

[Weekoverzicht](#)[Resultaat](#)[Details](#)

LJN: BM6320, Gerechtshof Arnhem , 200.005.814 en 200.004.609

Datum uitspraak: 01-06-2010

Datum publicatie: 01-06-2010

Rechtsgebied: Handelszaak

Soort procedure: Hoger beroep

Inhoudsindicatie: Tekortschietende software. Verjaringsregiem van 7:23 BW van toepassing?

Uitspraak

GERECHTSHOF AMSTERDAM

Nevenzittingsplaats Arnhem

Sector civiel recht

zaaknummers gerechtshof 200.005.814 en 200.004.609
(zaaknummers rechtbank 229125 en 234994)

arrest van de tweede civiele kamer van 1 juni 2010

in de hoofdzaak met zaaknummer 200.005.814 inzake

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

Hulskamp Group B.V.,

statutair gevestigd te Nieuwegein,

appellante,

advocaat: mr. I.M.C.A. Reinders Folmer,

tegen:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

De Beeldbrigade B.V.,

gevestigd te Amsterdam,

geïntimeerde,

advocaat: mr. R. Klöters,

en in de vrijwaringzaak met zaaknummer 200.004.609 inzake

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

Bell Microproducts B.V.,

gevestigd te Almere,

appellante,

advocaat: mr. M.A. Visser,

tegen:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

Hulskamp Group B.V.,

statutair gevestigd te Nieuwegein,

geïntimeerde,

advocaat: mr. I.M.C.A. Reinders Folmer.

1 De gedingen in eerste aanleg

1.1 Voor het geding in eerste aanleg in de hoofdzaak verwijst het hof naar de inhoud van de vonnissen van 11 juli 2007 (vonnis in het incident), 5 september 2007 (comparitievonnis) en 27 februari 2008 (eindvonnis) die de rechtbank Utrecht tussen appellante (hierna: Huls-kamp) als gedaagde en geïntimeerde (hierna: De Beeldbrigade) als eiseres heeft gewezen.

1.2 Voor het geding in eerste aanleg in de vrijwaringzaak verwijst het hof naar de inhoud van de vonnissen van 3 oktober 2007 (comparitievonnis) en 27 februari 2008 (eindvonnis) die de rechtbank

Utrecht tussen appellante (hierna: Bell) als gedaagde en geïntimeerde Hulskamp als eiseres heeft gewezen. Van het vonnis in de hoofdzaak en in de vrijwaring van 27 februari 2008 is een fotokopie aan dit arrest gehecht.

2 De gedingen in hoger beroep

2.1 Het verloop van de procedure in de hoofdzaak tot aan 16 december 2008 blijkt uit:

- het arrest in het incident van 16 december 2008 waarbij de voeging is gelast met zaak 200.004.609
- de memorie van grieven,
- de memorie van antwoord met een productie,
- de brief van 22 april 2010 van De Beeldbrigade met een productie,
- de pleidooien overeenkomstig de pleitnotities.

2.2 Het verloop van de procedure in de vrijwaringszaak blijkt uit:

- de dagvaarding in hoger beroep van 8 april 2008,
- de memorie van grieven met producties,
- de akte van Bell tot overlegging productie,
- de memorie van antwoord met producties,
- de brief van 27 januari 2010 van Bell met een productie,
- de pleidooien overeenkomstig de pleitnotities.

2.3 Vervolgens hebben partijen de stukken voor het wijzen van arrest aan het hof over-gelegd en heeft het hof arrest bepaald. In het door Hulskamp in de hoofdzaak gefourneerde dossier bevindt zich een brief van 25 oktober 2007 van Hulskamp met bijlagen. De Beeld-brigade betwist dat zij deze brief met bijlagen (voorafgaand aan de comparitie in eerste aanleg) heeft ontvangen. Blijkens het proces-verbaal van de comparitie is voornoemde brief met bijlagen overgelegd in de vrijwaringszaak. Hij maakt dus geen onderdeel uit van het procesdossier in de hoofdzaak maar van de vrijwaringszaak.

3 De vaststaande feiten

Op grond van hetgeen enerzijds is gesteld en anderzijds erkend dan wel niet of onvoldoende weersproken en op grond van de in zoverre niet bestreden inhoud van overgelegde produc-ties, staan vast de feiten die de rechtbank in haar vonnis van 27 februari 2008 in de hoofd-zaak en in de vrijwaringszaak onder 2.1 tot en met 2.9 heeft vermeld.

4 De motivering van de beslissing in hoger beroep in de hoofdzaak en in de vrijwaringszaak

4.1 Het gaat in dit geding om het volgende. De Beeldbrigade is producent van televisie-programma's waaronder Het Blok en Born2Cook. Ten behoeve van de montage van Het Blok heeft De Beeldbrigade bij Hulskamp een computerprogramma aangeschaft waarmee meerdere medewerkers tegelijkertijd het filmmateriaal ten behoeve van één aflevering van Het Blok konden monteren. Het computerprogramma - ImageSan - heeft Hulskamp bij Bell afgenomen. Op 17 mei 2004 heeft de levering van de informatiedragers en de installatie van de programmatuur bij De Beeldbrigade plaatsgevonden. De Beeldbrigade heeft problemen ondervonden met ImageSan. Hulskamp heeft op 30 juli 2004 een alternatief geïnstalleerd (FiberJet) waarmee slechts één medewerker tegelijkertijd aan een aflevering kon monteren.

4.2 In eerste aanleg heeft De Beeldbrigade, naast een verklaring voor recht, van Hulskamp schadevergoeding gevorderd tot een bedrag van € 67.258,55 en buitengerechtelijke kosten ter hoogte van € 3.683,05. Hulskamp heeft Bell na verkregen toestemming van de rechtbank in vrijwaring opgeroepen. De rechtbank heeft in de hoofdzaak de verklaring voor recht, de hoofdsom en - wat de buitengerechtelijke kosten betreft - de kosten voor een accountant van € 791,35 toegewezen en het overige afgewezen. Hulskamp is veroordeeld in de proceskosten. In de vrijwaring heeft de rechtbank Bell veroordeeld tot hetgeen waartoe Hulskamp in de hoofdzaak was veroordeeld en haar veroordeeld in de proceskosten van Hulskamp in de hoofdzaak en in de vrijwaring.

4.3 In hoger beroep doen Hulskamp en Bell beide een beroep op de verjaringsregel van artikel 7:23 lid 2 BW. In de hoofdzaak voert De Beeldbrigade en in de vrijwaring voert Hulskamp verweer tegen dat beroep. Louter de omstandigheid dat Hulskamp als appellante in de hoofdzaak en geïntimeerde in de vrijwaringszaak tegenstrijdige standpunten inneemt, maakt niet dat zij handelt in strijd met de eisen van een goede procesorde. De verhouding tussen een hoofdzaak en een vrijwaringszaak (afzonderlijke procedures tussen verschillende partijen) brengt nu eenmaal mee dat de partij die oorspronkelijk gedaagde is in de hoofdzaak, standpunten dient in te nemen die zij als eiseres in de vrijwaringszaak vaak dient te betwisten. Het verweer van De Beeldbrigade dat op een andere opvatting stoelt, verwerpt het hof dan ook.

4.4 Er is evenmin sprake van een gedekt verweer. Hulskamp en Bell hebben het beroep op verjaring in eerste aanleg niet gedaan. Uit hun proceshouding vloeit echter niet ondub-belzinnig voort dat zij dit verweer hebben willen prijsgeven. De uitzondering op het beginsel dat de oorspronkelijk gedaagde in hoger beroep nieuwe verweren kan aanvoeren, gaat dus niet op. Het op die uitzondering gebaseerde standpunt van De Beeldbrigade en Hulskamp treft geen doel.

4.5 De Beeldbrigade heeft in de hoofdzaak en Hulskamp heeft in de vrijwaringszaak voorts aangevoerd dat titel 7.1 van het Burgerlijk Wetboek (BW) betreffende koop niet van toepassing is op de geleverde software. Het hof oordeelt als volgt.

4.6 Het programma ImageSan is vastgelegd op een of meerdere gegevensdragers. Het in deze zaak gestelde gebrek houdt geen verband met deze gegevensdragers, maar met de werking van de daarop vastgelegde software. Anders dan een gegevensdrager, kan die software op zichzelf niet worden aangemerkt als een voor menselijke beheersing vatbaar stoffelijk object en is dan ook geen zaak in de zin van artikel 3:2 BW. Niettemin leidt het feit dat ImageSan standaardsoftware is, die als een pakket kan worden aangeschaft (hier voor ruim

€ 46.000) en waarmee het recht op het vrije en duurzame gebruik van de software wordt verkregen met de omstandigheid dat het in deze zaak gaat om de kwaliteit van die software en niet om de auteursrechtelijke dimensie daarvan, het hof tot het oordeel dat, op grond van het bepaalde in art. 7:47 BW, titel 7.1 van toepassing moet worden geacht. Dat de software - voor een bedrag van € 2.200 - door een specialist geïnstalleerd en getest moet worden alvorens in gebruik te worden genomen, doet hier niet aan af, nu dit het karakter van de tussen partijen gesloten overeenkomst niet wezenlijk anders doet zijn.

4.7 Dit oordeel brengt mee dat ook de verjaringstermijn van twee jaren van artikel 7:23 BW lid 2 van toepassing is. Deze verjaringstermijn geldt zowel voor de contractuele grondslag (toerekenbare tekortkoming in de nakoming) als voor de op dezelfde feitelijke grondslag gebaseerde onrechtmatige daad (Hoge Raad 21 april 2006, NJ 2006, 272, LJN: AW2582, Inno/Suis). De verjaringstermijn vangt aan vanaf de kennisgeving als bedoeld in artikel 7:23 lid 1 BW. De volgende vraag die voorligt, is of de verjaringstermijn tijdig is gestuit. Voor het antwoord op de vragen wanneer de verjaringstermijn is aangevangen en of deze tijdig is gestuit, moet tussen de hoofdzaak en de vrijwaringszaak onderscheid gemaakt worden.

voorts in de hoofdzaak

4.8 De Beeldbrigade heeft kort na de installatie van ImageSan geklaagd over de kwaliteit ervan. In het dossier bevinden zich een e-mail van 23 juli 2004 en een brief van 24 augustus 2004 waarbij Hulskamp aansprakelijk is gesteld. Op 9 november 2004 is vervolgens een sommatiebrief verzonden namens De Beeldbrigade. De verjaringstermijn is dus na deze stuiting opnieuw begonnen op laatstgenoemde datum en liep tot 9 november 2006. Omdat De Beeldbrigade Hulskamp pas op 29 maart 2007 heeft gedagvaard, is haar vordering in beginsel verjaard.

4.9 De Beeldbrigade heeft aangevoerd dat zij op 10 februari 2005 een verzoekschrift tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor bij de rechtbank heeft ingediend. Tijdens het pleidooi heeft zij dit standpunt toegelicht en betoogd dat in dat verzoekschrift was opgenomen: "De Beeldbrigade is voornemens Hulskamp te dagvaarden in een procedure voor de Rechtbank te Amsterdam ter verkrijging van een schadevergoeding". Ook indien deze mededeling een voldoende duidelijke waarschuwing aan Hulskamp inhoudt dat zij rekening moet houden met de mogelijkheid dat de vordering alsnog geldend wordt gemaakt (vgl. laatstelijk Hoge Raad 18 september 2009, NJ 2009, 439, LJN: BI8502), biedt dit De Beeldbrigade geen soelaas. De Beeldbrigade heeft immers niet gesteld dat dit verzoekschrift door Hulskamp is ontvangen binnen twee jaar vóór 29 maart 2007.

4.10 Tot slot heeft De Beeldbrigade in haar memorie van antwoord onder randnummer 52 opgenomen dat zij Hulskamp "eind 2005" schriftelijk in kennis heeft gesteld van de laatste schadebegroting. Daarbij zou Hulskamp voor de laatste maal gesommeerd zijn de schade te vergoeden. De Beeldbrigade heeft verzuimd het betreffende stuk over te leggen. Bij pleidooi heeft zij aangevoerd dat Hulskamp bij brief van 1 december 2005 laatstelijk is gesommeerd de schade te vergoeden. De brief is niet in de procedure ingebracht omdat deze confraterneel is, aldus De Beeldbrigade.

4.11 Het beroep op stuiting door de brief van 1 december 2005 is eerst bij pleidooi gedaan. Hulskamp heeft niet ingestemd met de uitbreiding van het partijdebat met dit nieuwe feit. Op grond van de tweeconclusie-regel moet dit nieuwe feit buiten beschouwing blijven. Dat partijen hebben gediscussieerd over (toestemming tot) het in het geding brengen van deze confraternele brief, brengt daarin geen verandering. Hulskamp heeft overigens bij gebrek aan wetenschap de gestelde ingebrekestelling op 1 december 2005 betwist. Op grond van al het voorgaande houdt het hof het ervoor dat de verjaring niet tijdig is gestuit zodat de vordering van De Beeldbrigade is verjaard. Grief I slaagt, zodat het gevorderde moet worden afgewezen.

voorts in de vrijwaringszaak

4.12 Nu de vordering van De Beeldbrigade op Hulskamp is verjaard, slaagt de tweede grief. Ten overvloede overweegt het hof dat ook de eerste grief slaagt. In eerste aanleg is tussen partijen komen vast te staan dat Bell bij brief van 12 november 2004 in gebreke is gesteld, zodat de verjaringstermijn toen (opnieuw) is gaan lopen. Hulskamp heeft geen beroep gedaan op stuitingshandelingen van na die datum. Omdat Hulskamp Bell in eerste aanleg pas op 30 juli 2007 in vrijwaring heeft gedagvaard, is ook de vordering van Hulskamp op Bell verjaard.

Slotsom

in de hoofdzaak

4.13 De eerste grief slaagt, zodat het bestreden vonnis moet worden vernietigd. De overige grieven, stellingen en verweren behoeven bij deze stand van zaken geen bespreking meer. Als de overwegend in het ongelijk gestelde partij zal De Beeldbrigade in de kosten van beide instanties en in de nakosten worden veroordeeld.

in de vrijwaringszaak

4.14 De eerste twee grieven slagen, zodat het bestreden vonnis moet worden vernietigd. De overige grieven, stellingen en verweren behoeven bij deze stand van zaken geen bespreking meer. Als de overwegend in het ongelijk gestelde partij zal Hulskamp in de kosten van beide instanties en in de nakosten worden veroordeeld.

5 De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep:
in de hoofdzaak en in de vrijwaringszaak

vernietigt het vonnis van de rechtbank Utrecht van 27 februari 2008 en doet opnieuw recht:

in de hoofdzaak

wijst de vorderingen van De Beeldbrigade alsnog af;
veroordeelt De Beeldbrigade in de kosten van beide instanties, tot aan deze uitspraak aan de zijde van Hulskamp voor de eerste aanleg begroot op € 1.788 voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief en op € 1.560 voor griffierecht en voor het hoger beroep begroot op € 5.708,50 voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief en op € 2.201,80 voor verschot-ten;
veroordeelt De Beeldbrigade in de nakosten, begroot op € 131, met bepaling dat dit bedrag zal worden verhoogd met € 68 in geval De Beeldbrigade niet binnen veertien dagen na aan-schrijving aan deze uitspraak heeft voldaan én betekening heeft plaatsgevonden;
verklaart de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad;
in de vrijwaringszaak

wijst de vorderingen van Hulskamp af;

veroordeelt Hulskamp in de kosten van beide instanties, tot aan deze uitspraak aan de zijde van Bell voor de eerste aanleg begroot op € 1.788 voor salaris overeenkomstig het liquida-tietarief en op € 1.480 voor griffierecht en voor het hoger beroep begroot op € 4.893 voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief en op € 2.111,80 voor verschotten;
veroordeelt Hulskamp in de nakosten, begroot op € 131, met bepaling dat dit bedrag zal worden verhoogd met € 68 in geval Hulskamp niet binnen veertien dagen na aanschrijving aan deze uitspraak heeft voldaan én betekening heeft plaatsgevonden;
verklaart de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. Th.C.M. Willemse, A.W. Steeg en E. Bauw, en is in te-genwoordigheid van de griffier uitgesproken ter openbare terechtzitting van 1 juni 2010.
