



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

**Annotation: Rb 's-Hertogenbosch 2005-04-13**

Graaf, T.J. de

**Citation**

Graaf, T. J. de. (2006). Annotation: Rb 's-Hertogenbosch 2005-04-13. *Computerrecht*, 1, 52-54. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/47274>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/47274>

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

dwingen op haar kosten de kabels weg te halen.

De crux zit hem in de beoordeling of de verwijdering van kabels voor de uitvoering van de publiekrechtelijke taak van de gemeente noodzakelijk was, al wordt dit niet zo naar voren gebracht. De A-G gaat enerzijds op een moreel getint paard zitten – zie 2.6 onder *a*, hierboven geciteerd – anderzijds wordt vooral de privaatrechtelijke positie als grondeigenaar benadrukt. Het hof, de Hoge Raad en de A-G kijken vooral naar de interpretatie van 37 lid 1 Wtv, en enigszins naar de historische benadering van art. 8 T&T-wet en latere uitwerking het nieuwe art. 5 lid 7 Telecommunicatiewet waarin verwezen wordt naar de uitvoering van werken. Wat wordt hiermee bedoeld? Gaat dit verder dan de oprichting van gebouwen, kan aansluiting worden gezocht bij art 7:750 BW, het verrichten van een werk van stoffelijke aard in de door de A-G gememoreerde ontgrondingen en graafwerkzaamheden in de context van de ‘natte en droge waterstaat’? Zelfs de verklaring van de ‘dikke van Dale’ wordt te hulp geroepen! Als er inderdaad sprake is van betreffende activiteiten die als zodanig kunnen worden beschouwd, dienen de kosten inderdaad te worden neergelegd bij de gedoogde/gerechtigde partij, in casu de concessiehouder.

Daarbij wordt het ook van belang geacht dat de grondeigenaar zelf het voornemen heeft tot het oprichten van gebouwen of uitvoering van werken op het perceel. Overigens denk ik dat daar met name de achterliggende bedoeling van die activiteiten relevant is, eveneens vanuit een ‘morele’ publiekrechtelijk gerechtvaardigde achtergrond.

Als de gemeente vanuit zijn publiekrechtelijke taak en verantwoordelijkheid grond ter beschikking wil doen stellen ten behoeve van woningbouw of andere maatschappelijk relevante inrichting, lijkt mij de vrijmaking van kabels en/of het omleggen daarvan eerder gerechtvaardigd en daarbij mogen de kosten mijns inziens worden afgewenteld op de gedooggerechtigde partij.

Dat was hier echter niet het geval, aangezien het sterke vermoeden bestaat dat het hier ging om handelingen ten behoeve van een verrijking van de gemeente waarbij bovendien de uiteindelijke doelstelling, de verkoop aan een projectontwikkelaar, nog niet eens doorging door faillissement van de

ontwikkelaar. De gemeente had wat dit betreft wel eens een diepgaander onderzoek kunnen (laten) doen naar de solvabiliteit van deze partij, maar dit terzijde. (De gemeente heeft, hoewel dat hier niet aan de orde was, mijn inziens het beginsel van zorgvuldigheid dan ook enigszins geschonden.)

Kwestie is dat het adagium ‘om niet liggen, om niet omleggen’ van in dit geval art. 37 lid 1 Wtv de gedoogplichtige betreft en niet een profiterende derde.

De A-G stelt dat het overigens maar een kwestie van tijd was dat de derde eigenaar zou worden (2.6), maar dat lijkt mij wat al te anticiperend, en in dit geval door het faillissement ook feitelijk onjuist, zoals later duidelijk werd.

Overigens wordt hierbij door de A-G het fenomeen geciteerd van de publiek-private samenwerking waarbij partijen in overleg en gezamenlijk werken uitvoeren. Dit is volgens mij een andere constructie dan de voorgaande eigendomsoverdracht waartoe eerst de gemeente zijn recht ter omlegging uitoefent alvorens de eigendom over te dragen/de grond te verkopen. Om in het kader van de bestuurlijke verantwoordelijkheid werken in gezamenlijkheid uit te voeren of opdrachten aan derden te geven ter uitvoering of voorbereiding van die taak is een andere kwestie dan een recht te gebruiken ten behoeve van een derde (projectontwikkelaar). Ook OPTA stelde dat het niet zo mag zijn dat de gemeente in staat wordt gesteld de grond onder zo gunstig mogelijk condities te vervreemden.<sup>16</sup> Terecht dat de Hoge Raad dan ook concludeert dat met uitvoering van werken bedoeld wordt op een ander werk dan het bouwrijp maken van grond als zodanig. Verder concludeert de Hoge Raad dat zelfs als er sprake is van deze werken, dan nog dient te blijken dat die verplaatsing nodig was. De enkele contractuele verplichting ten opzichte van een voorgenomen verkoop aan een (failliete) derde is in ieder geval niet voldoende (hetgeen ook past in de anticiperende toepassing van art. 5.8 lid 1 van de Telecommunicatiewet).

Het lijkt mij dat dit arrest duidelijk maakt onder welke omstandigheden niet alleen de rekening mag worden gepresenteerd aan de gravende vergunninghouder, maar ook dat de beleidsvrijheid van de gemeente in deze aan duidelijke grenzen is gebonden en in ieder geval niet zo ver mag gaan dat om

redenen van waardevermeerdering een partij zal overgaan tot het verordnen van omlegging van kabels aan vergunninghouders.

R. van den Hoven van Genderen

16 Zie noot 13 en 14 in dit arrest van A-G Lange-meijer.

---

## 9 **Rechtbank 's-Hertogenbosch, enkel- voudige Kamer 13 april 2005**

(*Mr. J.F.M. Pols*)

### **Ondeugdelijk functioneren software – aansprakelijkheid schade-exoneratie – ontbinding**

Partijen:

De besloten vennootschap Mr. A. Steinz Praktijk B.V., statutair gevestigd te Amsterdam, doch kantoorhoudende te Laren

Eiseres in conventie, verweerster in reconventie

Advocaat mr. A. Steinz

Procureur mr. J.E. Lenglet

tegen:

De besloten vennootschap Kluwer B.V., statutair gevestigd te Deventer, doch kantoorhoudende te Best

Gedaagde in conventie, eiseres in reconventie

Advocaat mr. M.M. Grondman

Procureur mr. F.V.B.M. Mutsaerts

Als vervolg op het tussenvonnis van 12 mei 2004.

Partijen zullen hierna ‘SteinZ’ en ‘Kluwer’ worden genoemd.

#### **1. De procedure**

1.1. Het verloop van het geding blijkt onder meer uit de volgende stukken:

- de dagvaarding;
- de akte inzake bewijsaandraagplicht;
- de conclusie van antwoord in conventie tevens eis in reconventie;
- het proces-verbaal van de comparitie van partijen van 8 november 2004;

– het proces-verbaal van de comparitie van partijen van 10 februari 2005.

1.2. Partijen hebben vonnis gevraagd.

## 2. De vaststaande feiten

2.1. Als enerzijds gesteld en anderzijds erkend althans niet of onvoldoende weersproken, alsmede op grond van de door partijen overgelegde stukken, voor zover de inhoud daarvan niet is betwist, staat tussen partijen het volgende vast.

2.2. Fidura Office (verder ook te noemen: Fidura) is een door Kluwer ontwikkeld automatiseringsprogramma voor advocatenkantoren. Het programma bestaat uit een standaardpakket. In reclamemateriaal Fidura stelt Kluwer onder meer het volgende;

‘Door de modulaire opzet worden onder andere het dossier- en relatiebeheer en de uren- en financiële administratie moeiteloos geïntegreerd (...)’. Voorts wordt opgemerkt dat Fidura ‘een uitermate gebruiksvriendelijk en toegankelijk pakket’ is dat ‘eenvoudig (...) geïmplementeerd (kan worden)’, goed afgestemd kan worden op de praktijk-situatie en ‘bij uitstek geschikt voor kleine en middelgrote kantoren’ is.

2.3. Op 11 december 2001 hebben partijen een overeenkomst gesloten over de levering en implementatie van Fidura door Kluwer aan en bij Steinz. De totstandkoming van de overeenkomst is door Kluwer bij brief van 11 december 2001 schriftelijk bevestigd.

2.4. Fidura kent acht modules, te weten relatiebeheer, dossierbeheer, urenadministratie, financiële administratie, inkoopbeheer, declaraties, activiteiten en medewerkers. Volgens het Technisch voorbereidingsdocument van Kluwer van 10 december 2001 voldoen de besturingsprogramma's Windows 95, 98, NT en 2000 aan de eisen voor aanbevolen hardware en kan daarmee ‘een goede performance van Fidura Office (worden) verwacht’.

Dit wordt in het door Kluwer aan Steinz verstrekte implementatieplan herhaald. Windows 98 wordt inmiddels, in ieder geval sinds februari 2003, niet meer toegestaan als besturingsprogramma voor computers waarop Fidura wordt geïnstalleerd.

2.5. Op de overeenkomst zijn van toepassing verklaard de algemene voorwaarden van Fidura, hierna te noemen: de algemene voorwaarden. De algemene voorwaarden zijn in december 2001 bij de totstandkoming van de overeen-

komst aan Steinz gezonden. De art. 4, 12, 15 en 24 van de algemene voorwaarden luiden voor zover relevant als volgt:

‘Art. 4. *Onderzoek en informatie, medewerking door Cliënt*

1. Cliënt zal Fidura steeds tijdig alle voor een behoorlijke uitvoering van de overeenkomst nuttige en noodzakelijke gegevens of inlichtingen verschaffen en alle medewerking verlenen.

2-4. (...)

5. Fidura is niet aansprakelijk voor schade, voortvloeiend uit onjuiste, ontijdige of onvolledige informatie van de Cliënt.

6. (...)

Art. 12. *Aansprakelijkheid*

1. Hoewel met betrekking tot de inhoud van de door Fidura geleverde zaken en/of diensten de uiterste zorg is nagestreefd kan voor de afwezigheid van eventuele fouten of onvolledigheden daarin niet worden ingestaan. Waar in deze algemene voorwaarden sprake is van rechten of verplichtingen met betrekking tot fouten, wordt onder fouten verstaan het niet voldoen aan de door Fidura kenbaar gemaakte functionele Specificaties zoals neergelegd in de Documentatie en, ingeval van het ontwikkelen van Maatwerkprogramma-tuur, aan de uitdrukkelijk overeengekomen functionele Specificaties. Van een fout is alleen sprake indien deze kan worden aangetoond en kan worden gereproduceerd. Cliënt is gehouden van fouten onverwijld melding aan Fidura te maken. Fidura aanvaardt slechts wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding voor zover dat uit dit artikel 12 blijkt.

2. (...)

3. De totale aansprakelijkheid van Fidura wegens toerekenbare tekortkoming in de verplichting tot levering van enige prestatie is beperkt tot vergoeding van directe schade tot maximaal een bedrag gelijk aan de voor het jaar waarin de schade bij Fidura gevorderd wordt in rekening gebrachte vergoedingen. (excl. BTW) In geen geval zal de totale vergoeding voor directe schade per jaar echter meer bedragen dan 500 000 euro (vijfhonderdduizend).

4. (...)

5. De totale aansprakelijkheid van Fidura voor schade door dood of lichamelijk letsel of voor materiële beschadiging van goederen zal in geen geval meer bedragen dan het bedrag dat on-

der de verzekering van Fidura wordt uitgekeerd, doch in geen geval meer dan 1 000 000 euro (één miljoen euro) per gebeurtenis.

6. Aansprakelijkheid voor Fidura voor indirecte schade, daaronder begrepen gevolgschade, gederfde winst, gemiste besparingen, schade door verminkte of verloren gegane gegevens, schade door bedrijfsstagnatie en enige ander schade dan die bedoeld in de artikelen 12.4 en 12.5 is uitgesloten. De aansprakelijkheid van Fidura voor indirecte schade bestaat wel in geval van opzet of grove schuld van Fidura of door haar ingeschakelde derden.

7-8. (...)

9. Cliënt kan de gevolgen van een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een met Fidura gesloten overeenkomst slechts inroepen, nadat Cliënt Fidura deugdelijk schriftelijk in gebreke heeft gesteld en Fidura ook na het verstrijken van de daarbij gestelde redelijke termijn tekort blijft schieten. De ingebrekestelling dient een zo gedetailleerd mogelijke omschrijving van de tekortkoming te bevatten, teneinde Fidura in staat te stellen daarop adequaat te reageren.

10. Voorwaarde voor het ontstaan van enig recht op schadevergoeding is steeds dat Cliënt de schade zo spoedig mogelijk na het ontstaan daarvan schriftelijk bij Fidura meldt.

(...)

Art. 15. *Toepasselijk recht en geschillen*  
1-2. (...)

3. Alle geschillen die mochten ontstaan naar aanleiding van de Overeenkomst dan wel nadere overeenkomsten, zullen uitsluitend worden voorgelegd aan de naar regels van absolute competentie bevoegde rechter in het arrondissement 's-Hertogenbosch, doch niet dan nadat de procedure conform het Minitrialreglement van de Stichting Geschillenoplossing Automatisering te Wassenaar (= niet bindende adviesprocedure) is gevolgd, onverminderd het recht van partijen een voorziening in kort geding te vragen.

Art. 24. *Duur en beëindiging van het gebruiksrecht*

1. (...) De licentieovereenkomst kan uitsluitend worden beëindigd of ontbonden in de in artikel 24 bedoelde gevallen.

2. De Licentieovereenkomst kan door of vanwege Fidura of door Cliënt tegen het einde van een periode van 1 jaar worden opgezegd met inachtneming

van een opzegtermijn van drie maanden.

(...)

3. Fidura heeft het recht de Overeenkomst met onmiddellijke ingang voor de toekomst door middel van een schriftelijke kennisgeving zonder voorafgaande ingebrekestelling te beëindigen indien:

- Cliënt toerekenbaar tekortschiet in de nakoming van enige verplichting die voortvloeit uit deze overeenkomst; (...)
- Fidura is wegens voornoemde beëindiging van de overeenkomst jegens Cliënt nimmer tot enige schadevergoeding of betaling gehouden, onverminderd het recht van Fidura op volledige schadevergoeding wegens schending door Cliënt van zijn verplichtingen of rechten als hiervoor bedoeld en onverminderd Fidura overigens terzake toekomstende rechten.
- (...)

2.6. Voor het jaar 2002 heeft Kluwer een bedrag van in totaal € 5112,11 aan Steinz in rekening gebracht.

2.7. Steinz heeft Kluwer voor Fidura een bedrag van € 3778,75 (exclusief BTW) betaald. Zij heeft een bedrag van € 6154,56 (exclusief BTW) ter zake van Fidura onbetaald gelaten.

2.8. Steinz maakt voor het besturen van haar computers gebruik van het bestuursprogramma Windows 98. In het door Kluwer aan Steinz verstrekte technisch voorbereidingsdocument van 10 december 2001 en in het plan voor de implementatie van Fidura Office is Windows 98 vermeld als zowel de minimale als aanbevolen hardware.

2.9. Steinz heeft bij brieven van 10 december 2002 en 3 februari 2003 onder meer de volgende klachten aan Kluwer gemeld. Onder Windows 98 kunnen slechts twee van de acht modules van Fidura tegelijk worden geopend. Het programma is niet dan wel slecht compatibel met het electronic banking systeem van ABN Amro en niet compatibel met het door de accountant van Steinz gehanteerde accountantsprogramma Grote Beer. Het numerieke toetsenbord is nog niet volledig in Fidura geïntegreerd, hetgeen lastig is bij het maken van financiële declaraties en het inboeken van bedragen in het financiële systeem. Het schrijven van een brief aan twee personen met ver-

schillende achternamen is in Fidura niet mogelijk.

2.10. Op 17 januari 2003 heeft een consultant Van Kluwer een dag op het kantoor van Steinz doorgebracht om op kosten van Kluwer assistentie te verlenen bij het gebruik van Fidura.

2.11. Steinz heeft in een brief van 25 februari 2003 aan Kluwer opgenomen dat de heer C.J.M. Donkers, hoofd service en business consultant van Kluwer, telefonisch aan Steinz heeft bevestigd dat de gemelde klachten door Kluwer niet kunnen worden verholpen. Voorts heeft Steinz Kluwer in deze brief verzocht akkoord te gaan met ontbinding van de overeenkomst, in welk geval Steinz verklaarde geen aanspraak te zullen maken op vergoeding van de aan Fidura bestede tijd.

2.12. Bij brief van 10 maart 2003 heeft Kluwer Steinz meegedeeld dat de implementatie van Fidura conform de normale projectaanpak is verlopen, over de dienstverlening van Kluwer geen klachten geuit kunnen worden en weliswaar het gebruik van de software Steinz tegenvalt, maar dat er in de optiek van Kluwer geen grond is voor terugstorting van het licentiegebruiksrecht. Kluwer heeft Steinz voorts meegedeeld dat haar brief wordt opgevat als opzegging van de overeenkomst tegen de vervaldatum van de licentieovereenkomst, derhalve per 1 januari 2004.

2.13. Steinz heeft Kluwer bij brief van 2 september 2003 in gebreke gesteld en de overeenkomst in dezelfde brief per 16 september 2003 ontbonden voor het geval de klachten niet voor die datum verholpen zouden zijn. Kluwer heeft de klachten niet verholpen.

2.14. Steinz heeft bij brief van 9 oktober 2003, overeenkomstig hetgeen in art. 15 lid 3 van de algemene voorwaarden is bepaald, aan de Stichting Geschillenoplossing (SGOA) verzocht een minnelijke oplossing te bewerkstelligen voor het geschil. Kluwer heeft SGOA laten weten niet aan een dergelijke oplossing te willen deelnemen. Tijdens de comparitie van 8 november 2004 heeft de heer P.H.B.M. van der Wegen, manager activiteiten Fidura van Kluwer hieromtrent verklaard dat de kosten hiervoor te hoog zouden zijn en de geschillencommissie bovendien geen bindende uitspraak kon doen. Kluwer heeft ter comparitie van 10 februari 2005 erkend dat zij Steinz de door de SGOA in rekening gebrachte administratiekosten van € 400 moet vergoeden.

2.15. Tijdens de comparitie van 8 november 2004 heeft de heer C.J.M. Donkers, hoofd service en business consultant van Kluwer, onder meer verklaard dat het probleem dat bij Windows 95 maar twee van de acht modules tegelijk konden worden geopend bij Kluwer bekend was. Hij heeft verder verklaard dat hij niet wist of het reeds ten tijde van het sluiten van de overeenkomst met Steinz bij Kluwer bekend was dat dit probleem zich ook bij Windows 98 voordeed. Volgens de heer Donkers is het, om op termijn volledig met Fidura te kunnen werken, nodig dat meer dan twee modules tegelijk geopend kunnen worden.

2.16. Tijdens de comparitie van 10 februari 2005 heeft mr. M.M. Grondman, advocaat voor Kluwer, verklaard dat tijdens de uitgebreide onderhandelingen die zijn voorafgegaan aan de totstandkoming van de overeenkomst niet onderhandeld is over de inhoud van de algemene voorwaarden.

### 3. Het geschil

#### In conventie

3.1. Steinz vordert na vermeerdering van eis – kort gezegd – dat Kluwer wordt veroordeeld tot betaling van een bedrag van € 23 124,75 vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 1 januari 2003 en kosten.

3.2. Steinz legt naast de genoemde vaststaande feiten (voor zover door haar aangedragen) aan deze vordering het volgende ten grondslag.

Kluwer is tekortgeschoten in de nakoming van haar verbintenissen uit de overeenkomst en zij is verplicht de schade die Steinz daardoor heeft geleden ter hoogte van € 19 346 te vergoeden. Door de ontbinding van de overeenkomst is voor Kluwer een verbintenis tot ongedaanmaking ontstaan op grond waarvan zij een bedrag van € 3778,75 aan Steinz verschuldigd is.

SteinZ heeft geen gebruik kunnen maken van Fidura Office. Het programma Fidura Office is uiterst gebruiksvriendelijk en heeft vanaf het begin tot vele klachten geleid, onder meer omdat onder het bestuursprogramma Windows 98 slechts twee van de acht modules tegelijkertijd kunnen worden gebruikt. Steinz heeft Kluwer tevergeefs gevraagd deze gebreken te verhelpen. Steinz heeft vervolgens de overeenkomst ontbonden.

De gevorderde schadevergoeding is als volgt samengesteld:

- € 400 wegens de aan de Stichting Geschillenoplossing Automatisering betaalde factuur;
- € 7560 personeelskosten vanwege tevergeefs bestede tijd aan onder meer de implementatie van het programma, de invoering van kantoor- en dossiergegevens in het programma en het bijwonen van instructies;
- € 86 terzake reiskosten;
- € 3750 terzake facturen van derden
- € 750 terzake kosten accountantskantoor Wijle;
- € 800 wegens door Steinz tevergeefs aan de procedure bij de SGOA bestede tijd;
- € 6000 terzake door mr. Steinz bestede tijd.

3.3. Kluwer voert het volgende verweer.

De implementatie van Fidura Office is conform de normale projectaanpak verlopen; over de dienstverlening van Kluwer zijn geen klachten geuit. Weliswaar valt het gebruik van de software Steinz tegen, doch van een tekortkoming van de zijde van Kluwer is geen sprake.

Daaraan doen de onder 2.2 genoemde uitingen in het reclamemateriaal niet af nu iedere normaal denkende consument weet dat enige overdrijving eigen is aan reclame.

Kluwer beroept zich op haar algemene voorwaarden. Deze zijn door Steinz aanvaard en maken deel uit van de overeenkomst. De algemene voorwaarden zijn niet onredelijk bezwarend.

Steinz is een professionele partij en bovendien een advocatenkantoor waar meerder advocaten werken, zodat haar geen beroep toekomt op de reflexwerking van de zwarte en grijze lijst. Steinz heeft Kluwer niet duidelijk en tijdig genoeg gemeld wat haar klachten precies inhielden. Er is geen sprake van fouten als bedoeld in art. 12 lid 1, aangezien de klachten niet gebreken in de specificaties van Fidura Office betreffen, maar wensen van Steinz waaraan volgens haar niet is voldaan. Met de bepaling in art. 12 lid 3 van de algemene voorwaarden wordt de directe schade gemaximeerd tot het door Steinz betaalde bedrag aan licentievergoedingen voor het jaar waarin de schade bij Fidura wordt gevorderd, te weten € 1545

per jaar. Kluwer doet geen beroep op het in art. 12 lid 4 bepaalde.

De brief van Steinz van 2 september houdt geen ingebrekestelling in. Steinz heeft de door haar gestelde schade niet tijdig schriftelijk bij Kluwer gemeld, terwijl dit krachtens de algemene voorwaarden van Kluwer wel voorwaarde is voor het ontstaan van enig recht op schadevergoeding.

Volgens art. 24 van de algemene voorwaarden kan Steinz de overeenkomst alleen beëindigen door opzegging, niet door ontbinding. Alleen Kluwer kan de overeenkomst ontbinden. Voorzover in beginsel wel aan Steinz een recht op ontbinding zou toekomen, beroept Kluwer zich erop dat de tekortkoming van Kluwer geen ontbinding rechtvaardigt.

De door Steinz gevorderde bedragen zijn niet onderbouwd of bewezen. Kluwer betwist dat zij gehouden zou zijn de door mr. Steinz aan Fidura bestede tijd te vergoeden.

3.4. Steinz reageert als volgt op dit verweer. Het beroep door Kluwer op de uitzondering van art. 6:265 lid 1 van het Burgerlijk Wetboek (BW), inhoudende dat de tekortkoming geen ontbinding rechtvaardigt, is tardief gedaan en niet nader gemotiveerd. De algemene voorwaarden van Kluwer zijn onredelijk bezwarend en moeten worden vernietigd. Voor zover de algemene voorwaarden niet onredelijk bezwarend zijn, dient een beroep daarop te worden gedaan in strijd met de redelijkheid en billijkheid te zijn. Steinz heeft de nadere stellingen van Kluwer gemotiveerd bestreden.

#### **In reconventie**

3.5. Kluwer vordert – kort gezegd – dat Steinz wordt veroordeeld tot betaling van een bedrag van € 6154,56, vermeerderd met rente en kosten.

3.6. Kluwer legt naast de genoemde vaststaande feiten (voor zover door haar aangedragen) aan deze vordering ten grondslag dat Steinz een deel van de facturen terzake Fidura onbetaald heeft gelaten zonder daartoe gerechtigd te zijn.

3.7. Steinz voert het volgende verweer. Uit hetgeen in conventie is betoogd, volgt dat Steinz de overeenkomst met recht heeft ontbonden, zodat zij bevrijd is van de voor haar uit de overeenkomst voortvloeiende verbintenissen.

## **4. De beoordeling van het geschil**

### **In conventie**

4.1. Steinz heeft haar eis schriftelijk vermeerderd door haar brief van 5 augustus 2004, waarin deze eiswijziging duidelijk is opgenomen, ter zitting van 8 november 2004 in het geding te brengen. Kluwer heeft geen bezwaar gemaakt tegen deze gang van zaken en zij heeft inhoudelijk op deze vermeerderde eis gereageerd. De rechtbank gaat bij de beoordeling uit van de vermeerderde eis, zoals onder r.o. 3.1 is weergegeven.

4.2. De rechtbank zal eerst de door Steinz gevorderde schadevergoeding en daarna de ongedaanmakingsverbintenis waarop Steinz zich beroept bespreken.

4.3. Voor toewijzing van een vordering tot schadevergoeding is in de eerste plaats vereist dat sprake is van een tekortkoming aan de zijde van Kluwer.

De rechtbank overweegt in dit verband als volgt. Het was Kluwer bij het aangaan van de overeenkomst bekend dat Steinz het besturingsprogramma Windows 98 gebruikte. Vaststaat dat dit besturingsprogramma in het technisch voorbereidingsdocument van Kluwer van 10 december 2002 en in het plan voor de implementatie van Fidura Office is vermeld als zowel de minimale als aanbevolen hardware. Onder Windows 98 kunnen slechts twee van de acht modules van Fidura tegelijk worden geopend. Zoals uit de tijdens de comparatief van 8 november 2004 door de heer Donkers afgelegde verklaring blijkt, is het echter nodig dat meer dan twee modules tegelijk geopend kunnen worden om op termijn volledig met Fidura te kunnen werken. Dit wordt bevestigd door het reclamemateriaal van Kluwer waarin de modulaire opzet als een van de belangrijkste voordelen van Fidura wordt gepresenteerd en waarin wordt vermeld dat juist door die modulaire opzet onder andere dossier- en relatiebeheer en de uren- en financiële administratie moeiteloos geïntegreerd worden. Uit het voorgaande volgt reeds dat, anders dan Steinz op basis van de door Kluwer aangegeven productspecificaties mocht verwachten, Fidura niet geschikt is om te worden gebruikt op een computer waarop Windows 98 als besturingsprogramma draait. Dit wordt ook bevestigd door het feit dat Kluwer in ieder geval sinds februari 2003 Windows 98 niet meer toestaat als besturingsprogramma voor

computers waarop Fidura wordt geïnstalleerd.

4.4. Steinz heeft voorts onvoldoende weersproken aangevoerd dat het programma Fidura op punten een zeer omslachtig en onhandig programma is, dat het numerieke toetsenbord nog niet volledig in Fidura is geïntegreerd, en dat het schrijven van een brief aan twee personen met verschillende achternamen in Fidura niet, dan wel slechts via een omweg mogelijk is. Voorts heeft Steinz een beroep gedaan op de in het door Kluwer voor Fidura gebruikte reclamemateriaal opgenomen termen. Aan Kluwer moet worden toegegeven dat enige overdrijving eigen is aan reclamemateriaal en dat aan de uitingen in reclame niet al te groot belang kan worden gehecht. Dat neemt niet weg dat die uitingen wel degelijk kunnen bijdragen tot het ontstaan van gerechtvaardigde verwachtingen van de afnemer, zoals ook blijkt uit de tekst van art. 7:17 lid 2, eerste zin BW, welke bepaling hetzij rechtstreeks, dan wel analoog op de onderhavige overeenkomst van toepassing is.

4.5. De rechtbank is op grond van de voorgaande overwegingen van oordeel dat Fidura niet voldoet aan hetgeen Steinz op grond van de overeenkomst mocht verwachten van het programma, zodat Kluwer tekort is geschoten in de nakoming van haar verbintenissen uit overeenkomst.

4.6. Voor toewijzing van een vordering tot schadevergoeding is evenwel tevens vereist dat nakoming onmogelijk is, dan wel dat Kluwer in verzuim is geraakt. De rechtbank overweegt in dit verband dat door Kluwer niet is weersproken dat de heer Donkers Steinz telefonisch heeft medegedeeld dat Kluwer de gemelde klachten niet kan verhelpen. Kluwer heeft ook nagelaten op dit punt te reageren op de bevestiging van deze opmerking door Steinz in haar brief van 25 februari 2003. Dat nakoming door partijen kennelijk voor onmogelijk is gehouden, wordt ook ondersteund door het feit dat Kluwer in ieder geval sinds februari 2003 Windows 98 niet meer toestaat als besturingsprogramma voor computers waarop Fidura Office wordt geïnstalleerd. Voor zover uit het voorgaande al niet voortvloeit dat nakoming blijvend onmogelijk is dan wel dat het verzuim krachtens de redelijkheid en billijkheid van rechtswege is ingetreden, is het verzuim in ieder geval ingetreden per 16 september 2003 toen de in de

ingebrekestelling van 2 september 2003 gestelde termijn verliep. De rechtbank overweegt in dit verband dat deze brief, anders dan door Kluwer – overigens zonder dit nader te adstrueren – wordt betoogd, moeilijk anders kan worden gezien dan als een ingebrekestelling in de zin van art. 6:82 BW.

4.7. De vordering tot schadevergoeding als gevolg van de tekortkoming van Kluwer dient krachtens art. 6:75 BW te worden afgewezen indien de tekortkoming niet aan Kluwer kan worden toegerekend. Kluwer heeft zich in dit verband beroepen op het bepaalde in art. 12 lid 1, 3-9 en 10, van haar algemene voorwaarden. Steinz heeft betoogd dat deze bepaling onredelijk bezwarend jegens haar is. Zij heeft in dit verband aangevoerd dat:

- a. het voor de hand ligt dat Kluwer een aansprakelijkheidsverzekering heeft die de door Steinz gevorderde schade dekt, terwijl de verzekering van Steinz de schade niet dekt;
- b. de algemene voorwaarden eenzijdig door Kluwer zijn opgelegd;
- c. Steinz vertrouwd op het grote bedrijf Kluwer en dat zij niet kon verwachten dat de diensten van Kluwer zo zouden falen als hier het geval is;
- d. haar een beroep toekomt op de reflexwerking van het bepaalde in art. 6:237 aanhef en onder *f* BW;
- e. zij hinder en ellende tengevolge van Fidura heeft ondervonden.

4.8. De rechtbank overweegt in dit geval als volgt. De stelling van Steinz dat zij op het grote bedrijf Kluwer vertrouwd en dat zij niet kon verwachten dat de diensten van Kluwer zo zouden falen als hier het geval is, kan Steinz niet baten aangezien een exoneratieclausule als de onderhavige nu juist bedoeld is zijn werking te hebben op een moment dat de prestatie van Kluwer niet aan de overeenkomst beantwoordt en de wederpartij daarvan schade heeft ondervonden. Aangezien Steinz een advocatenkantoor is, moet zij worden geacht deze strekking van het beding te hebben begrepen en er tevens op bedacht te zijn dat in algemene voorwaarden een dergelijke exoneratieclausule kan zijn opgenomen. Vaststaat voorts dat Steinz een commercieel opererende rechtspersoon is die weliswaar niet haar bedrijf maakt van het sluiten van overeenkomsten betreffende automatisering, maar als advocatenkantoor geacht moet

worden deskundig te zijn op het gebied van de inhoud van overeenkomsten.

Steinz verkeert daarmee niet in een met een consument vergelijkbare positie, zodat geen plaats is voor reflexwerking van het bepaalde in art. 6:237 aanhef en onder *f* BW, zoals onder (d) wordt betoogd. Weliswaar is, zoals Steinz onder (b) betoogt, sprake van een eenzijdig door Kluwer opgelegd beding, maar Steinz heeft niet aangevoerd of aanmerkelijk gemaakt dat Kluwer niet bereid was om over het beding te onderhandelen. Veeleer vloeit uit de stelling dat Steinz op het grote bedrijf Kluwer vertrouwd en dat zij niet kon verwachten dat de diensten van Kluwer zo zouden falen als hier het geval is, voort dat Steinz het om haar moverende redenen niet de moeite waard vond om over het beding te onderhandelen. Dat Steinz volgens haar stellingen hinder en ellende van Fidura heeft ondervonden (e), is geen omstandigheid die tot de conclusie kan leiden dat de bepaling uit de algemene voorwaarden onredelijk bezwarend is. De omstandigheid dat Kluwer een aansprakelijkheidsverzekering heeft die de door Steinz gevorderde schade dekt (a), hetgeen door Kluwer overigens wordt betwist, en het feit dat de verzekering van Steinz de schade niet dekt, is als zodanig onvoldoende zwaarwegend om tot het oordeel te kunnen leiden dat het beding onredelijk bezwarend is tegenover Steinz.

4.9. Door Steinz is tevens aangevoerd dat een beroep op het beding in strijd zou zijn met de redelijkheid en billijkheid. Hiermee beoogt Steinz kennelijk een beroep te doen op het bepaalde in art. 6:248 lid 2 BW. Nu zij evenwel geen nadere omstandigheden aanvoert dan die onder r.o. 4.7 zijn genoemd, faalt dit beroep op dezelfde gronden als waarmee het beroep op art. 6:233 onder *a* BW in r.o. 4.8 is verworpen.

4.10. Aan Kluwer komt derhalve een beroep op haar exoneratieclausule toe. Dat brengt mee dat de eventuele aansprakelijkheid van Kluwer beperkt is tot de hoogte van in het jaar waarin de schade bij Kluwer is gevorderd aan Steinz in rekening gebrachte vergoedingen, zoals in art. 12 lid 3 van de algemene voorwaarden is vastgelegd. Anders dan Kluwer betoogt kan deze bepaling niet zo worden uitgelegd dat de aansprakelijkheid is beperkt tot de hoogte van de in rekening gebrachte *licentievergoedingen*, nu de tekst van het artikel noch de verklaringen en ge-

dragingen van partijen ten tijde van de contractsluiting hiervoor enige houvast bieden. Vaststaat dat de klachten van Steinz betrekking hebben op 2002, zodat de aansprakelijkheid van Kluwer beperkt is tot de voor dat jaar in rekening gebrachte vergoedingen ter hoogte van in totaal €5112,11.

4.11. De rechtbank verwerpt het be-  
toog van Kluwer dat Steinz haar klachten niet tijdig genoeg, niet duidelijk genoeg en te laat schriftelijk zou hebben gemeld – en daarmee het beroep van Kluwer op art. 4 lid 1 en 5, en 12 lid 10, van de algemene voorwaarden – nu vaststaat dat Steinz herhaaldelijk Kluwer heeft verzocht de gebreken te verhelpen en dit vanaf 10 december 2002 ook schriftelijk heeft gedaan. Kluwer heeft niet aannemelijk gemaakt dat Steinz haar klachten duidelijker of tijdiger kenbaar had kunnen maken dan zij heeft gedaan noch dat van haar had mogen worden verwacht dat zij haar klachten eerder schriftelijk aan Kluwer kenbaar zou maken.

4.12. Het beroep van Kluwer op het bepaalde in art. 12 lid 9 van de algemene voorwaarden, inhoudende dat een cliënt de gevolgen van een toerekenbare tekortkoming slechts kan inroepen na schriftelijke ingebrekestelling van Kluwer met daarbij een gedetailleerde omschrijving van de klachten, wordt onder verwijzing naar de overwegingen 4.6 en 4.11 verworpen.

4.13. Kluwer beroept zich erop dat de schade niet is veroorzaakt door fouten in de zin van het bepaalde in art. 12 lid 1 van de algemene voorwaarden en dat Kluwer derhalve niet aansprakelijk is. De rechtbank is evenwel van oordeel dat in ieder geval de in r.o. 4.3 geconstateerde tekortkoming van Kluwer moet worden gezien als een fout in de zin van art. 12 lid 1 van de algemene voorwaarden, zodat Kluwer aansprakelijk is voor de daardoor ontstane schade, voor zover het directe schade in de zin van art. 12 lid 3 van de algemene voorwaarden betreft.

4.14. Steinz vordert onder meer vergoeding van de door haar aan de Stichting Geschillenoplossing Automatisering betaalde administratiekosten ter hoogte van €400. Kluwer heeft ter comparitie van 10 februari 2005 erkend dat zij deze kosten aan Steinz dient te vergoeden. Deze kosten zullen derhalve worden toegewezen.

4.15. Steinz vordert voorts vergoeding van een bedrag van €7560 terzake per-

soneelskosten vanwege tevergeefs bestede tijd aan onder meer de implementatie van Fidura, de invoering van kantoor- en dossiergegevens in het programma en het bijwonen van instructies. Ter nadere onderbouwing van dit onderdeel van de vordering heeft zij onder meer gesteld dat twee van haar medewerkers elk tien dagen bezig zijn geweest met het invoeren van gegevens in Fidura. Zij is uitgegaan van een uurloon van €35 voor die medewerkers. De heer Donkers heeft ter comparitie van 10 februari 2005 verklaard dat de duur van het invoeren van de dossiers in Fidura afhankelijk is van de manier waarop de gegevens georganiseerd zijn en dat het wel zou kunnen dat de door Steinz gestelde tijd daaraan is besteed. Het in rekening gebrachte uurloon is niet weersproken. Evenmin is weersproken dat de kosten voor het invoeren van de gegevens in Fidura directe schade in de zin van de algemene voorwaarden opleveren. Deze zijn door Steinz voldoende gesubstantieerd en door Kluwer als zodanig niet betwist, zodat zij in beginsel voor toewijzing in aanmerking komen. De kosten bedragen 2 personen × 10 dagen × 8 uur × €35 = €5600. De aansprakelijkheid van Kluwer is echter overeenkomstig het onder 4.10 overwogene beperkt tot een bedrag van €5112,11, terwijl reeds is geoordeeld dat een bedrag van €400 wordt toegewezen terzake de administratiekosten van de Stichting Geschillenoplossing Automatisering. De gevorderde personeelskosten komen derhalve slechts tot een bedrag van €4712,11 voor vergoeding in aanmerking.

4.16. Het overige gedeelte van de door Steinz gevorderde schadevergoeding dient te worden afgewezen, nu door (gedeeltelijke) toewijzing van de in de voorgaande overwegingen besproken kosten het maximaal door Kluwer aan schadevergoeding te betalen bedrag van €5112,11 reeds is bereikt.

4.17. Steinz stelt dat zij de overeenkomst heeft ontbonden en zij vordert daarom, naast de reeds besproken schadevergoeding, op grond van een op Kluwer rustende ongedaanmakingsverbintenis terugbetaling van het door haar aan Kluwer betaalde bedrag van €3778,75.

4.18. Voordat geoordeeld kan worden of aan de voorwaarden voor ontbinding door Steinz is voldaan, dient te worden beoordeeld in hoeverre Steinz bevoegd

is tot ontbinding, nu Kluwer zich op het standpunt stelt dat art. 24 van haar algemene voorwaarden meebrengt dat Steinz zich alleen door opzegging van de overeenkomst kan bevrijden van gebondenheid aan de overeenkomst. Steinz heeft tegen deze bepaling aangevoerd dat zij jegens haar onredelijk bezwarend is.

4.19. De rechtbank overweegt dat krachtens art. 24 van de algemene voorwaarden Kluwer bij een toerekenbare tekortkoming van Steinz de overeenkomst wel zou kunnen ontbinden, ongeacht de ernst van de tekortkoming en de aard van de verplichting waarin Steinz tekort zou schieten en zonder dat Kluwer Steinz voorafgaand aan de ontbinding in gebreke zou behoeven stellen. Volgens de bepaling zou daarentegen een dergelijke bevoegdheid aan Steinz niet toekomen, ongeacht de ernst van de tekortkoming van Kluwer en de mate waarin aan Kluwer een verwijt zou kunnen worden gemaakt van de tekortkoming. De rechtbank is van oordeel dat art. 24 van de algemene voorwaarden daarmee buitengewoon onevenwichtig is. De uitsluiting van de ontbindingsbevoegdheid voor Steinz is naar het oordeel van de rechtbank ook niet noodzakelijk ter behartiging van de gerechtvaardigde belangen van Kluwer en vloeit niet voort uit de aard van de overeenkomst. Ook staat vast dat tussen partijen tijdens de uitgebreide onderhandelingen die zijn voorafgegaan aan de totstandkoming van de overeenkomst niet is onderhandeld over de inhoud van de algemene voorwaarden, zodat het onredelijke karakter van het beding niet uitdrukkelijk door Steinz is aanvaard – al dan niet in ruil voor andere voordelen. De rechtbank is van oordeel dat onder deze omstandigheden art. 24 van de algemene voorwaarden onredelijk bezwarend in de zin van art. 6:233 onder a BW moet worden geacht, zodat het beroep van Steinz op vernietiging van deze bepaling slaagt.

4.20. Derhalve dient te worden vastgesteld in hoeverre Steinz een beroep toekomt op ontbinding overeenkomstig art. 6:265 BW. Krachtens deze bepaling dient Steinz te stellen en zo nodig te bewijzen dat Kluwer is tekortgeschoten in de nakoming van haar verbintenissen en dat nakoming tijdelijk of blijvend onmogelijk is, dan wel dat Kluwer met de nakoming van haar verbintenis in verzuim is geraakt. Indien Steinz daarin slaagt, is het aan Kluwer om te stellen

en zonodig te bewijzen dat de tekortkoming gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, deze ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt.

4.21. In de overwegingen 4.5 en 4.6 is reeds vastgesteld dat Kluwer tekortgeschoten is in de nakoming van haar verbintenissen uit de overeenkomst en dat nakoming blijvend onmogelijk is dan wel dat Kluwer in verzuim is geraakt. Aan Steinz komt derhalve in beginsel een beroep op ontbinding van de overeenkomst toe. De rechtbank is op grond van het onder 4.5 overwogene van oordeel dat de tekortkoming van Kluwer voldoende ernstig is om ontbinding te rechtvaardigen nog daargelaten dat Kluwer op wie in dit verband de stelplicht rust, niet aannemelijk heeft gemaakt waarom de tekortkoming geen ontbinding zou rechtvaardigen. Daarmee staat vast dat de overeenkomst per 16 september 2003 is ontbonden.

Overeenkomstig het bepaalde in art. 6:271 BW brengt dit mee dat voor Kluwer een verbintenis tot ongedaanmaking van de door haar van Steinz ontvangen betaling is ontstaan. Zij zal derhalve worden veroordeeld tot betaling van het door Steinz gevorderde bedrag van € 377.875.

4.22. De gevorderde wettelijke rente is niet weersproken en deze zal worden toegewezen zoals gevorderd.

#### **In reconventie**

4.23. De vordering van Kluwer in reconventie dient te worden afgewezen, nu de overeenkomst ontbonden is en Steinz derhalve is bevrijd van de op haar rustende verbintenis tot betaling van vergoedingen die Kluwer haar voor Fidura in rekening heeft gebracht.

#### **In conventie en in reconventie**

4.24. Nu Kluwer zowel in conventie als in reconventie voor het grootste deel in het ongelijk is gesteld, dient zij de kosten van Steinz in deze procedure te dragen.

### **5. De beslissing**

#### **In conventie**

De rechtbank:

- veroordeelt Kluwer B.V. om tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan mr. A. Steinz Praktijk B.V. te betalen een bedrag van € 8890,86 (zegge achtduizendachthonderdnegentig euro en zesentachtig cent), vermeer-

derd met de wettelijke rente over dat bedrag vanaf 1 januari 2003;

- veroordeelt Kluwer B.V. in de proceskosten in conventie, tot op heden aan de zijde van mr. A. Steinz Praktijk B.V. begroot op € 1721,40, waarvan € 1356 aan salaris procureur en € 365,40 verschotten;
- verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;
- wijst het meer of anders gevorderde af.

#### **reconventie**

De rechtbank:

- wijst het door Kluwer B.V. gevorderde af;
- veroordeelt Kluwer B.V. in de proceskosten in reconventie, tot op heden aan de zijde van mr. A. Steinz B.V. begroot op € 192 aan salaris procureur.

### **Noot**

#### **1. Inleiding**

Kluwer implementeert en licentieert automatiseringsoftware bij/aan het advocatenkantoor Steinz. Op de daaraan ten grondslag liggende overeenkomst zijn de algemene voorwaarden van Kluwer van toepassing. Volgens Steinz vertoont de software gebreken en lijdt Steinz daardoor schade. Steinz stelt Kluwer in gebreke. Nadat herstel binnen de gegunde termijn uitblijft, ontbindt Steinz de overeenkomst en vordert schadevergoeding. De rechtbank oordeelt dat Kluwer tekort is geschoten in de nakoming van de overeenkomst, laat de exoneratie van Kluwer in stand en veroordeelt Kluwer de door Steinz geleden schade te betalen tot aan het bedrag dat Kluwer volgens de exoneratie maximaal moet vergoeden. Verder vernietigt de rechtbank het beding op grond waarvan Steinz het recht wordt ontnomen de overeenkomst te ontbinden en veroordeelt Kluwer alle door Steinz betaalde bedragen terug te betalen. In het hiernavolgende vat ik de feiten wat uitgebreider samen en bespreek ik de overwegingen op grond waarvan de rechtbank besluit de exoneratie wel in stand te laten, maar het ontbindingsverbod te vernietigen.

#### **2. Feiten**

Kluwer brengt standaard automatiseringsoftware voor advocatenkantoren op de markt onder de naam Fidura. In

haar technisch voorbereidingsdocument geeft Kluwer aan dat wat het besturingssysteem betreft Windows 95, 98, NT en 2000 als aanbevolen configuraties gelden.

Steinz besluit deze software door Kluwer te laten leveren en implementeren. Partijen sluiten ter zake een overeenkomst. Op deze overeenkomst zijn van toepassing de algemene voorwaarden betreffende Fidura. Die voorwaarden bepalen onder andere dat (i) de totale aansprakelijkheid van Kluwer wegens toerekenbare tekortkoming is beperkt tot vergoeding van directe schade tot maximaal een bedrag gelijk aan de gefactureerde bedragen in het jaar waarin de schade wordt gevorderd, (ii) aansprakelijkheid voor alle overige schade is uitgesloten, (iii) iedere partij de overeenkomst mag opzeggen tegen het einde van ieder jaar met inachtneming van een opzegtermijn van drie maanden, (iv) Kluwer de overeenkomst zonder voorafgaande ingebrekestelling mag beëindigen als de afnemer toerekenbaar tekortschiet in de nakoming van enige verplichting die uit de overeenkomst voortvloeit, en (v) de afnemer de overeenkomst niet mag ontbinden. Steinz meent dat Kluwer tekortschiet in de nakoming van de verbintenissen uit de overeenkomst omdat (onder andere) (i) bij gebruik van Fidura onder Windows 98 slechts twee van de acht modules tegelijk kunnen worden geopend en (ii) het gebruik van Fidura omslachtig en onhandig is. Na wat briefwisselingen geeft Steinz Kluwer een laatste kans deze gebreken te herstellen en ontbindt reeds nu voor alsdan de overeenkomst (buitengerechtelijk) voor het geval herstel binnen die termijn uitblijft. Herstel blijft uit binnen die termijn.

Steinz wendt zich, conform de algemene voorwaarden betreffende Fidura, tot de Stichting Geschillenoplossing Automatisering (SGOA) voor ICT-mediation. Kluwer weigert hieraan mee te werken, omdat de kosten te hoog zouden zijn en de door de SGOA benoemde mediator geen bindende uitspraak zal kunnen doen. Vervolgens dagvaardt Steinz Kluwer en vordert terugbetaling van de reeds betaalde € 3778,75 en schadevergoeding ten bedrage van € 19.346 (onder andere bestaande uit personeelskosten wegens tevergeefs bestede tijd aan implementatie, invoeren gegevens en bijwonen trainingen). Kluwer vordert in reconventie



betaling van nog openstaande facturen ten bedrage van €6154,46.

### 3. Exoneratie

Steinz betoogt, langs de lijnen van het tweesporenstelsel-arrest *Bramer/Colpro*<sup>1</sup>, dat de exoneratie van Kluwer onredelijk bezwarend is (art. 6:233 sub a BW) althans in strijd met de redelijkheid en billijkheid (de rechtbank is zo vriendelijk dit te begrijpen als een beroep op art. 6:248 lid 2 BW<sup>2</sup>). De omstandigheden die Steinz aanvoert ter onderbouwing van haar betoog werpen volgens de rechtbank niet voldoende gewicht in de schaal om de exoneratie te vernietigen respectievelijk een beroep daarop naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar te achten. Ik loop een aantal van deze omstandigheden na en plaats ze in het licht van het bekende *Saladin/HBU*-arrest.<sup>3</sup> Steinz meent dat zij mocht vertrouwen op het grote bedrijf Kluwer en dat zij niet kon verwachten dat de diensten van Kluwer zo zouden falen als hier het geval is. De rechtbank leest hierin een beroep op de *Saladin/HBU*-omstandigheid 'de mate waarin de wederpartij zich de strekking van het beding bewust is geweest' en oordeelt dat Steinz in haar hoedanigheid van advocatenkantoor geacht moet worden te begrijpen dat een exoneratie nu juist bedoeld is voor gevallen waarin Kluwer tekortschiet en daardoor schade wordt veroorzaakt. Op zich is juist dat professionele partijen niet gehouden zijn elkaar te informeren over het bestaan en de inhoud van een exoneratie, zo lijkt ook de Hoge Raad te menen in *GTI/Zürich*.<sup>4</sup> De Rechtbank Leeuwarden meent zelfs dat het een feit van algemene bekendheid (althans een algemene ervaringsregel) is dat een exoneratie veelvuldig in contracten wordt gebruikt en dat op de exonerant (mede) daarom geen verplichting rust de wederpartij specifiek op de betreffende exoneratie te wijzen.<sup>5</sup>

Ik betwijfel echter of de rechtbank het betoog van Steinz in het juiste kader plaatst. Waarschijnlijker lijkt dat Steinz – door te spreken over de diensten van het grote bedrijf Kluwer – heeft willen betogen dat Kluwer met een grote mate van schuld (en misschien zelfs wel met opzet of bewuste roekeloosheid) heeft gehandeld doordat, mede gezien de geringe deskundigheid op ICT-gebied van Steinz in vergelijking met die van Kluwer<sup>6</sup>, de diensten van Kluwer niet vol-

deden aan de (uit het *RBC/Brinkers*-arrest<sup>7</sup> bekende maatstaf van de) mate van zorgvuldigheid die van een redelijk handelend en bekwaam automatiseringsdeskundige geëist mag worden. Of misschien heeft Steinz wel willen betogen dat Kluwer wist<sup>8</sup> althans als deskundige behoorde te weten<sup>9</sup> dat de software die zij leverde slechts beperkt geschikt was om onder Windows 98 te draaien en daarom sprake is van opzet. Hoe het ook zij, Steinz lijkt dit argument niet voldoende te hebben onderbouwd om van de rechtbank te kunnen verlangen zich daarover uit te spreken. Sterker nog, ter invulling van de *Saladin/HBU*-omstandigheid 'zwaarte van de schuld' betoogt Steinz volgens het vonnis 'slechts' dat zij hinder en ellende ten gevolge van Fidura heeft onderhouden. Hinder en ellende is op zich, zo oordeelt de rechtbank kortaf, geen omstandigheid die tot de conclusie kan leiden dat de bewuste exoneratie onredelijk bezwarend is.

### 4. Invloed van verzekeringen op exoneratie

Verder is interessant dat de rechtbank van mening is dat de omstandigheid dat Kluwer een aansprakelijkheidsverzekering heeft die de door Steinz geleden schade dekt, hetgeen Kluwer overigens betwist, en de verzekering van Steinz deze schade niet dekt, als zodanig onvoldoende zwaarwegend is om te oordelen dat de exoneratie onredelijk bezwarend is. In de arresten *Skeeler Marathons/Faber*<sup>10</sup>, *Van den Heuvel/Peeten*<sup>11</sup> en *Kuunders/Swinkels*<sup>12</sup> wordt benadrukt dat het hebben (en zelfs het kunnen hebben) van een third party-verzekering een (bijzonder) relevante omstandigheid is bij de beoordeling van exoneraties. Dat de rechtbank in *Steinz/Kluwer* ondanks deze rechtspraak juist niet de nadruk op deze omstandigheid vestigt, juich ik toe. Third party-verzekeringen zijn bedoeld om het vermogen van de verzekerde veilig te stellen tegen financiële risico's die aan de verwezenlijking van bepaalde risico's zijn verbonden.<sup>13</sup> Deze verzekeringen zijn niet bedoeld om aansprakelijkheid op de leverancier/verzekerde te laden (*assurance oblige*).<sup>14</sup> De afnemer heeft indirect profijt van de aanwezigheid van een verzekering, omdat door (de mogelijkheid van) een uitkering onder de verzekering de kans toeneemt dat de leverancier in staat is een eventuele schadevergoeding aan de af-

nemer te betalen. Zou de aanwezigheid van een verzekering tot aansprakelijkheid leiden, dan zou het lonen zich niet te verzekeren. Dan gaat ook vernoemd indirect profijt aan de afnemer voorbij. Wil de afnemer direct profijt van een third party-verzekering, dan moet hij daar zelf voor zorgen, bijvoorbeeld door met de leverancier overeen te komen dat verzekeringsaan-

- 1 HR 14 juni 2002, *NJ* 2003, 112 (concl. A-G Langemeijer, *Bramer/Colpro*; m.nt. Hijma).
- 2 Art. 6:248 lid 2 BW spreekt over 'naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar'. Dat is niet hetzelfde als 'in strijd met de redelijkheid en billijkheid'. Eerstgenoemde toets is strenger dan laatstgenoemde. De Hoge Raad vernietigt regelmatig uitspraken waarin gebruik wordt gemaakt van de verkeerde toets, zie onder andere HR 9 januari 1998, *NJ* 1998, 363 (concl. A-G Spier; *Apeldoorn/Duisterhof*; m.nt. Bloembergen).
- 3 HR 19 mei 1967, *NJ* 1967, 261 (concl. A-G Van Oosten; *Saladin/HBU*; m.nt. G.J. Scholten).
- 4 HR 15 oktober 2004, *NJ* 2005, 141 (concl. A-G Timmerman; *GTI/Zürich*).
- 5 Rb. Leeuwarden 24 september 2003, *LJN* AL6089, *Zaaknr.*: 57476 HA ZA 03-217 (*KC*).
- 6 Zie voor het vergelijkingsargument HR 16 januari 1987, *NJ* 1987, 553 (A-G Franx; *Hooijen/THB*; m.nt. Van der Grinten).
- 7 Hof 's-Gravenhage 8 maart 1984, *Computerrecht* 1984/2, p. 29 (*RBC/Brinkers*), bekrachtigd door HR 11 april 1986, *Computerrecht* 1986/3, p. 174. Zie hierover ook C. Stuurman, 'De aansprakelijkheid van de automatiseringsadviseur', *Computerrecht* 1986/3, p. 146-152 en C. Stuurman, *Aansprakelijkheid en automatisering: de positie van de adviseur*, Lelystad: Vermande 1986.
- 8 HR 20 februari 1976, *NJ* 1976, 486 (concl. A-G ten Kate; *Van der Laan/Top of Pseudo-vogelpest*; m.nt. G.J. Scholten).
- 9 HR 7 mei 1982, *NJ* 1983, 509 (concl. A-G Biegman-Hartogh; *Van Dijk/Bedaux*; m.nt. Brunner).
- 10 Hof Arnhem 10 november 1998, *NJ* 2002, 264 (*Skeeler Marathons/Fabers*).
- 11 Hof Arnhem 22 oktober 2002, *NJ* 2003, 366 (*Van den Heuvel/Peeten of Champignonkekerij*) (vervolg op: HR 12 mei 2000, *NJ* 2000, 412 (concl. A-G Hartkamp; *Van den Heuvel/Peeten of Champignonkekerij*)).
- 12 HR 18 juni 2004, *NJ* 2004, 585 (concl. A-G Verkade; *Kuunders/Swinkels*).
- 13 P. Clausing & J.H. Wansink, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 5. Bijzondere overeenkomsten. Deel IV. De verzekeringsovereenkomst*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, nr. 1; T. Hartlief, 'Het verzekeringsargument in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht', in: T. Hartlief & M. Mendel (red.), *Verzekering en maatschappij. Juridische beschouwingen over de maatschappelijke rol van verzekeringen en verzekeringsmaatschappijen*, Deventer: Kluwer 2000, p. 96; en T. Hartlief, 'Contractuele risicoverdeling, de rechter en het verzekeringsaspect', *WPNR* 2004-6601, p. 947-948.
- 14 J.H. Nieuwenhuis, 'Assurance oblige', *RMThem* 1987, p. 210.

spraken aan hem worden gecedeerd (voorzover niet in strijd met het fiducia-verbod van art. 3:84 lid 3 BW) of verpand of hij als medeverzekerde op de polis wordt bijgeschreven.

Fraai is vooral dat de rechtbank eerst alle overige door Steinz aangevoerde omstandigheden verwerpt en vervolgens oordeelt dat de enige overgebleven omstandigheid, te weten de verzekeringsdekking, *als zodanig* onvoldoende zwaarwegend is om te oordelen dat de exoneratie onredelijk bezwarend is. Daarmee geeft de rechtbank aan dat alleen die omstandigheid niet tot het doorbreken van de exoneratie kan leiden, maar sluit tegelijkertijd niet uit dat die omstandigheid in combinatie met andere omstandigheden wel tot dit oordeel zou kunnen leiden. Door aldus te manoeuvreren kan de rechtbank haar vonnis binnen de lijnen van de rechtspraak van de Hoge Raad parkeren en hoeft zij zich, voorzover zij dienaangaande dezelfde mening als ik huldigt, niet op principiële gronden tegen deze rechtspraak te verzetten.

## 5. Ontbinding

De rechtbank oordeelt dat de beëindigingsregeling in de algemene voorwaarden 'buitengewoon onevenwichtig' is omdat (i) Kluwer mag ontbinden<sup>15</sup> ongeacht de ernst van de tekortkoming en de aard van de geschonden verplichting en zonder voorafgaande ingebrekestelling en (ii) Steinz niet mag ontbinden ongeacht de ernst van de tekortkoming en de mate waarin Kluwer van een tekortkoming een verwijt zou kunnen worden gemaakt. Deze redenering van de rechtbank doet denken aan Nieuwenhuis, die schreef dat de clausule 'De afnemer heeft nimmer het recht op ontbinding van de overeenkomst' verbindende kracht moet worden ontzegd omdat ze de *quid pro quo*-structuur van de overeenkomst tot in de kern aantast.<sup>16</sup>

In dat verband acht de rechtbank ook relevant dat de uitsluiting van Steinz' ontbindingsbevoegdheid niet noodzakelijk is ter behartiging van de gerechtvaardigde belangen van Kluwer en niet voortvloeit uit de aard van de overeenkomst alsmede dat over het betreffende beding niet onderhandeld is. Deze redeneringen kan ik niet goed volgen. ICT-leveranciers menen, getuige bijvoorbeeld art. 9.5 FENIT 2003, dat zij een belang hebben de ontbindingsbevoegdheid van hun afnemers in te

perken teneinde betaling van reeds geleverde goederen en verrichte diensten zeker te stellen alsmede discussies te voorkomen over de ongedaanmakingsverbindenissen die uit een ontbinding voortvloeien. In het concrete geval kan een zodanig beding onredelijk bezwarend zijn, maar de onderbouwing van de rechtbank is wel erg summier en algemeen. Met de cryptische formulering dat de uitsluiting van de ontbindingsbevoegdheid ook niet voortvloeit uit de aard van de overeenkomst doelt de rechtbank mijns inziens op het feit dat bij softwarelicentieovereenkomsten anders dan in de overnamepraktijk waar het algemeen gebruik is geworden ontbinding uit te sluiten in overeenkomsten op grond waarvan aandelen (of activa/passiva) worden overgedragen – het 'terugdraaien' naar haar aard niet op veel bezwaren stuit.<sup>17</sup>

Verrassend vind ik wel dat de rechtbank ineens relevant acht dat over het betreffende beding niet is onderhandeld, terwijl bij de toetsing van de exoneratie de rechtbank oordeelt dat Steinz in haar hoedanigheid van advocatenkantoor geacht moet worden deskundig te zijn op het gebied van de inhoud van overeenkomsten en te begrijpen wat de strekking is van een exoneratie en in dat kader niet relevant acht dat sprake is van een eenzijdig door Kluwer opgelegd beding. Ik zie niet in waarom laatstgenoemde omstandigheden niet ook tot het oordeel leiden dat bij de toetsing van de beëindigingsregeling niet relevant is dat daarover niet is onderhandeld.

Interessant is verder welke gevolgen de rechtbank aan de ontbinding toekent. Zoals bekend heeft een ontbinding volgens art. 6:271 BW onder andere tot gevolg dat verbintenissen die reeds zijn nagekomen door partijen ongedaan dienen te worden gemaakt. Dat betekent dat Kluwer, zoals de rechtbank ook oordeelt, de bedragen die zij van Steinz heeft ontvangen, terug moet betalen. Dat betekent echter ook en daarover spreekt de rechtbank zich niet uit dat Steinz terug moet geven wat zij van Kluwer heeft ontvangen. Steinz zal mijns inziens niet alleen de software en documentatie die zijn van Kluwer heeft ontvangen terug moeten geven, maar ook het gebruik dat zij van die software heeft gehad. Het teruggeven van gebruik is een goed voorbeeld van een prestatie die naar haar aard niet ongedaan kan worden gemaakt. Art. 6:272 BW bepaalt dat voor een zodanige

prestatie een vergoeding in de plaats treedt ten belope van haar waarde op het tijdstip van ontvangst. In het geval de prestatie niet aan de verbintenis heeft beantwoord, wordt deze vergoeding beperkt tot het bedrag van de waarde die de prestatie voor de ontvanger op dit tijdstip werkelijk heeft gehad. Hoewel Steinz naar eigen zeggen hinder en ellende heeft ondervonden bij gebruik van de software, heeft zij vermoedelijk van die software ook profijt gehad door daarmee een deel van zijn administratie te voeren. Dat profijt vertegenwoordigt een waarde die Steinz aan Kluwer terug moet geven. Hoe dit moet worden gewaardeerd weet ik niet, maar de rechtbank had daar mijns inziens wel iets over moeten oordelen en zonodig een deskundige de waarde moeten laten oordelen en zonodig een deskundige de waarde moeten laten bepalen.

## 6. Conclusie

Dit vonnis is interessant om drie redenen. Ten eerste omdat de rechtbank via een fraaie redenering oordeelt dat de beweerdelijke aanwezigheid van een third party-verzekering die dekking biedt en het feit dat een aanwezige first party-verzekering geen dekking biedt, *als zodanig* onvoldoende zwaarwegend is om te oordelen dat de exoneratie onredelijk bezwarend is. Ten tweede omdat de rechtbank bij de toetsing van de exoneratie geen relevantie toekent aan het feit dat over de algemene voorwaarden niet onderhandeld is, maar dit ineens wel relevant acht bij de toetsing van de beëindigingsregeling. Ten derde omdat de rechtbank mijns inziens ten onrechte niets bepaald over de waardevergoeding voor het gebruik van de software die de licentienemer op grond van een uit een ontbinding voortvloeiende ongedaanmakingsverbindenissen aan de licentiegever zou moeten restitueren.

T.J. de Graaf

15 In de algemene voorwaarden staat beëindigen, maar de rechtbank leest daar kennelijk ontbinden in.

16 J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1979, p. 149-150.

17 Tot welke drama's het niet uitsluiten van het recht op ontbinding (voor de verkoper) leidt, blijkt goed uit HR 4 februari 2000, *NJ* 2000, 562 (concl. A-G Hartkamp; *Mol/Meijer*; m.nt. Franken).