



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Annotation: Rb ('s-Hertogenbosch) 2006-01-11

Graaf, T.J. de

Citation

Graaf, T. J. de. (2006). Annotation: Rb ('s-Hertogenbosch) 2006-01-11. *Computerrecht*, 3, 162-166. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/47278>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/47278>

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

derdelencodelijsten te gebruiken. Dit betekent onder meer dat Promasy bij haar bestaande klanten de autovolgnummercode-, onderdelen- en onderdelencodelijsten van Autonet dient te vervangen door haar eigen lijsten. Als Promasy's eigen lijsten op ondergeschikte onderdelen overeenstemmen met de lijsten van Autonet, met name wat de benaming van de onderdelen betreft, zal dat geen overtreding van het gebod zijn. Vanzelfsprekend is dat ook niet het geval als Promasy de benamingen en codes van de Audatex-lijst overneemt. Promasy zal een termijn van twee maanden na betekening van het vonnis worden gegeven om aan de veroordeling te voldoen.

18. Het gevorderde bevel tot het geven van opening van zaken zal aldus worden toegewezen dat Promasy binnen een maand na betekening van het vonnis een door een accountant geverifieerde opgave dient te doen van de klanten aan wie zij haar computerprogramma Promasy met daarin de autovolgnummercode-, onderdelen- en onderdelencodelijsten van Autonet heeft geleverd en de omzet die zij bij deze klanten tot heden heeft behaald.

19. Aan de onder 16 en 17 genoemde veroordelingen zal een dwangsom worden verbonden die zal worden gelimiteerd.

20. De voorzieningenrechter ziet geen aanleiding de vordering tot betaling van een voorschot van de onrechtmatig verkregen winst toe te wijzen. Deze vordering is betwist. Er is thans nog geen uitspraak te doen over de omvang van de eventuele schade die Autonet heeft geleden door het gebruik door Promasy van haar autovolgnummercode-, onderdelen- en onderdelencodelijsten.

21. De voorzieningenrechter is niet gebleken dat Autonet kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte heeft gemaakt, zodat dat onderdeel van de vordering ook zal worden afgewezen.

22. Promasy zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van dit geding.

De beslissing

De voorzieningenrechter

1. Verbiedt Promasy binnen twee maanden na betekening van dit vonnis de autovolgnummercode-, onderdelen- en onderdelencodelijsten van Autonet te gebruiken;

2. veroordeelt Promasy om ingeval zij (na betekening van dit vonnis) in gebreke mocht blijven aan de veroordeling onder 1 te voldoen, aan Autonet een dwangsom te voldoen van € 1000 per dag dat Promasy in gebrek blijft, echter met een maximum van € 50 000;

3. beveelt Promasy om binnen één maand na betekening van dit vonnis een door een accountant geverifieerde opgave te doen van de klanten aan wie zij haar computerprogramma Promasy met daarin de autovolgnummercode-, onderdelen- en onderdelencodelijsten van Autonet heeft geleverd en de omzet die zij bij deze klanten tot heden heeft behaald;

4. veroordeelt Promasy om ingeval zij (na betekening van dit vonnis) in gebreke mocht blijven aan de veroordeling onder 3 te voldoen, aan Autonet een dwangsom te voldoen van € 250 per dag dat Promasy in gebreke blijft, echter met een maximum van € 25 000;

5. veroordeelt Promasy in de kosten van dit kort geding, tot aan deze uitspraak aan de zijde van Autonet bepaald op € 311,40 wegens verschotten en op € 816 voor salaris procureur;

6. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

7. wijst af het anders of meer gevorderde.

72 **Rechtbank 's-Hertogenbosch (sector civiel recht), 11 januari 2006**

(Mr. J.E. Biesma)

ontwikkelingsovereenkomst – ontbinding – waardevergoeding

Partijen:

In de zaak van
De stichting Beter Samen
Gevestigd te Rosmalen
Eiseres in conventie

Verweerster in reconventie
Procureur mr. F.P. Aarts
tegen:

De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Van Mierlo Ingenieursbureau B.V.

Gevestigd te Eindhoven
Gedaagde in conventie
Eiseres in reconventie
Procureur mr. B.P.D. Appels

Partijen zullen hierna OGP en Van Mierlo genoemd worden.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- het tussenvonnis van 2 februari 2005 en de daarin genoemde gedingstukken;
- het deskundigenbericht van B.W. Slijk van 16 augustus 2005, dat op 17 augustus 2005 ter griffie is gedeponeerd;
- de conclusie na deskundigenbericht van OGP;
- de antwoordconclusie na deskundigenbericht van Van Mierlo.

Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De verdere beoordeling

In reconventie

2.1 De rechtbank volhardt bij hetgeen in voormeld tussenvonnis is overwogen en beslist.

2.2. Partijen hebben in hun processtukken zowel bedragen in guldens als bedragen in euro's vermeld. De rechtbank zal in de rechtsoverwegingen en in het dictum waar nodig guldensbedragen omrekenen in eurobedragen.

2.3. In onderhavige zaak is – zakelijk weergegeven – thans nog de vraag aan de orde wat de waarde is van de door Van Mierlo verrichte werkzaamheden op het moment van het stopzetten van het project met betrekking tot ontwikkeling van een nieuw intelligent apparaat ten behoeve van elektro-acupunctuur, genaamd NoNo 2000 (het deel OGR02), op 20 september 2001. Bij voormeld tussenvonnis is door de rechtbank ter beantwoording van deze vraag een deskundigenonderzoek gelast. Het deskundigenonderzoek is uitgevoerd door B.W. Slijk (hierna: de deskundige). In het deskundigenrapport is onder meer opgenomen:

'Beantwoording van vraag 1

2.10 *Uit het vonnis van de rechtbank van 2 februari 2005 en de in het procesdossier opgenomen stukken blijkt, dat Van Mierlo gaande het ontwikkeltraject van de NoNo 2000 geconfronteerd is met nieuwe eisen en wensen van OGP, respectievelijk een nadere precisering daarvan en dat dat leidt tot een aanzienlijke extra tijdbesteding door Van Mierlo. Een verhoging van het, voor-*

afgaand aan 18 augustus 2000 begrote, maximale ontwikkelbudget van f 200 000 exclusief BTW acht ik, op basis van de in nr. 7 onder punt 2 tot en met 8 van het vonnis van 2 februari 2005 genoemde meerwerk, dan ook zeker te rechtvaardigen.

Van Mierlo heeft echter niet inzichtelijk kunnen maken in welke mate de wijziging van de specificaties en het inbrengen van nieuwe klantspecificaties na 18 augustus 2000 – met de in nr. 7 onder punt 2 tot en met 8 van het vonnis van 2 februari 2005 genoemde punten – daadwerkelijk tot een verhoging van het ontwikkelbudget zouden moeten leiden. De voor dit inzicht noodzakelijke informatie is namelijk niet (overgelegd Daardoor blijft onduidelijk hoeveel tijd redelijkerwijze gemoeid zou zijn met het doorvoeren van de wijzigingen (zie ook 2.4 e.v.) en is het dus ook niet mogelijk om de met de wijziging en aanvulling van de klantspecificaties samenhangende verhoging van het maximale ontwikkelbudget te begroten.

Afgaand op de beschikbare informatie met betrekking tot de bij 2.2 genoemde punten, valt te denken aan een verhoging van het ontwikkelbudget met een bedrag in de orde grootte van f 10 000 tot f 25 000. (...)

3. De waarde van de werkzaamheden (vraag 2 van de rechtbank)

3.1 De tweede vraag van de rechtbank luidt:

‘Wat is de waarde van de door Van Mierlo in het kader van het project NoNo 2000 tweede fase (OGRO2), verrichte werkzaamheden op het moment van het stopzetten van het project op 20 september 2001, met inachtneming van het feit dat door OGP al een bedrag van f 55 245,68 (€ 25 069,40) is betaald en in verhouding tot het genoemde ontwikkelbudget tot en met fase 3 (zie omschrijving in de offerte van 12 april 2000) f 200 000 exclusief BTW (dan wel van het hogere bedrag als genoemd bij de beantwoording van vraag 1), waarbij de post onvoorzien in dit ontwikkelbudget ad f 25 500 exclusief BTW geacht moet worden te zijn gebruikt voor ontwikkeling van de USB module?’

Inleiding/toelichting

3.2 De tweede vraag is, gelet op hetgeen

is overwogen in de vonnissen van de rechtbank van 21 juli 2004 en van 2 februari 2005 vatbaar voor meerdere interpretaties.

Aanvankelijk ben ik er van uitgegaan, dat onder het begrip ‘de waarde van de door Van Mierlo in het kader van het project NoNo 2000 tweede fase (OGRO2), verrichte werkzaamheden’ verstaan dient te worden: het totaalbedrag van uren maal uurloon van de door Van Mierlo tot 20 september 2001 aan het project bestede tijd. In die zin heb ik mij in het gesprek met partijen ook uitgelaten (zie bijlage 1). OGP heeft echter gemotiveerd verzocht om de waarde te bepalen aan de hand van een andere waarderingsgrondslag (zie 5.4 e.v.) en ook mijn onderzoeksbevindingen geven aanleiding tot nuancering. Bij de beantwoording van de tweede vraag van de rechtbank zal ik dan ook drie invalshoeken kiezen.

De beantwoording van vraag 2

Op basis van de urenverantwoording

3.6 Van Mierlo heeft aan het project NoNo 2000 tweede fase (OGRO2), tot het moment van het stopzetten van het project op 20 september 2001 totaal 1924,5 uren besteed en heeft daarvoor € 1574,20 kosten gemaakt. (Hier heeft de deskundige voetnoot 5 ingelast waarin is opgenomen: ‘Tegen het door Van Mierlo in haar brief van 12 mei 2005 (bijlage 2) opgegeven aantal uren, het door haar gehanteerde uurtarief en de opgegeven kosten is door OGP geen gemotiveerd bezwaar gemaakt.’, rechtbank).

Op basis van de urenverantwoording van Van Mierlo en een uurloon van € 64 bedragen de totale kosten dus $1924,5 \times € 64 + € 1574,20 = € 124 742,20$.

Op basis van de mate van gereedheid van het project

3.7 Gelet op de staat van ontwikkeling van de NoNo 2000 op het moment van stopzetten van het project (zie 3.5 e.v.) en het (verhoogde) ontwikkelbudget tot en met fase 3 van € 102 100,55 (f 225 000) exclusief BTW lag het in de rede te verwachten, dat Van Mierlo het maximale ontwikkelbudget ver zou overschrijden. Immers, wanneer het project bij beëindiging inderdaad slechts voor een derde deel gerealiseerd is, zoals afgeleid kan worden uit productie 22

van Van Mierlo, dan zouden de totale ontwikkelkosten van de NoNo 2000 € 374 226,60 ($3 \times € 124 742,20$) gaan belopen. Dat acht ik een niet realistisch bedrag voor het onderhavige product, mede gelet op het door Van Mierlo begrote ontwikkelbudget.

Van Mierlo heeft verzuimd om de klant specificaties van OGP te vertalen in productiespecificaties (zie 2.4 e.v.), heeft de begrote tijdbesteding een en andermaal onderschat en bleek niet in staat om op de afgesproken data de toegezegde producten te demonstreren. De conclusie dringt zich dan ook op, dat Van Mierlo niet met de mate van zorgvuldigheid te werk is gegaan als verwacht mag worden van een professionele product- en softwareontwikkelaar.

Het ontbreken van productiespecificaties kan Van Mierlo in elk geval verweten worden, omdat dat doelmatig werken verhindert. Mijn onderzoek was niet specifiek gericht op het vaststellen van een causaal verband tussen het ontbreken van de specificaties en de werkwijze van Van Mierlo enerzijds en de vertragingen en de budgetoverschrijding anderzijds, maar het verloop van het project zoals dat blijkt uit het procesdossier geeft veel steun aan de bovenstaande hypothese.

Wat daar ook van zij, uit de stukken blijkt, dat de NoNo 2000 nog verre van gereed was.

Immers slechts bij 1/3 van de te demonstreren eigenschappen is bij de laatste demonstratie een ‘+’ vermeld. Een weging van de verschillende onderdelen uit de lijst (productie 22 bij Conclusie van Antwoord) is niet mogelijk vanwege het ontbreken van de productiespecificaties, maar ik acht het redelijk om er van uit te gaan, dat de NoNo 2000 bij het beëindigen van het project in elk geval niet meer dan 50% gereed was. Gerelateerd aan het (verhoogde) (hier heeft de deskundige voetnoot 7 ingelast waarin is opgenomen: ‘Ook hier is uitgegaan van de maximale bandbreedte als aangegeven bij 2.10.2’, rechtbank) maximale ontwikkelbudget € 102 100,55 kan de waarde van de door Van Mierlo in het kader van het project NoNo 2000 tweede fase (OGRO2), verrichte werkzaamheden, op basis van de mate van gereedheid van het project op 20 september 2001, begroot worden op maximaal 50% van het (verhoogde) ontwikkelbudget, ofwel op € 51 050,28.

Op basis van marktwaarde

3.8 De rechtbank heeft overwogen dat de waarde van de door Van Mierlo verrichte werkzaamheden minimaal kunnen worden bepaald op een bedrag van € 25 069,40.

(Hier heeft de deskundige voetnoot 8 ingelast waarin is opgenomen: 'Vonnis van 21 juli 2004, r.o. 8.3', rechtbank).

3.8.1 Voor het bepalen van de marktwaarde van een product als de NoNo 2000 is, gezien vanuit de positie van een deskundige, echter (mede) bepalend of het product door een ander dan de maker daarvan efficiënt kan worden doorontwikkeld en onderhouden, vooropgesteld dat die ander beschikt over de nodige kennis en vaardigheden. Een noodzakelijk te vervullen voorwaarde voor het kunnen overdragen van de ontwikkeling en het onderhoud is de beschikbaarheid van overdraagbare technische documentatie.

Aangezien er geen technische documentatie voorhanden is (hier heeft de deskundige voetnoot 9 ingelast waarin is opgenomen: 'Eerst in haar reactie op het concept deskundigenbericht bood Van Mierlo (alsnog) aan om technische documentatie ter inzage te geven (zie verder 5. 7.5)', rechtbank), is de ontwikkeling en het onderhoud van de NoNo 2000 niet overdraagbaar. Alleen al daarom is de marktwaarde van het tot 20 september 2001 ontwikkelde product, gezien vanuit de positie van de deskundige, op dat moment nihil en kan een bespreking van andere marktwaarde bepalende factoren achterwege blijven.'

2.4. De rechtbank neemt de conclusies van het deskundigenbericht en de gronden waarop deze rusten hierover en maakt deze tot de hare.

2.5. Zowel OGP als Van Mierlo plaatsen kanttekeningen bij het deskundigenbericht voor wat betreft de door de deskundige aangenomen verhoging van het ontwikkelbudget als gevolg van de wijzigingen in de klantspecificaties. Nu de rechtbank aan deze overwegingen uit het deskundigenbericht niet toekomt (vergelijk r.o. 2.7), laat zij de opmerkingen van beide partijen op dit punt onbesproken.

2.6. Daarnaast betoogt Van Mierlo dat de deskundige een berekening heeft gemaakt op basis van de 'mate van gereedheid' van het project, waarbij Van

Mierlo aangeeft dat het ontbreken van duidelijke specificaties niets afdoet aan de in casu door de deskundige gekozen rekenmethode. Voor zover Van Mierlo hiermee bedoelt te betogen dat de deskundige heeft gekozen voor de rekenmethode op basis van de 'mate van gereedheid' van het project, passeert de rechtbank dit standpunt. De deskundige geeft duidelijk aan dat hij er aanvankelijk van uit is gegaan dat hij gezien de vraagstelling van de rechtbank de waarde van de werkzaamheden aan de hand van de door Van Mierlo bestede uren diende te berekenen en dat hij in tweede instantie een tweetal berekeningswijzen heeft toegevoegd, daarbij gehoor gevend aan de gemotiveerde zienswijze van OGP.

2.7. De rechtbank stelt voorop dat art. 6:272 lid 2 BW de maatstaf formuleert voor de waarde die in onderhavige zaak berekend dient te worden. Nu het doel, de ontwikkeling van een prototype van NoNo 2000 waarbij dit prototype méér dan een functioneel model zou zijn, niet is gehaald, betreft het immers een prestatie die niet aan de verbintenis beantwoordt. De waardevergoeding wordt gezien art. 6:272 lid 2 BW beperkt tot het bedrag van de waarde die de prestatie voor OGP op 20 september 2001 werkelijk heeft gehad. Bij tussenvonnissen van 21 juli 2004 is reeds bepaald dat deze waarde minimaal op € 24 957,91 moet worden gesteld (vergelijk r.o. 8.3). Voornoemde werkelijke waarde komt naar het oordeel van de rechtbank in het deskundigenbericht het best tot uiting bij de waardering op basis van marktwaarde. Bij bepaling van de marktwaarde neemt de deskundige de mate van overdraagbaarheid van het product als uitgangspunt. Dat is volgens de rechtbank de juiste maatstaf bij de vraag of het door Van Mierlo geleverde product in de staat waarin het zich op 20 september 2001 bevond, voor OGP meer waarde heeft dan de reeds vastgestelde € 24 957,91. De deskundige constateert vervolgens dat er geen technische documentatie voorhanden is waardoor de ontwikkeling en het onderhoud van NoNo 2000 niet overdraagbaar is. Dat betekent dat een (vaktechnisch kundige) derde noch OGP iets kan aanvangen met het product zoals door Van Mierlo is ontwikkeld. Dat brengt de rechtbank tot het oordeel dat de waarde van de werkzaamheden van Van Mierlo niet meer omvat dan het bedrag van € 24 957,91.

Daarmee ligt de reconventionele vordering voor afwijzing gereed.

2.8. Van Mierlo zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld, inclusief de kosten voor het deskundigenbericht. De kosten aan de zijde van OGP worden begroot op:

– deskundige	€ 4165,30
– salaris procureur	€ 2486,75 (3,5 punten × factor 0,5 × tarief € 1421)
Totaal	€ 6652,05

In conventie

2.9. Bij tussenvonnissen van 21 juli 2004 is bepaald dat de vordering van OGP met betrekking tot ontbinding van de overeenkomst met betrekking tot de tweede fase van het project (het deel OGR02) zal worden toegewezen (r.o. 8.2) en dat voor het overige de vordering van OGP zal worden afgewezen (r.o. 6 en r.o. 8.3).

2.10. Nu beide partijen over en weer op enkele punten in het ongelijk zijn gesteld, zullen de proceskosten tussen hen worden gecompenseerd, in die zin dat iedere partij de eigen kosten zal dragen.

3. De beslissing

De rechtbank

In conventie

3.1. ontbindt de overeenkomst tussen partijen met betrekking tot de tweede fase van het project (het deel OGR02),

3.2. wijst af het meer of anders gevorderde,

3.3. compenseert de kosten van deze procedure tussen partijen, in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt,

In reconventie

3.4. wijst de vordering af,

3.5. veroordeelt Van Mierlo in de proceskosten, aan de zijde van OGP tot op heden begroot op € 6652,05.

Noot

1. Inleiding

In mijn noot bij *Steinz/Kluwer* sprak ik mijn verbazing uit over het feit dat de rechtbank in geval van ontbinding van een implementatie- en licentieovereen-

komst art. 6:272 BW niet toepast.¹ Dat artikel bepaalt kort gezegd dat als een prestatie naar haar aard niet ongedaan kan worden gemaakt, daarvoor een waardevergoeding in de plaats treedt. In de onderhavige uitspraak *OGP/Van Mierlo*, past dezelfde rechtbank art. 6:272 BW toe op de ontbinding van een ontwikkelingsovereenkomst, zij het op een opmerkelijke manier. Nadat ik eerst kort de feiten en het oordeel van de rechtbank uit de doeken doe, analyseer ik op welke manier de rechtbank in deze zaak met art. 6:272 BW is omgegaan.

2. Feiten

Uit het tussenvonnis van 21 juli 2004, dat hier niet is opgenomen, blijkt het volgende. De Stichting Beter Samen, handelend onder de naam 'Onder de Groene Pannen' geeft in de eerste helft van 2000 op basis van eerder uitgebrachte offertes opdracht tot de ontwikkeling van een elektro-acupunctuurapparaat, de NoNo 2000. Op 18 augustus 2000 komen partijen overeen dat het maximale ontwikkelbudget omgerekend ongeveer €91 000 is. Op 17 oktober 2000 betaalt OGP €24 957,91 aan Van Mierlo en spreken partijen af dat het studiemodel op 15 december 2000 zal worden opgeleverd.

Wat volgt verloopt (bijna) geheel volgens het stramien van een klassieke mislukte automatisering. Van Mierlo overschrijdt het ontwikkelbudget en het apparaat voldoet op de opleverdatum niet aan de specificaties. OGP geeft Van Mierlo nog een kans. Op 7 augustus 2001 voldoet het apparaat weer niet aan de specificaties. Ondertussen lopen de kosten uit de hand. OGP weigert openstaande rekeningen te betalen. OGP stopt het project op 20 september 2001. Op 15 oktober 2001 stelt OGP Van Mierlo in gebreke en stelt zich, aldus de rechtbank, in dezelfde brief op het standpunt dat: '(...) de verrichte werkzaamheden zijn te vatten onder de reeds betaalde aanneemsom en dat het niet redelijk is om haar nog meer kosten in rekening te brengen voor de ontwikkeling van de NoNo 2000.'

OGP stelt dat nog steeds geen werkend apparaat is opgeleverd. Van Mierlo meent dat geen opleverdatum is afgesproken, dat alles op basis van nacalculatie moest worden betaald en dat OGP steeds met nieuwe en onvolledige eisen kwam. OGP vordert in deze procedure ontbinding van de overeen-

komst en terugbetaling van het reeds betaalde op grond van de uit de ontbinding ex art 6:271 BW voortvloeiende ongedaanmakingsverbintenissen. Van Mierlo vordert in reconventie betaling van de openstaande facturen ad ongeveer €137 000.

3. Minimale waarde

De rechtbank oordeelt in haar tussenvonnis van 21 juli 2004 dat het niet opleveren van een studiemodel op de afgesproken datum een dermate tekortkoming is dat de ontbinding van de overeenkomst hierdoor wordt gerechtvaardigd. Vervolgens concludeert hij dat de door Van Mierlo geleverde prestatie naar haar aard niet ongedaan kan worden gemaakt. Dan volgt een interessante overweging, de rechtbank meent dat de waarde van die prestatie minimaal kan worden bepaald op een bedrag van €24 957,91 *omdat* in OGP's ingebrekestelling van 15 oktober 2001 'is opgenomen dat de verrichte werkzaamheden zijn te vatten onder de reeds betaalde aanneemsom'. en dat met deze som 'moet zijn bedoeld het op 17 oktober 2000 betaalde bedrag van... €24 957,91'. De rechtbank is hier wel erg streng. Tussen het moment waarop OGP op 17 oktober 2000 het bewuste bedrag betaalt en het moment waarop zij, bijna een jaar later, een ingebrekestelling stuurt, zijn door Van Mierlo veel uren gemaakt. De exacte formulering van de ingebrekestelling is niet in de vonnissen opgenomen. Toch is waarschijnlijk dat in de ingebrekestelling kan/moet worden gelezen dat zelfs al zou het Van Mierlo onverhoopt lukken alsnog een werkend apparaat op te leveren, OGP zeker niet voor de extra uren zal betalen die Van Mierlo in dat jaar heeft vercijferd. Het lijkt een brug te ver daaruit *a contrario* te concluderen dat OGP het betaalde niet zal terugvorderen als geen werkend apparaat wordt opgeleverd. Sterker nog, omdat OGP alleen belang lijkt te hebben bij een volledig werkend apparaat, is het aannemelijk dat zij niets wil betalen als er niets wordt opgeleverd en in dat geval, zoals ook uit de vorderingen in deze procedure blijkt, het reeds betaalde zal willen terugvorderen.

4. Waardebepaling

Teneinde de waarde van de verrichte prestaties te kunnen bepalen, besluit de rechtbank een deskundige te benoemen en vraagt partijen zich uit te laten over

de persoon van de te benoemen deskundige en de aan hem te stellen vragen. Na het gebruikelijke gesteggel door partijen benoemt de rechtbank in haar (hier niet opgenomen) tussenvonnis van 2 februari 2005 een deskundige en vraagt hem onder andere (als vraag 2) wat de waarde is van de door Van Mierlo verrichte werkzaamheden op het moment dat het project op 20 september 2001 werd stopgezet.

De deskundige meent terecht dat deze vraag voor meerdere interpretaties vatbaar is. De rechtbank maakt immers niet duidelijk welke waarderingsgrondslag de deskundige dient te hanteren. Dat de rechtbank die waarderingsgrondslag niet aanreikt, is spijtig, maar wel begrijpelijk. De criteria aan de hand waarvan een waardevergoeding ex art. 6:272 BW moet worden vastgesteld, zijn allerminst duidelijk. Twee gevallen zijn te onderscheiden. 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.² 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).³ In de regel is die waarde gelijk aan de contractsprijs.⁴ 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,

1 Rb. 's-Hertogenbosch 13 april 2005, *Computerrecht* 2006, 9, p. 54 (Steinz/Kluwer; m.nt. T.J. de Graaf).

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

3 C.J. van Zeben, J.W. du Pon & M.M. Olthof, *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe burgerlijke 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).

4 T. Hartlief in: C.J.H. Brunner & E.H. Hondius (red.), *Verbintenissenrecht* (losbl.), Deventer: Kluwer art. 272, aant. 3 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.

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.⁵

Zelfs al zou de rechtbank het bovenstaande aan de deskundige hebben meegegeven, dan denk ik niet dat de deskundige daar veel aan zou hebben gehad. Bij gebreke aan duidelijkheid over de vraag welke waarderingsgrondslag moet worden gehanteerd, werkt de deskundige drie waarderingsgrondslagen uit. De eerste grondslag is op basis van de urenverantwoording, de tweede op basis van de mate van gereedheid van het project en de derde op basis van de marktwaarde. Die marktwaarde is door de deskundige op nihil gesteld, omdat er geen overdraagbare technische documentatie is op basis waarvan een derde de apparatuur efficiënt kan doorontwikkelen en onderhouden. De rechtbank neemt de conclusies van het deskundigenbericht over en maakt deze tot de hare. Vervolgens kiest zij de waardering op basis van marktwaarde, omdat deze grondslag het beste aansluit bij de tekst van art. 6:272 lid 2 BW.

De rechtbank volhardt in haar standpunt uit het tussenvonnis dat de waarde voor OGP minimaal gelijk is aan de reeds betaalde €24.957,91 en meent dat omdat de marktwaarde nihil is, dit bedrag niet mag worden verhoogd. De vorderingen en conventie en reconventie worden daarom beiden afgewezen. De vraag rijst hoe deze twee opvattingen (de waarde is €24.957,91 en de waarde is €0) met elkaar te rijmen vallen. Mijn verklaring is dat hoewel naar objectieve maatstaven de waarde nihil is, de subjectieve waarde volgens art. 6:272 lid 2 BW prevaleert. Anders gezegd, als OGP vindt dat iets €24.957,91 waard is, dan is het dat ook waard. En toch blijft bij mij het gevoel knagen dat OGP in haar ingebrekestelling niet vond dat het zoveel waard was en dat daarop door Van Mierlo ook niet gerechtvaardigd kon worden vertrouwd.

5. Conclusie

Dit is een opmerkelijk vonnis. Een ontwikkelingsovereenkomst wordt ontbonden. Bepaald wordt dat de ontwikkelingswerkzaamheden naar hun aard niet ongedaan kunnen worden gemaakt en dat daarvoor een waardevergoeding

in de plaats treedt (art. 6:272 BW). In een ingebrekestelling leest de rechtbank dat afnemer OGP vindt dat het reeds geleverde de reeds betaalde €24.957,91 waard is. Later bepaalt de rechtbank in navolging van een deskundige dat de waarde van het geleverde €0 is. Toch krijgt OGP het door haar betaalde niet terug. In gevallen zoals deze, waarbij de prestatie niet aan de verbintenis beantwoordt, prevaleert de subjectieve waarde die OGP (volgens de rechtbank) daaraan hecht. Hoewel ik me afvraag of de rechtbank in de ingebrekestelling een zodanige erkenning kon/mocht lezen, doen afnemers er goed aan ingebrekestellingen helder te formuleren om dit soort problemen zo veel mogelijk te voorkomen.

T.J. de Graaf

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

73 Rechtbank 's-Hertogenbosch (sector civiel recht), 11 januari 2006

zoekmachine – auteursrecht

De NVM vordert namens bij haar aangesloten makelaars een verbod op de activiteiten van Zoekalhuizen.nl (ZAH). De rechter wijst de vordering af. ZAH is een zoekmachine naar het op internet geplaatste aanbod van te koop staande woningen. De zoekmachine van ZAH doorzoekt internet en neemt van de websites van onder andere makelaars een foto, de adresgegevens, de vraagprijs en 1 à 1,5 regel tekst van de woningomschrijving over en plaatst deze op haar eigen website. Door middel van deeplinks wordt een bezoeker die belangstelling voor zo'n woning heeft, geleid naar de desbetreffende pagina's van de makelaars. De gegevensverzamelingen bij de NVM-makelaars vormen geen beschermde databank in de zin van de Databankenwet. In dit kort geding is niet komen vast te staan dat de aanleg van deze ge-

gegevensverzamelingen in kwalitatief of kwantitatief een substantiële investering van de NVM-makelaars vergt. Daarom hebben de NVM-makelaars niet de bescherming tegen opvragen en hergebruiken van gegevens in een databank die is neergelegd in art. 2 Databankenwet. ZAH plaatst de foto's verkleind op haar website. Als aan de foto's al auteursrechtelijke bescherming toekomt, is overneming in verkleind formaat geen inbreuk op dat auteursrecht. Door de verkleining gaan de auteursrechtelijk beschermde trekken verloren. De woningomschrijvingen vallen onder de geschriftenbescherming van art. 10 lid 1 sub 1 Auteurswet. ZAH neemt een zodanig gering deel van iedere woningomschrijving op haar website over, dat deze is te beschouwen als een citaat, zoals bedoeld in art. 15a Auteurswet.

De overneming vormt daarom geen auteursrechtinbreuk. Het plaatsen van deeplinks of hyperlinks naar de websites van de makelaars is geen verveelvoudiging of openbaarmaking en vormt daarom geen auteursrechtinbreuk. Niet ZAH, maar de bezoeker die op de deeplink of hyperlink klikt, roept de webpagina van de makelaar op. De makelaars hebben op hun website een verklaring opgenomen waarin is vermeld dat zij niet toestaan dat anderen zonder hun toestemming enig materiaal van hun website overnemen of naar hun websites een deeplink of hyperlink aanleggen. Deze verklaringen binden ZAH niet. Omdat de informatie door de makelaars rechtmatig op internet is geplaatst, kunnen zij zich niet meer verzetten tegen verder gebruik van deze informatie dat geen inbreuk op enig auteursrecht of ander recht is. Verder is het plaatsen van deze verklaringen op de websites van de makelaars aanbevolen door de NVM. Mede gezien het grote marktaandeel van de bij de NVM aangesloten makelaars maken deze makelaars zich daardoor schuldig aan een onderling afgestemde feitelijke gedraging die verboden is op grond van art. 6 Mededingingswet. De gedragingen hebben immers de strekking de mededinging op de markt van informatie over woningaanbod op internet te beperken,