BW is Effi in

beginsel gehouden tot vergoeding van de door Inducom geleden schade, nu geen nakoming doch ontbinding van de overeenkomst plaats vindt. Inducom heeft haar schade begroot op € 37 308,54 (zie punt 3, waarvan onderdeel uitmaakt het in punt 8 vermelde bedrag van f 2179,63). Effi heeft de hoogte van de door Inducom gestelde schade betwist. De rechtbank zal hierna de verschillende schadeposten bespreken.

10. Ten aanzien van de post ‘nodeloos gemaakte uren medewerkers Inducom’ ad f 37 415,22 voert Effi aan dat Inducom ten onrechte geen onderscheid aanbrengt tussen de uren die wellicht benodigd zijn geweest voor de normale implementatie van de software en opleiding enerzijds en de door Inducom gestelde extra uren anderzijds. Inducom brengt daar tegen in dat zij alleen uren in rekening heeft gebracht die nodeloos zijn gemaakt en dan nog voorzover zij die uren heeft geregistreerd.

11. De rechtbank volgt Effi niet in haar standpunt. Inducom heeft het aantal uren dat zij door toedoen van Effi heeft moeten maken, gespecificeerd door middel van overlegging van een overzicht ‘Uren Exact-software’ (productie 5 bij de conclusie van eis in reconventie). Nu Effi het daarin opgenomen aantal uren en het gehanteerde uurtarief op zichzelf niet heeft weersproken, zal de rechtbank de vordering op dit punt toewijzen. Daarbij heeft de rechtbank voorts in aanmerkingen genomen dat Effi evenmin heeft weersproken dat Inducom slechts de door haar geregistreerde uren in rekening heeft gebracht, alsmede het werkelijke uurloon van de verschillende medewerkers en niet een tarief dat Inducom normaliter aan klanten in rekening brengt. Nu voorts noch het aantal uren noch het gehanteerde uurtarief als onredelijk hoog voorkomt, is het bedrag van f 37 415,22 (€ 16 978,29) toewijsbaar. De rechtbank zal de door Inducom gevorderde wettelijke rente over dit bedrag toewijzen vanaf 13 oktober 1999, gezien het bepaalde in art. 6:82 lid 1 BW gelezen in samenhang met art. 6:119 BW.

12. Ten aanzien van de post ‘uren raadsman’ ad f 2126,88 heeft Inducom onvoldoende gesteld om te kunnen concluderen dat het hier betreft kosten wegens het verrichten van buitengerechtelijke werkzaamheden die voor rekening dienen te komen van Effi. Uit de in het geding gebrachte urenspecificatie (productie 6 bij de conclusie van

eis in reconventie) volgt dit niet. Dit onderdeel van de vordering is derhalve niet toewijsbaar.

13. De post kosten van de door Inducom ingeschakelde deskundige van f 14 025 (€ 6364,27) ligt voor toewijzing gereed, nu Effi dit onderdeel van de vordering op zichzelf niet heeft weersproken. De rechtbank zal de wettelijke rente over dit bedrag toewijzen vanaf 7 april 2000 (datum conclusie van eis in reconventie), nu het instellen van de eis in reconventie kan worden gezien als een schriftelijke mededeling dat Effi aansprakelijk wordt gesteld voor de schade die Inducom lijdt als gevolg van de vertraging in de terugbetaling van € 6364,27 door Effi.

14. De post kosten deskundige ad € 13 000,85 zal de rechtbank evenwel afwijzen. Gelet op de omstandigheid dat de rechtbank een deskundige heeft benoemd, zijn de kosten van de door Inducom geraadpleegde deskundige niet toe te rekenen aan Effi, zodat deze kosten voor rekening van Inducom dienen te blijven.

15. De rechtbank zal Effi zowel in conventie als in reconventie als de (overwegend) in het ongelijk gestelde partij in de kosten van de procedure veroordelen. De kosten van het deskundigenbericht dienen, gezien de uitkomst van de procedure (in reconventie), door Effi te worden gedragen. Inducom heeft inzake de met het deskundigen bericht gemoeide kosten in totaal € 17 171,70 voldaan.

In de vrijwaringszaak

16. In de vrijwaringszaak vordert Effi onder meer – na vermeerdering van eis bij antwoordconclusie na deskundigenbericht – dat de rechtbank bij het in de hoofdzaak uit te spreken vonnis Exact gelijktijdig veroordeelt aan Effi te betalen datgene waartoe Effi in de hoofdzaak in reconventie zal worden veroordeeld, alsmede de veroordeling van Exact tot vergoeding van de door Effi onnodig gemaakte uren inzake implementatie en begeleiding ad in totaal € 2886,04 exclusief BTW. Ter onderbouwing verwijst Effi naar de facturen d.d. 11 december 1998, 31 december 1998, 8 januari 1999, 19 januari 1999 en 22 januari 1999, zoals Effi deze heeft verzonden aan Inducom. Voorts vordert Effi vergoeding van de door haar gemaakte buitengerechtelijke incasso-kosten.

17. Aan haar vordering jegens Exact

legt Effi het volgende ten grondslag. De grondslag van de reconventionele vordering (in de hoofdzaak) van Inducom is dat Effi niet goed werkende programmatuur heeft geleverd. Effi heeft een bestaand softwarepakket van het merk Exact geleverd, zodat de producent van de software op de voet van art. 6:187 BW aansprakelijk is. Indien van productaansprakelijkheid geen sprake is, is Exact aansprakelijk omdat Exact aan Effi een onjuist, althans niet werkend, pakket heeft geleverd. Indien komt vast te staan dat er sprake is van een ondeugdelijk software pakket, is Exact bovendien aansprakelijk op grond van wanprestatie. Ook op grond van onrechtmatige daad is Exact aansprakelijk, omdat Exact gehouden is zowel in het kader van een contractuele relatie als van een buiten-contractuele relatie deugdelijke software te leveren, aldus nog steeds Effi.

18. Exact heeft zich tegen de vermeerdering van eis verzet. Ingevolge art. VII lid 1 van de Wet tot herziening van het procesrecht voor burgerlijke zaken, in het bijzonder de wijze van procederen in eerste aanleg, zal de rechtbank (de gegrondheid van) dit verzet beoordelen aan de hand van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, zoals dat vóór 1 januari 2002 gold. Exact heeft zich bij akte verzet tegen een vermeerdering van eis door Effi op de grond dat de eisvermeerdering tardief is en in dit stadium van de procedure een geheel nieuw debat tussen partijen noodzakelijk maakt. Daargelaten dat Exact op grond van art. 130 Rv verzet heeft gedaan, passeert de rechtbank de stellingen van Exact op dit punt. De vermeerdering van eis heeft betrekking op een vordering tot vergoeding van kosten wegens door Effi onnodig gemaakte uren. De door Effi gestelde grondslag vloeit voort uit de door haar gestelde feiten en omstandigheden die reeds onderwerp vormden van het debat tussen partijen. Er is derhalve geen sprake van een noodzaak tot 'een geheel nieuw debat', noch van strijd met de eisen van een goede procesorde. De rechtbank zal derhalve de vordering van Effi beoordelen zoals deze na de vermeerdering van eis luidt.

19. De rechtbank heeft reeds bij tussenvonnissen van 22 februari 2002 het verweer van Exact gepasseerd dat erop neer komt dat Effi niet in haar vordering ten opzichte van Exact Holding kan worden ontvangen. Exact doet

eveneens voor wat betreft de vordering jegens Exact Automatisering een beroep op de niet-ontvankelijkheid van Effi in haar vordering. Op dit beroep heeft de rechtbank in voormeld tussenvonnissen nog niet beslist. Ter onderbouwing stelt Exact dat er geen sprake is van een contractuele relatie tussen Effi en Exact Automatisering. Het beroep van Exact op niet-ontvankelijkheid van Effi ten opzichte van Exact Automatisering, slaagt. Effi betwist niet dat tussen haar en Exact Automatisering geen contractuele relatie bestaat. De enkele omstandigheid dat Exact Automatisering heeft gecorrespondeerd met Inducom, doet hieraan niet af, nu de rechtbank zonder nadere toelichting, die ontbreekt, niet tot een andere conclusie kan komen. De omstandigheid dat Exact zich steeds presenteert als enkel Exact, waarbij niet duidelijk is of er sprake is van Exact Holding dan wel Exact Automatisering, zoals Effi stelt, kan evenmin leiden tot de conclusie dat er sprake is van een contractuele relatie tussen Effi en Exact Automatisering. Op dit punt heeft de rechtbank in aanmerking genomen dat Effi erkent dat de dealerovereenkomst, op basis waarvan het Effi is toegestaan Exact computerprogrammatuur te distribueren en installeren bij eindgebruikers, is gesloten tussen Effi en Exact Holding. Ook de omstandigheid, zoals Effi stelt, dat Exact Automatisering haar ongevraagd op de hoogte heeft gehouden van de verwickelingen bij Inducom, brengt, zonder nadere toelichting, die ontbreekt, niet met zich dat er een contractuele relatie is ontstaan tussen Effi en Exact Automatisering. In dit verband is tot slot nog van belang het betoog van Effi inhoudende dat er sprake is van een nadere overeenkomst tussen Exact Automatisering en Inducom. Effi beroept zich in dit verband op een brief van Exact Automatisering van 13 juli 1999 en op het antwoord daarop van Inducom bij brief van 10 september 1999. Volgens Effi is 'feitelijk' een derden beding ten behoeve van Effi gecreëerd. Effi stelt dat zij door aanvaarding van dit beding een zelfstandig vorderingsrecht jegens Exact Automatisering heeft verkregen. De rechtbank volgt Effi niet in dit standpunt. (...) Ook indien de rechtbank er veronderstellenderwijs van uitgaat dat er sprake is van een (nadere) overeenkomst tussen Inducom en Exact Automatisering, kan dit niet leiden tot de conclusie dat Effi daaraan rechtstreeks

aanspraken kan ontlenen jegens Exact Automatisering. Het voorgaande leidt tot de slotsom dat Effi niet in haar vordering jegens Exact Automatisering kan worden ontvangen, voorzover deze vordering is gebaseerd op wanprestatie. 20. Daarmee komt de rechtbank toe aan bespreking van de vordering van Effi jegens Exact Holding alsmede van de vordering jegens Exact Automatisering, voorzover deze is gebaseerd op productaansprakelijkheid en/of onrechtmatige daad.

21. Voorzover Effi haar vordering jegens Exact heeft gebaseerd op – kort gezegd – productaansprakelijkheid, is deze niet toewijsbaar. De schade waarvoor Effi vergoeding vordert, betreft immers geen schade door dood of lichamelijk letsel dan wel schade door de software aangebracht aan een andere zaak, zoals art. 6:190 lid 1 BW vereist.

22. De rechtbank zal de vordering ten opzichte van Exact Automatisering, voorzover gebaseerd op onrechtmatig handelen, afwijzen. Effi heeft onvoldoende feitelijk toegelicht waarin het onrechtmatig handelen van Exact Automatisering zou zijn gelegen. (...)

23. Daarmee komt de rechtbank toe aan bespreking van de vordering van Effi ten opzichte van Exact Holding, voorzover gebaseerd op wanprestatie en onrechtmatige daad. Volgens Effi is er sprake van een toerekenbare tekortkoming en/of onrechtmatig handelen van Exact Holding doordat aan Effi een Exact-softwarepakket is geleverd dat niet deugdelijk is, althans niet goed werkt. Exact betwist dat er sprake is van een ondeugdelijk softwarepakket. Voor de vraag of er sprake is van een ondeugdelijk softwarepakket zoekt de rechtbank, gelijk in de hoofdzaak, aansluiting bij de bevindingen van de deskundige. Partijen gaan er immers ook van uit dat aan het deskundigenrapport betekenis toekomt in deze vrijwaringszaak, gezien de conclusies na deskundigenbericht. Gelet op hetgeen de rechtbank in de hoofdzaak ten aanzien van de deugdelijkheid van het Exact-softwarepakket heeft overwogen, staat vast dat de software een technische fout bevat, waardoor de werking van het pakket als niet goed gekwalificeerd moet worden. Exact heeft tegen de bevindingen van de door de rechtbank benoemde deskundige een aantal bezwaren aangevoerd, waarop de rechtbank hierna zal ingaan.

24. Het eerste bezwaar van Exact is

gericht tegen de constatering van de deskundige dat de programmatuur voor wat betreft de foutafhandeling niet haar behoren functioneert, omdat de aanwijzing om na bepaalde foutmeldingen de computer geheel uit te schakelen, door de helpdesk wordt gegeven en niet is opgenomen in de gebruikershandleiding. Exact is van mening dat de deskundige hiermee miskent dat deze aanwijzing niets te maken heeft met de Exact software maar gerelateerd is aan het destijds door Inducom gebruikte besturingssysteem Windows 98. Het is daarom volgens Exact ook 'logisch' dat deze aanwijzing niet in de gebruikershandleiding van de Exact software was opgenomen. Indien zich een foutmelding voordeed in de Exact software, werd deze melding niet steeds correct verwerkt door Windows 98, aldus Exact. De rechtbank passeert deze stelling van Exact. Allereerst merkt de rechtbank op dat de deskundige, anders dan Exact betoogt, van mening is dat de software, voor wat betreft de foutafhandeling, niet naar behoren functioneert en bovendien afwijkt van de schriftelijk kenbaar gemaakte functionele specificaties, omdat de procedure niet is beschreven (8.1.8 onder c).

25. Verder is het volgende van belang. De deskundige is van mening dat het moeten uitschakelen van de computer na een foutmelding (in het programma van Exact) gezien moet worden als een fout in het softwarepakket. Volgens de deskundige mogen foutmeldingen die nopen tot een herstart van het besturingssysteem alleen voorkomen als gevolg van een toevallige samenloop van omstandigheden die een programmeur niet heeft kunnen voorzien. Dit laat echter onverlet dat dit soort fouten volgens de deskundige binnen de programmatuur moet worden opgevangen. Het is een ongebruikelijke procedure het systeem volledig te moeten uitschakelen (6.6 van het deskundigenrapport). Reeds op grond van het vorenstaande onderschrijft de rechtbank het standpunt van Exact dat Windows 98 de oorzaak zou zijn van de problemen derhalve niet. Windows was – het tegendeel is in elk geval niet gebleken – op het moment van de foutmelding nog operationeel. Overigens had het in voorkomend geval op de weg van Exact gelegen om kenbaar te maken dat voormeld besturingssysteem niet geschikt is voor het Exact softwarepakket.

Gesteld noch gebleken is dat Exact dit heeft gedaan.

26. Ten tweede bestrijdt Exact de juistheid van het standpunt van de deskundige dat het onmogelijk bleek in combinatie met de Exact software een screensaver te gebruiken. Exact is van mening dat dit een gevolg is van de kwaliteit van de sreensaver(s) en niet van de Exact software. De rechtbank acht dit punt echter van ondergeschikt belang. De deskundige heeft voormelde constatering immers slechts gedaan in het kader van een bevestiging van een (eerdere) veronderstelling.

27. Het derde bezwaar betreft de stelling van de deskundige dat bestanden gedurende een reparatieperiode niet kunnen worden gebruikt door een klant. De klant behoudt een kopie en kan volgens Exact daarvan 'gewoon gebruik blijven maken'. Slechts in onderling overleg kan om technische redenen besloten worden het gebruik van de software stop te zetten. Ook aan dit bezwaar gaat de rechtbank voorbij. De conclusie van de deskundige dat bestandsbeschadigingen (kunnen) ontstaan als gevolg van een incorrecte foutafhandeling wordt daardoor immers niet anders.

28. Ten vierde bestrijdt Exact dat bestanden onherstelbaar verminkt kunnen worden. Aan dit bezwaar gaat de rechtbank eveneens voorbij. Anders dan Exact meent, is de deskundige van oordeel dat Exact door haar werkwijze de gebruikers van haar software blootstelt aan het risico dat bestanden verminkt worden. Aan dit oordeel voegt de deskundige toe 'wellicht zelfs onherstelbaar'.

29. Het vijfde bezwaar van Exact houdt in dat volgens de definitie van de deskundige niet als een technische fout is aan te merken dat aanwijzingen van de helpdesk niet zijn opgenomen in de gebruiksaanwijzing. Dit bezwaar berust op een onjuiste lezing van het deskundigenbericht, zodat de rechtbank hieraan voorbijgaat.

30. Tot slot bestrijdt Exact de juistheid van de conclusie van de deskundige dat het softwarepakket als niet goed gekwalificeerd moet worden. Exact voert daartoe – samengevat – aan dat de deskundige niet kan uitsluiten dat er andere oorzaken zijn aan te wijzen en dat de oorzaak van het probleem in het geheel niet kan worden vastgesteld. In dit verband heeft Exact ook betwist dat er sprake is van bestandsverminking

zals de deskundige heeft vastgesteld. Deze enkele betwisting is echter onvoldoende om aan het deskundigenrapport op dit punt geen betekenis toe te kennen. Voor het overige gaat de rechtbank aan het bezwaar van Exact voorbij op grond van de volgende conclusie van de deskundige:

'En alhoewel ook andere oorzaken aan het verschijnsel kunnen hebben bijgedragen, acht ik het ontstaan van bestandsbeschadigingen, als gevolg van de gebrekkige foutafhandeling (zie 6.6), respectievelijk het niet toezenden van updates (zie 7.4.11) zodanig ernstige fouten, dat alleen al daarom de werking van de onderdelen order- en voorraadadministratie van het door Effi-Center aan Inducom verkochte Exact softwarepakket als niet goed gekwalificeerd dient te worden.'

31. Het vorenstaande leidt de rechtbank tot de slotsom dat Exact Holding tekortgeschoten is in de uit hoofde van de dealerovereenkomst op haar rustende verplichtingen jegens Effi door een niet adequaat werkend softwarepakket te leveren. Exact Holding heeft voorts onrechtmatig gehandeld en is aansprakelijk voor de (vermogens)schade die Effi door dit toerekenbaar tekortschieten althans onrechtmatig handelen heeft geleden. Op grond van de bevindingen van de deskundige gaat de rechtbank ervan uit dat de installatie van het Exact softwarepakket en de diverse modules op juiste wijze is geschied. Voormelde tekortkoming althans onrechtmatig handelen is immers toe te rekenen aan Exact Holding, nu Exact Holding het pakket heeft ontwikkeld, terwijl Effi slechts dealer is van Exact-producten.

32. Daarmee komt de rechtbank toe aan bespreking van het beroep van Exact Holding op art. 14, meer in het bijzonder art. 14.3 en 14.4, van de dealerovereenkomst, waarin – kort gezegd – uitsluiting en/of beperking van haar aansprakelijkheid is opgenomen. Dit artikel heeft, voorzover hier van belang, de volgende inhoud:

'14.1 Behoudens voor schade welke veroorzaakt is door de eigen opzet of de eigen grove schuld van Exact, is Exact slechts aansprakelijk voor schade voorzover in de volgende leden van dit artikel omschreven. Elke aansprakelijkheid zijdens Exact uit welken hoofde

en/of met betrekking tot welke schade dan ook is overigens uitgesloten.

(...)

14.3. Exact is niet aansprakelijk voor vermogensschade van welke aard dan ook. Voorzover haar geen beroep op dit artikel(lid) toekomt, zal haar aansprakelijkheid in ieder geval beperkt zijn tot een bedrag gelijk aan 50% van de op grond van deze overeenkomst gefactureerde of te factureren bedragen excl. BTW. (...)

14.4. Elk recht op schadevergoeding vervalt in ieder geval voorzover de dealer niet direct na het ontstaan van de schade maatregelen heeft genomen om de schade te beperken respectievelijk meer of andere schade te voorkomen, alsmede Exact ter zake niet zo spoedig als redelijkerwijs mogelijk op de hoogte heeft gesteld van alle ter zake relevante informatie.'

33. Effi stelt zich onder meer op het standpunt dat Exact ook aansprakelijk is voor schade die uit een fout in het product voortvloeit, nu uit art. 12 van de dealerovereenkomst blijkt dat Exact rekening houdt met de mogelijkheid dat haar producten fouten bevatten. Volgens Effi klemt dit temeer, nu Exact in art. 12.1 garandeert dat haar producten voldoen aan de specificatie zoals vermeld in de door haar uitgegeven brochures. De rechtbank overweegt als volgt. In het licht van de in art. 12 van de dealerovereenkomst opgenomen garantie, dient de regel omtrent de uitsluiting van aansprakelijkheid voor vermogensschade buiten toepassing te blijven. De rechtbank acht een beroep op volledige uitsluiting van aansprakelijkheid zoals opgenomen in art. 14.3 eerste volzin naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. De rechtbank overweegt op dit punt als volgt. Tussen partijen is niet in geschil dat Exact Holding de software ontwikkelt.

Effi heeft daarop geen enkele invloed. Op basis van hetgeen de rechtbank reeds omtrent de software en de (on)deugdelijkheid ervan heeft overwogen, staat in dit geval vast dat de software die is geïnstalleerd bij Inducom, een technische fout bevat.

34. Aan het beroep van Exact op art. 14.4 gaat de rechtbank voorbij. In dit geding staat vast dat Exact (Exact Automatisering) betrokken is geweest bij de oplossing van de door Inducom met het softwarepakket ondervonden pro-

blemen. Waar Exact zelf stelt dat Exact Automatisering dergelijke werkzaamheden doet in opdracht van Exact Holding – wat daar verder ook van zij – kan zij thans in redelijkheid niet aan Effi tegenwerpen dat zij direct na het ontstaan van de schade geen maatregelen heeft genomen ter beperking of voorkoming van (andere) schade, dan wel dat Exact Holding door Effi niet zo snel mogelijk op de hoogte is gebracht van alle terzake relevante informatie.

Bovendien is van belang dat Exact zelf stelt dat zij op de hoogte was van het feit dat Inducom Effi had aangesproken op grond van wanprestatie. De omstandigheid dat Exact, zoals zij stelt, niet op de hoogte was van het feit dat Effi Inducom in rechte heeft betrokken, acht de rechtbank in dat licht niet van beslissende betekenis.

35. Het vorenstaande betekent dat Exact Holding gehouden is Effi te vrijwaren en derhalve gehouden is aan Effi te voldoen hetgeen Effi ingevolge dit vonnis aan Inducom dient te voldoen. Ingevolge het bepaalde in art.

14.3 tweede volzin is de hoogte van de schadevergoedingsplicht beperkt tot 50% van de op grond van de dealerovereenkomst gefactureerde of te factureren bedragen exclusief BTW. Effi heeft gesteld dat de vordering integraal voor toewijzing in aanmerking komt, omdat gelet op de looptijd van de dealerovereenkomst (15 jaar) het schadebedrag bedoeld factuurbedrag niet overschrijdt. Exact heeft dit op zichzelf niet weersproken, zodat de vordering van Effi in beginsel voor toewijzing gereed ligt. Weliswaar heeft Exact de hoogte en het bestaan van causaal verband betwist, maar zonder nadere toelichting, die ontbreekt, gaat de rechtbank aan deze betwisting voorbij als onvoldoende feitelijk onderbouwd en onvoldoende toegelicht. Op grond van het vorenstaande is Exact Holding gehouden aan Effi te voldoen €41 503,33 (€24 331,63 plus €17 171,70). Het onderdeel van de vordering dat betrekking heeft op de door Effi gestelde, onnodig gemaakte uren ad €2886,04, zal de rechtbank echter afwijzen. Exact heeft haar vordering op dit punt onvoldoende onderbouwd.

36. Inzake buitengerechtelijke incassokosten (in de hoofdzaak) vordert Effi overeenkomstig het NOvA-tarief f 2928,21. Op dit punt heeft Effi te weinig gesteld, zodat dit onderdeel van de vordering niet toewijsbaar is.

37. Effi heeft voorts de veroordeling van Exact gevorderd in de kosten van de procedure in de hoofdzaak in reconventie. Exact heeft dit onderdeel van de vordering niet weersproken, zodat de rechtbank dit deel van de vordering zal toewijzen.

38. Exact zal als de in het ongelijk gestelde partij in de kosten van de procedure in vrijwaring worden veroordeeld.

Beslissing

De rechtbank:

In de hoofdzaak:

In conventie:

wijst de vordering af.

II. veroordeelt Effi in de proceskosten aan de zijde van Inducom, tot op heden begroot op €512,73 aan vast recht en op €1950 aan salaris van de procureur.

III. veroordeelt Effi in de kosten van het incident aan de zijde van Inducom, begroot op nihil aan verschotten en op €390 aan salaris van de procureur.

In reconventie:

IV. veroordeelt Effi om €24 331,63 aan Inducom te betalen, te vermeerderen met de wettelijke rente over €17 967,36 vanaf 13 oktober 1999 en over €6364,27 vanaf 7 april 2000, in beide gevallen tot aan de dag der algehele voldoening.

V. veroordeelt Effi in de proceskosten aan de zijde van Inducom, tot op heden begroot op nihil aan verschotten en op €975 aan salaris van de procureur.

In conventie en in reconventie:

VI. bepaalt dat de kosten van het deskundigen bericht ad €17 171,70 door Effi moeten worden gedragen.

Verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad voorzover het betreft hetgeen in II, III, IV en V is beslist.

Wijst af het meer of anders gevorderde.

In de vrijwaringszaak:

II. verklaart Effi niet-ontvankelijk in haar vordering ten opzichte van Exact Automatisering voorzover gebaseerd op wanprestatie.

X. wijst af de vordering ten opzichte

van Exact Automatisering voorzover gebaseerd op productaansprakelijkheid en onrechtmatige daad.

- XI. bepaalt dat Exact Holding Effi dient te vrijwaren in die zin dat Exact Holding gehouden is aan Effi te voldoen, hetgeen Effi ingevolge dit vonnis in de hoofdzaak in reconventie aan Inducom dient te voldoen, derhalve € 41 503,33.

Veroordeelt Exact Holding om inzake proceskosten in de hoofdzaak in reconventie € 975 aan Effi te betalen.

Veroordeelt Exact Holding in de proceskosten aan de zijde van Effi, tot op heden begroot op € 951,93 aan verschotten en op € 1365 aan salaris van de procureur.

Wijst af het meer of anders gevorderde.

Noot¹

1. Inleiding

Effi sluit een dealerovereenkomst met Exact. Op basis van deze overeenkomst heeft Effi het recht Exact-software te leveren aan afnemers en deze bij hen te installeren. De overeenkomst bevat een tweetrapsexoneratie die bepaalt dat Exact niet aansprakelijk is voor vermogensschade van welke aard dan ook (aansprakelijkheidsuitsluiting) en, voorzover Exact geen beroep toekomt op deze uitsluiting, haar aansprakelijkheid is beperkt tot een bedrag gelijk aan 50% van de op grond van de overeenkomst gefactureerde of te factureren bedragen (aansprakelijkheidsbeperking).

Inducom geeft Effi opdracht Exact-software te leveren en installeren. Op de overeenkomst tussen Inducom en Effi zijn geen algemene voorwaarden van toepassing. Verder sluit Inducom een licentie- en onderhoudsovereenkomst met Exact.² Inducom voldoet alleen de eerste factuur aan Effi. Inducom meent dat de door Effi geleverde software niet werkt, ontbindt de overeenkomst met Effi (buitengerechtelijk) en weigert de resterende openstaande facturen van Effi te voldoen.

Effi dagvaardt Inducom en vordert betaling van de openstaande facturen. Inducom vordert (in reconventie) een verklaring voor recht dat de overeenkomst terecht is ontbonden althans dat het een terechte (gerechtelijke) ontbinding is, alsmede schadevergoeding (onder andere de kosten van de door Inducoms medewerkers nodeloos

gemaakte uren). Effi roept Exact in vrijwaring op en vordert (onder andere en zoals gebruikelijk) veroordeling van Exact tot al hetgeen Effi in de hoofdzaak aan Inducom moet betalen.

De rechtbank gaat uit van de bevindingen van de door haar benoemde deskundige (zie hierna onder 3 en oordeelt in de hoofdzaak dat de door Effi aan Inducom geleverde en geïnstalleerde Exact-software onvoldoende en ondeugdelijk is. Vervolgens concludeert de rechtbank dat Effi tekort is geschoten in de nakoming van de leverings- en installatieovereenkomst, verklaart voor recht dat de overeenkomst terecht is ontbonden en veroordeelt Effi tot terugbetaling van het bedrag dat aan haar is voldaan naar aanleiding van de eerste factuur en tot betaling van de kosten van de uren die Inducoms medewerkers nodeloos hebben gemaakt.

In de vrijwaringszaak stelt de rechtbank vast dat Exact tekort is geschoten in de nakoming van de dealerovereenkomst met Effi en onrechtmatig heeft gehandeld door aan Effi niet adequaat werkende software te leveren. Vervolgens acht de rechtbank een beroep op de aansprakelijkheidsuitsluiting van Exact naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar (i) in het licht van het feit dat Exact in haar algemene voorwaarden garandeert dat haar producten voldoen aan de specificaties, zoals vermeld in haar brochures en omdat (ii) Effi geen invloed heeft op de softwareontwikkeling door Exact en (iii) de software een technische fout bevat (zie hierna onder 4). De rechtbank laat de aansprakelijkheidsbeperking wel in stand, veroordeelt Exact tot betaling aan Effi tot al hetgeen Effi volgens de rechtbank aan Inducom moet betalen en stelt vast dat het schadebedrag de aansprakelijkheidsbeperking niet overstijgt.

In het hiernavolgende ga ik achtereenvolgens na wat de rollen zijn van een partijdeskundige³ en een door de rechter benoemde deskundige, behandel ik de rol en invloed van de deskundige in deze zaak en analyseer ik de wijze waarop de rechtbank tot het oordeel komt dat de aansprakelijkheidsuitsluiting wel, maar de aansprakelijkheidsbeperking niet, onaanvaardbaar is.

2. Twee soorten deskundigen

In automatiseringgeschillen worden vaak automatiseringsdeskundigen ingeschakeld om voorlichting te geven over

technische kwesties. Onderscheid moet worden gemaakt tussen de partijdeskundige en de door de rechter benoemde deskundige.

Bij een (vermeende) mislukte automatisering kan de afnemer een partijdeskundige in schakelen om feiten te verzamelen ter onderbouwing van argumenten voor het ontbinden van de overeenkomst en het verkrijgen van schadevergoeding. Dit helpt bij de beoordeling van de schikkings- en proceskansen en het schikken en procederen zelf. Deze partijdeskundige kan (op instigatie van de afnemer) de leverancier uitnodigen (samen met de afnemer) bij zijn onderzoek aanwezig te zijn zodat de leverancier kan reageren op de (vermeende) fouten. De aanwezigheid van de leverancier kan om twee redenen opportuun zijn. Ten eerste hoort de partijdeskundige beide kanten van het verhaal en is hij beter in staat een oordeel te vellen. Ten tweede wordt de kans kleiner dat het uiteindelijke rapport van de partijdeskundige – als hij (ten minste en overigens geheel onverplicht) het beginsel van hoor en wederhoor correct toepast – door een rechter als (te) partijdig en dus (in het meest extreme geval) als onbruikbaar wordt bestempeld.

Overigens staat het streven naar een zo gunstig mogelijk rapport voor de afnemer op gespannen voet met het streven de waarde van het rapport te verhogen door ook de visie van de leverancier op te nemen teneinde (de schijn van) een bepaalde mate van objectiviteit te introduceren. In de praktijk wint het eerste streven het vaak van het laatste. Als de afnemer een partijdeskundige

1 Zie voor commentaar op deze uitspraak Peter van Schelven, 'Exact moet hoe dan ook in hoger beroep gaan', *Automatiseringgids* 29 oktober 2004; Victor de Pous, 'Exact-pakket liet informatiesysteem regelmatig vastlopen', *Automatiseringgids* 29 oktober 2004; Opinie Luuk de Groot & Frans van Bommel, 'Exact moet juist niet in hoger beroep gaan!', *Automatiseringgids* 5 november 2004; en Jeroen van der Lee & Louwrens Phoelich, 'Aansprakelijkheid voor softwarefouten', *IT Monitor* februari 2005, p. 12-13.

2 Dat blijkt uit r.o. 6.3 van het hier niet gepubliceerde tussenvonnis van 22 februari 2002.

3 Art. 200 Rv kiest voor de term 'niet door de rechtbank benoemde deskundige' in plaats van 'partijdeskundige' om verwarring te voorkomen met het begrip 'partijgetuige' (*Kamerstukken II* 1999/00, 26 855, nr. 3, p. 124-125 (MvT)). Ik gebruik desalniettemin het in de praktijk gehanteerde begrip 'partijdeskundige'.

inschakelt, dan kan de leverancier op zijn beurt ook een partijdeskundige inschakelen. In de regel spreken beide partijdeskundigen elkaar tegen. Op dat moment is de kans groot dat de rechter alsnog zelf een of meerdere deskundigen benoemt. Alvorens deze deskundige te benoemen, biedt hij partijen in de regel eerst de gelegenheid het samen eens te worden over de persoon van de in te schakelen deskundige(n) en de aan hem(/hen) te stellen vragen. Komen zij daar niet samen uit, dan beslist de rechter. Door aldus zelf een deskundige te benoemen waarborgt de rechter (zo veel mogelijk) dat de vragen niet sturend en gekleurd zijn (althans dat iedere partij de gelegenheid heeft gehad dit te voorkomen), het rapport van de deskundige(n) onpartijdig wordt en hoor en wederhoor wordt toegepast (tot dat laatste verplicht art. 198 Rv de deskundige).

Een fraai voorbeeld van elkaar tegenprekende deskundigen is te vinden in het arrest *KIN/CAP*.⁴ In die zaak schakelen beide partijen ieder partijdeskundigen in, worden de rapporten van deze partijdeskundigen in het geding gebracht, becommentariëren beide kampen de rapporten van het andere kamp en verdedigt ieder kamp zijn eigen conclusies. Dit wekt bij het hof de indruk dat de partijdeskundigen onvoldoende afstand van de materie hebben weten te houden en het vormt aanleiding voor het hof nog een nader deskundigenonderzoek te gelasten.

Als de rechter toch vaak een 'eigen' deskundige benoemt, rijst de vraag of het überhaupt zin heeft een partijdeskundige in te schakelen. Wie bijvoorbeeld van mening is dat de rechter toch nooit een partijdeskundigenrapport zal geloven en daarom altijd een 'eigen' deskundige zal benoemen, zou eens kunnen proberen vóór (of tijdens) een procedure door de rechter een voorlopig deskundigenonderzoek te laten bevelen (art. 202 Rv).

Benoemt de rechter eenmaal een 'eigen' deskundige en aanvaardt deze deskundige zijn benoeming, dan is deze deskundige – anders dan de partijdeskundige – verplicht de opdracht onpartijdig en naar beste weten te volbrengen (art. 198 lid 1 Rv).

3. De rol en invloed van de deskundige

Heeft de rechter eenmaal een deskundigenonderzoek gelast, dan volgt de

rechter meestal de conclusies (dus niet het hele rapport) van de deskundige door het uitspreken van de sacrale formule 'de rechtbank neemt de conclusies van de deskundige over en maakt deze tot de hare'. Hoewel de rechtbank in deze zaak de sacrale formule niet uitspreekt, doet zij in feite (bijna) hetzelfde. Verder legt de deskundige nadere criteria aan ter beantwoording van de vraag van de rechtbank of de geleverde software fouten bevat die maken dat de werking niet goed is. Dat komt vaker voor als de deskundige meent dat de aan hem gestelde vraag vanuit technisch oogpunt onvoldoende precies is. De deskundige in deze zaak acht de werking van de bewuste software goed als deze software (i) wat betreft functionaliteit aansluit bij hetgeen de gebruikershandleiding daaromtrent vermeldt en (ii) voldoet aan daaraan te stellen redelijke eisen van beschikbaarheid, foutloos opereren, beheersbaarheid en onderhoudbaarheid.

Opvallend is dat de deskundige in deze zaak ook opmerkingen maakt en conclusies trekt die strikt genomen niet noodzakelijk lijken te zijn voor de beantwoording van de door de rechtbank gestelde vragen. Door wel aldus gevraagd oordelen te vellen wekt de deskundige de indruk op de stoel van de rechter te willen gaan zitten.⁵ Daar staat – in zijn algemeenheid⁶ – tegenover dat (i) een deskundige verzoeken van partijen tot nader onderzoek vaak opvolgt (op de voet van art. 198 lid 2 Rv) om een kort geding, een nader deskundigenonderzoek (art. 194 lid 5 Rv) of zelfs een aansprakelijkstelling te voorkomen, (ii) partijen 'er zelf bij zijn' en zo nodig corrigerend kunnen optreden en (iii) de rechter uiteindelijk verantwoordelijk is voor het selecteren van de aangedragen informatie die voor het vellen van zijn oordeel nodig is. Toch meen ik dat de eigen verantwoordelijkheid van een deskundige zwaar weegt en een deskundige moet voorkomen dat hij een speelbal van partijen wordt en zich buiten het speelveld begeeft. Als dat toch gebeurt, is dat niet alleen kostenverhogend, maar bestaat ook het gevaar dat de deskundige een van beide partijen helpt door alsnog feiten en argumenten te verschaffen die buiten de vraagstelling liggen en die de geholpen partij (bijvoorbeeld door middel van een wijziging van eis of in hoger beroep) kan gebruiken om zijn eis of verweer kracht bij te zetten. Daarmee

komt de onpartijdigheid van de deskundige in het geding. De door de rechter benoemde deskundige is er – anders dan de partijdeskundige – niet om de partijen te helpen, maar om de rechter voor te lichten. Idealiter zou een deskundige zich in het bijzijn van beide partijen tot de rechter moeten kunnen wenden als dit gevaar zich dreigt te verwezenlijken en hij, bij gebreke aan juridische deskundigheid, er niet zelf uitkomt. Helaas biedt de wet hem daartoe niet de mogelijkheid en stellen rechters in de praktijk de deskundige evenmin daartoe in de gelegenheid. Het lijkt mij goed als de rechter de deskundige die mogelijkheid wel biedt. Zo vindt de deskundige in antwoord op de eerste vraag (of de software fouten bevat die maken dat de software niet goed werkt) dat het regelmatig voorkomen van fouten die een herstart van Windows noodzakelijk maken een aanwijzing vormt voor onordelijk programmeren en dat dit bevestigt dat de programmeurs van Exact de geprogrammeerde processen onvoldoende beheersten en gebrek hebben aan overzicht daarover (8.1.9 rapport). Relevant is dat de software fouten vertoont die een herstart van Windows noodzakelijk maken. Ik vraag mij echter af wat de relevantie is van de conclusies die de deskundige hieruit trekt. Deze conclusies (over onordelijk programmeren, het onvoldoende beheersen van processen en het gebrek hebben aan overzicht) hebben betrekking op de wijze waarop de programmeurs van Exact opereren (handelen van mensen), terwijl gevraagd wordt naar de werking van de software (conformiteit van een product). Ook grijpt de deskundige de (gebruikelijke) mogelijkheid aan uit eigener beweging nadere opmerkingen te maken. Hij oordeelt dat Effi, hoewel formeel wellicht verantwoordelijk, feitelijk

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

5 Zie in dit verband ook A.P. Meijboom, 'Wat de advocaat verwacht van de deskundige', in: B.W. Slijk, F.J.M. Ruiterman & J.J.M. Schers (red.), *De (automatiserings-)deskundige in rechtspleging. Een bundeling van de resultaten van het Project Kwaliteitsborging Deskundigenberichten in ICT-zaken*, Maastricht: Shaker Publishing B.V. 2002, p. 157.

6 Om te kunnen beoordelen of deze argumenten in deze zaak stand houden zou een studie van het hele procesdossier, met name het deskundigenrapport en de conclusies na deskundigenrapport, vereisen. Die studie heb ik niet verricht.

niets te verwijten valt, omdat zij niet over de broncode van de software beschikt (8.5 rapport). Ook over de positie van Effi (afgeschilderd als de bekende tussenpersoon) en het tonen van gevoelsreflecties (begrip voor de gevolgen van de fouten) wordt het oordeel van de deskundige niet gevraagd.

Verder oordeelt de deskundige uit eigener beweging dat de houding van Exact verbazingwekkend is, omdat zij geen enkel (zichtbaar) begrip toonde voor de gevolgen van de bestandsbeschadigingen voor de bedrijfsvoering van Inducom en niet de moeite nam gebruikers van de software schriftelijk te wijzen op de inmiddels bij Exact bekende gebreken (8.7 rapport). Of Exact derden op de hoogte heeft gesteld van bekende gebreken lijkt mij voor de beantwoording van de door de rechtbank gestelde vragen niet relevant, net zo min als relevant is het door leveranciers vaak aangevoerde argument dat de software bij anderen wel functioneert.⁷ Het gaat immers om deze zaak en niet om die van een ander.

De vraag rijst waarom de rechtbank zich, getuige haar vragen en oordeel, uitsluitend richt op de conformiteit van de software (uit hoofde van een leveringsverplichting⁸) en niet ook – zoals de deskundige lijkt te doen – op de zorg die een goed opdrachtnemer in acht moet nemen (uit hoofde van een onderhoudsverplichting). Dat komt omdat de rechtbank niet anders kan. De rechtbank moet een eventuele schending van een onderhoudsverplichting buiten beschouwing laten, omdat de vorderingen van Inducom deze grondslag ontberen. Immers, de onderhoudsverplichting vloeit voort uit de licentie- en onderhoudsovereenkomst tussen Inducom en Exact, terwijl Inducom in deze zaak ‘alleen’ Effi aanspreekt (wanprestatie onder de installatie- en leveringsovereenkomst) en niet Exact (wanprestatie onder de licentie- en onderhoudsovereenkomst). Door alsnog ongevraagd over de onderhoudsaspecten te oordelen, overschrijdt de deskundige (waarschijnlijk onbedoeld) de grenzen van de rechtsstrijd.

4. Exoneraties

Zoals gezegd acht de rechtbank een beroep van Exact jegens Effi op Exact's aansprakelijkheidsuitsluiting naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. De rechtbank komt tot dit oordeel (i) in het licht van het feit

dat Exact in haar algemene voorwaarden garandeert dat haar producten voldoen aan de specificaties, zoals vermeld in haar brochures, en omdat (ii) Effi geen invloed heeft op de softwareontwikkeling door Exact en (iii) de software een technische fout bevat. Ik loop deze drie omstandigheden na om te bezien of deze omstandigheden van voldoende gewicht zijn om de aansprakelijkheidsuitsluiting buiten toepassing te laten.

Brunner⁹ en Van Rossum¹⁰ menen dat een specifieke garantie prevaleert boven een algemene exoneratie, omdat een specifieke regel prevaleert boven een algemene regel. De Hoge Raad beslist in *Vos/Heipro* dat de ‘regel’ dat een specifieke bepaling in een overeenkomst boven een bepaling in algemene voorwaarden gaat, geen (ongeschreven) rechtsregel is, maar hooguit kan gelden als een gezichtspunt.¹¹ Verder overweegt de Hoge Raad in *Hoog Catharijne* dat het begrip ‘garantie’ geen vaste betekenis heeft, maar dat de betekenis van een garantie moet worden bepaald aan de hand van de *Haviltex*-formule.¹² Als volgens de Hoge Raad een specifieke bepaling in een overeenkomst niet automatisch prevaleert boven een bepaling in algemene voorwaarden en een garantie niet een vaste betekenis heeft, betekent dit mijns inziens dat een specifieke garantie niet automatisch boven een algemene exoneratie gaat.

Ik ben zelfs van mening dat het enkele feit dat een verbintenis in de vorm van garantie is gegoten niet van invloed behoort te zijn op de toetsing van exoneraties. De waarde van een garantie ligt op een ander vlak. De meeste garanties worden doorgaans beschouwd als versterkte resultaatsverbintenissen die de bewijslast voor de gelaedeerde verlichten – hij hoeft enkel te bewijzen dat het gegarandeerde is uitgebleven – en de garant (in beginsel) een beroep op overmacht beletten.¹³ De laedens zal in de regel dus sneller en gemakkelijker aansprakelijk zijn wanneer hij een garantie afgeeft, dan wanneer hij dat niet doet. Naar mijn stellige overtuiging is dat, in *Haviltex*-termen, de (enige) zin die partijen over en weer redelijkerwijs aan een garantie *mogen* toekennen. Bovendien worden garanties doorgaans afgegeven ten aanzien van de kern van de prestatie. Voor de gelaedeerde is het immers van belang de laedens zo snel en gemakkelijk mogelijk aansprakelijk te laten zijn voor schendingen met be-

trekking tot de kern van de prestatie. Zo ziet de garantie in deze zaak op de conformiteit van de software. Als ergens substantiële schade door ontstaat, is dat door schending van de kern van de prestatie. Exoneraties worden (evenals garanties) juist opgenomen met betrekking tot de kern van de prestatie. Het feit dat de kern van de prestatie is geschonden is (dus) geen valide verweer tegen het invoeren van een exoneratie, aldus het Hof 's-Hertogenbosch recentelijk in *Kirpestein Machinery/Koolen-Breda*.¹⁴ Partijen beogen juist alle schendingen van verbintenissen, dus ook (en met name) schendingen van de kern van de prestatie en daarop betrekking hebbende garanties, te onderwerpen aan de overeengekomen exoneratie. Anders heeft een exoneratie (bijna) geen zin. De meest voorkomende en meest substantiële schade zou dan buiten de exoneratie vallen. Dat kan niet de bedoeling zijn. Als partijen willen dat een garantie prevaleert boven een exoneratie, dan moeten zij dat uitdrukkelijk bepalen.

- 7 Zie voor de weerlegging van dit leveranciersargument Rb. 's-Hertogenbosch 15 januari 1988, *Computerrecht* 1993/1, p. 26 (*BMS/Van der Veer*).
- 8 Wanprestatie onder de overeenkomst tussen Inducom en Effi tot levering en installatie (r.o. 7) en wanprestatie onder de dealerovereenkomst tussen Effi en Exact tot levering van adequaat werkende software (r.o. 31).
- 9 HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994, 289 (Concl. A-G Mok; *Maassluis of Steendijkpolder*; m.nt. Brunner) en HR 25 juni 1993, *NJ* 1993, 291 (Concl. A-G Hartkamp; *Gerards/Vijverberg*; m.nt. Brunner).
- 10 M.M. van Rossum, ‘Rechtskarakter van een garantie’, in: M.M. van Rossum e.a., *Garanties in de rechtspraktijk* (Serie Recht en Praktijk nr. 20), Deventer: Kluwer 2002, p. 40-41.
- 11 HR 13 juni 2003, *NJ* 2003, 506 (Concl. A-G Verkade; *Vos/Heipro*).
- 12 HR 22 december 1995, *NJ* 1996, 300 (Concl. A-G Hartkamp; *ABP C.s./FGH en Breevast of Hoog Catharijne*).
- 13 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. 262 (MvA II) en p. 264 (TM) en A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenissen in het algemeen*, Deventer: Kluwer 2003, nr. 21.
- 14 Hof 's-Hertogenbosch 9 maart 2004, *NJF* 2004, 469 (*Kirpestein Machinery/Koolen-Breda*). Anders: E.P.M. Thole, ‘Privaatrecht’, in: *Recht en Informatietechnologie. Handboek voor rechtspraktijk en beleid. Hoofdstuk 7E*, Deventer: Kluwer 2000, p. 35-36 onder verwijzing naar Rb. Utrecht, rolnr. 90-3654 (*Vedior/MID*).

De tweede omstandigheid die de rechtbank relevant acht voor de toetsing van de aansprakelijkheidsuitsluiting is het feit dat Effi geen invloed heeft op de ontwikkeling van de software door Exact. Dat is echter niet relevant voor de toetsing van een aansprakelijkheidsuitsluiting. Het is bijna altijd zo dat een wederverkoper van standaardsoftware geen invloed heeft gehad op de ontwikkeling daarvan. Als de wederverkoper deze invloed wel had gehad, dan zou dat een reden zijn het beroep op de aansprakelijkheidsuitsluiting juist niet ongeoorloofd te achten of te oordelen dat sprake is van eigen schuld (art. 6:101 BW).

De laatste omstandigheid betreft de vaststelling dat de software een technische fout bevat. Ook dat is niet ongebruikelijk. Integendeel, software bevat vaak fouten. In *Genap/Improve*¹⁵ oordeelt de Almelose President dat fouten in computersystemen niet zijn uit te sluiten en in *WOB/Exact*¹⁶ oordeelt de Haagse Rechtbank zelfs dat software naar de aard van het product in zekere mate programmeer- en ontwerpfouten bevat. Volgens deze rechtspraak beïnvloeden fouten in software de vestiging van aansprakelijkheid en de omvang van een schadevergoedingsverplichting eerder in negatieve dan in positieve zin. Waar het in het kader van het al dan niet beletten van een beroep op de exoneration met name om gaat is niet of de software technische fouten bevat, maar in hoeverre de betreffende fout van invloed is op de zwaarte van de schuld van Exact. Met andere woorden, welke mate van schuld valt Exact te verwijten met betrekking tot deze fout? Daarover laat de rechtbank zich bij de toetsing van de aansprakelijkheidsuitsluiting ten onrechte niet uit.

Verder is opvallend dat de rechtbank het beroep van Exact op haar aansprakelijkheidsuitsluiting onaanvaardbaar acht, maar de aansprakelijkheidsbeperking in stand laat. Als een garantie automatisch prevaleert boven een exoneration, valt niet in te zien waarom de aansprakelijkheidsbeperking wel en de aansprakelijkheidsuitsluiting niet in stand blijft. Ook de rechtbank is er kennelijk van overtuigd dat een zodanig automatisme niet geldt. Vaak wordt, onder verwijzing naar het *Thermostaten*-arrest¹⁷, geleerd dat de kans kleiner is dat een exoneration onaanvaardbaar wordt geacht naarmate er een minder grote wanverhouding is tussen de om-

vang van de (mogelijke) schade en de hoogte van de aansprakelijkheidsbeperking. Hoewel ik het ook met die regel niet (volkomen) eens ben, neem ik aan dat de rechtbank om die reden de aansprakelijkheidsbeperking wel in stand heeft gelaten. Helaas ontbreekt ook hier een nadere motivering van de rechtbank.

Op basis van de door de rechtbank aangedragen omstandigheden zie ik kortom geen reden de aansprakelijkheidsuitsluiting naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar te achten.

5. Conclusie

Deze uitspraak is om twee redenen opmerkelijk. Ten eerste trekt de deskundige conclusies die strikt genomen niet noodzakelijk lijken te zijn voor de beantwoording van de door de rechtbank gestelde vragen. De deskundige overschrijdt daarmee (waarschijnlijk onbedoeld) de grenzen van de rechtsstrijd. Ten tweede meent de rechtbank mijns inziens op onjuiste gronden dat een beroep van Exact op haar aansprakelijkheidsuitsluiting naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Zo heeft schending van een garantie bijvoorbeeld niet automatisch tot gevolg dat een beroep op een exoneration onaanvaardbaar is.

T. de Graaf

-
- 15 Pres. Rb. Almelo 16 juli 1999 (kort geding), *KG* 1999, 302 (*Genap/Improve*).
- 16 Rb. 's-Gravenhage 11 juli 2001, *Computerrecht* 2001/5, p. 268 (*WOB/Exact*).
- 17 HR 18 december 1981, *NJ* 1982, 71 (Concl. A-G Ten Kate; *Thermostaten of Van Kleef/Monster*).

14 College van Beroep voor het bedrijfsleven 8 december 2004 AWB 04/370

(*Mr. C.J. Borman, mr. W.E. Doolaard
en mr. F. Stuurrop*)

Telecommunicatierecht – nummerportabiliteit – dwangsom

Partijen:

Uitspraak op het hoger beroep van: Het College van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: OPTA), tegen de uitspraak van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank te Rotterdam van 24 maart 2004, verzonden op 30 maart 2004, in het geding

KPN Mobile The Netherlands B.V. (hierna: KPN), gevestigd te Den Haag
Gemachtigde: mr. Q.R. Kroes, advocaat te Amsterdam

tegen:

OPTA

Gemachtigde: mr. M. Dijkstra, advocaat te Den Haag

met als derde partij:

Telfort B.V. (hierna: Telfort), gevestigd te Amsterdam

Gemachtigde: ing. R.A.S de Geus, RI, nummering manager van Telfort

1. De procedure

Op 4 mei 2004 heeft het College van OPTA een beroepschrift ontvangen, waarbij hoger beroep wordt ingesteld tegen de uitspraak van 24 maart 2004 van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank te Rotterdam (VTELEC 04/493-RIP en TELEEC 04/494-RIP, *LJN* AO7010) op het beroep van KPN tegen het besluit van OPTA van 13 februari 2004. Bij dit besluit is beslist op het bezwaar van KPN tegen het besluit van 11 november 2003, waarbij OPTA aan KPN een last onder dwangsom heeft opgelegd.

In een begeleidend schrijven heeft OPTA tevens een verzoek om versnelde behandeling als bedoeld in art. 8:52 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) ingediend.

Bij brief van 26 mei 2004 heeft het College dat verzoek om versnelde behandeling afgewezen.

De Rechtbank te Rotterdam heeft het College bij brief van 22 juni 2004 de gedingstukken en een afschrift van het proces-verbaal van de zitting doen toekomen.

Bij brief van 20 juli 2004, bij het College binnengekomen op 21 juli 2004, heeft KPN een reactie op het beroepschrift ingediend.

Het College heeft bij brieven van 9 september 2004 Telfort, Orange Nederland N.V. en T-Mobile Netherlands B.V. uitgenodigd aan te geven of zij als partij aan dit geding wensen deel te nemen.