

LJN: BK9370, Gerechtshof 's-Gravenhage , 105.005.825/01

Datum uitspraak: 12-01-2010

Datum publicatie: 15-01-2010

Rechtsgebied: Handelszaak

Soort procedure: Hoger beroep

Inhoudsindicatie: Uitleg overeenkomst; levering en ontwikkeling softwareprogramma; bewijsopdracht en getuigenverhoor.

Uitspraak

GERECHTSHOF 's-GRAVENHAGE

Sector handel

uitspraak: 12 januari 2010

zaaknummer: 105.005.825/01 (06/1614)

zaaknummer rechtbank: 249.986 (HA ZA 05/2886)

Arrest van de eerste civiele kamer

in de zaak van:

1. Duolink B.V. ,

gevestigd te Waddinxveen,

2. Convenient B.V.,

gevestigd te Waddinxveen,

3. [...],

wonende te Bergschenhoek,

4. [...] Beheer B.V.,

gevestigd te Bergschenhoek,

5. Converge Holding N.V.,

gevestigd te Curacao (Nederlandse Antillen) en

kantoorhoudend te Waddinxveen,

6. [...],

wonende te Salernes (Frankrijk),

appellanten,

hierna tezamen: Duolink,

advocaat: mr. M.L. Groen te Waddinxveen,

tegen:

Kraan Business Solutions B.V.,

gevestigd te Rotterdam,

geïntimeerde,

hierna: Kraan,

advocaat: mr. S.A. Kruijt te Utrecht

Het geding

Het hof verwijst naar zijn tussenarrest van 7 april 2009 in deze zaak voor het geding tot dit arrest.

Hierna heeft Duolink een akte genomen waarop Kraan met een akte na tussenarrest (met producties)

heeft gereageerd. Duolink heeft zich vervolgens bij akte over deze producties uitgelaten. Tot slot

hebben partijen (een kopie van) hun procesdossiers aan het hof overgelegd en arrest gevraagd.

Beoordeling van het hoger beroep

uitgangspunten

1. Het hof zal de hierna vermelde bedragen op hele euro's afronden.

2. Partijen zijn in het contract van 2 mei 2003 (de overeenkomst) onder meer het volgende overeengekomen:

a. Kraan heeft de intentie om een software oplossing te ontwikkelen waarvan Kraan software en Navision software deel uitmaken. Vanaf 1 mei 2003 zal Kraan aanvangen met de verkoop van het softwareprogramma BouwVision, al dan niet aangevuld met Kraan software. Verder zal Kraan vanaf 1 mei 2003 aanvangen met het ontwikkelen en aansluitend verkopen van software oplossingen, waarbij Kraan software is samengebouwd met Navision programmatuur (1.3).

b. Kraan is verplicht de koopprijs te voldoen in de vorm van afdrachten aan Duolink die zijn gerelateerd aan de inkopen van Kraan ten behoeve van al haar klanten bij Navision in de periode 1 mei 2003 tot en met 30 april 2007 (2.2).

c. Kraan is verplicht tot het voeren van een klant- en inkoopadministratie, die door Duolink op haar

verzoek eenmaal per kwartaal bij Kraan kan worden ingezien. Voorts is Kraan verplicht aan Duolink ieder kwartaal een afschrift te verstrekken van de officiële overzichten van Navision waarop de afgenomen licenties en of maandbedragen zijn vermeld (2.2).

d. Kraan is verplicht een voorschot aan Duolink te betalen op de door haar verschuldigde afdrachten van € 4.000 per maand gedurende 24 maanden, vanaf 1 mei 2003 tot en met 30 april 2005, naast een eenmalig bedrag van € 50.000 per 5 mei 2003, tot een totaal van € 146.000 (2.3).

e. Duolink is verplicht om het bedrag dat zij aan voorschotten van Kraan op 1 mei 2005 meer heeft ontvangen dan de afdrachten waartoe Kraan tot deze datum is verplicht, per deze datum aan Kraan terug te betalen (2.4).

tussenarrest

3. Het hof heeft in het tussenarrest onder meer het volgende geoordeeld:

a. Partijen hebben in de overeenkomst geen afspraak gemaakt over een concrete omvang van de koopprijs (11).

b. Op Kraan komt onder de gegeven omstandigheden geen gerechtvaardigd beroep toe op eventuele gebreken die zich ten tijde van of kort na de koop bij BouwVision zouden hebben voorgedaan of op het verwijt dat BouwVision niet de eigenschappen zou bezitten die Kraan redelijkerwijs ervan mocht verwachten (12).

c. Het is aan Duolink om de door haar gestelde wanprestatie en het door haar gestelde schuldeisersverzuim van Kraan te bewijzen. Hierbij is van belang dat de verplichting van Kraan ingevolge artikel 1.3 van de overeenkomst als een inspanningsverplichting moet worden aangemerkt, waarbij aan Kraan bij de nakoming van deze verplichting de nodige beleidsvrijheid toekomt die past in het kader van een verantwoorde bedrijfsvoering (15).

d. Duolink zal in de gelegenheid worden gesteld zich alsnog uit te laten over de stelling van Kraan dat zij bij de verkoop van BouwVision aan Cane rekening heeft gehouden met de gerechtvaardigde belangen van Duolink door in de overeenkomst met Cane haar financiële verplichtingen ingevolge de overeenkomst met Duolink op te nemen, en de stelling van Kraan dat de afrekeningen met Duolink na de verkoop aan Cane per 10 februari 2006 op dezelfde voet zijn doorgegaan als in de periode ervoor (17).

e. Duolink zal zich eveneens kunnen uitlaten over de stelling van Kraan dat Duolink, in de persoon van [getuige 1], op 27 januari 2007 de afdrachten over 2006 bij Kraan heeft gecontroleerd en geconstateerd dat deze overeenkomstig de inkoopnota's van Navision zijn gedaan (17).

nader standpunt Duolink

4. In haar beide aktes heeft Duolink, samengevat, de volgende stellingen betrokken:

a. Duolink wenst de door haar gestelde wanprestatie en het door haar gestelde schuldeisersverzuim van Kraan te bewijzen met het doen horen van de getuigen [getuige 1], [getuige 2], [getuige 3], [getuige 4] en [getuige 5]. De tekortkomingen van Kraan hebben betrekking op de stellingen van Duolink dat Kraan niet heeft voldaan aan haar verplichting om:

- BouwVision in combinatie met de Navision programmatuur verder te ontwikkelen en in de markt te zetten;

- haar afdrachten ingevolge artikel 2.2 van de overeenkomst aan Duolink te verantwoorden, doordat zij nalatig is geweest met de toezending van de officiële overzichten van Navision waarop haar inkopen bij Navision zijn vermeld.

b. Duolink betwist de inhoud van de door Kraan overgelegde schriftelijke verklaringen van [getuige 4] en [getuige 3]. Tegenover Duolink hebben [getuige 4] en [getuige 3], evenals [getuige 5], verklaard dat zij uit frustratie het bedrijf van Kraan hebben verlaten omdat er door Kraan veel te weinig tijd en geld in BouwVision werd gestoken en omdat de businessunit BouwVision binnen Kraan een onbetekende rol speelde.

c. Weliswaar kunnen [getuige 1] en [getuige 2] als partijgetuigen worden beschouwd, doch eerst na het horen van alle getuigen kan worden vastgesteld of sprake van voldoende aanvullend bewijs is.

d. De door Kraan overgelegde overeenkomst met Computervak B.V. is niet van betekenis. Deze overeenkomst geldt slechts voor twee weken en behelst niet meer dan een inhuurcontract van functionele capaciteit om rapportages te verfrazen.

e. Ook de brief of overeenkomst van 19 april 2004 met Best Practice (Marketing) kan Kraan niet baten. Deze overeenkomst geldt voor de beperkte duur van twee maanden. Weliswaar behelst de overeenkomst om in deze periode tot 30 afspraken met bouwbedrijven te komen, doch Duolink betwist dat deze afspraken zijn gemaakt, nu [getuige 5] in deze periode Kraan heeft verlaten terwijl [getuige 5] tot taak had om de externe contacten te onderhouden.

f. Kraan heeft overeenkomstig het door Kraan als productie 10 in het geding gebrachte overzicht slechts € 20.583 afgedragen. Dit geringe bedrag is een gevolg van de gebrekkige wijze waarop Kraan met BouwVision is omgegaan.

g. Kraan heeft verzuimd om de volledige overeenkomst met Cane, waarbij BouwVision aan Cane is verkocht, in het geding te brengen of aan Duolink te verstrekken. Duolink is daarom niet in staat hierop afdoende te reageren.

h. Kraan heeft eveneens verzuimd om een deugdelijke vertaling in het geding te brengen van haar overeenkomst met Microsoft Business Solutions Nederland B.V. Duolink verzoekt het hof hieraan de

gevolgen te verbinden die het hof geraden voorkomt.

nader standpunt Kraan

5. In haar akte na tussenarrest heeft Kraan, samengevat, het volgende nader naar voren gebracht:

a. Het geschil tussen partijen is thans toegespitst op de vraag of:

- Kraan niet of onvoldoende heeft voldaan aan haar verplichting om BouwVision in combinatie met de Navision programmatuur verder te ontwikkelen en in de markt te zetten;
- Kraan nalatig is geweest haar verplichting na te komen om haar afdrachten op de voet van de overeenkomst aan Duolink te verantwoorden, doordat zij nalatig zou zijn geweest met de toezending van de officiële overzichten van Navision waarop haar inkopen bij Navision zijn vermeld;
- de verkoop van BouwVision aan Cane op 10 februari 2006 tot gevolg heeft gehad dat nakoming door Kraan van haar verplichtingen tot financiële afdrachten onmogelijk is geworden.

b. Duolink heeft in haar akte na tussenarrest aangeboden het van haar verlangde bewijs van de door haar gestelde wanprestatie te leveren door het doen horen van vijf getuigen. Duolink heeft echter verzuimd concreet aan te geven welke specifieke feiten en omstandigheden deze getuigen naar voren kunnen brengen en of deze tot toewijzing van haar vordering kunnen leiden. Daarom moet het aanbod als onvoldoende gespecificeerd en te vaag worden gepasseerd.

c. Bovendien dienen de door Duolink voorgestelde getuigen [getuige 1] en [getuige 2] als partijgetuigen te worden aangemerkt, zodat hun verklaringen van betrekkelijke betekenis zijn. Tevens blijkt uit de schriftelijke verklaringen van [getuige 4] en [getuige 3] dat Kraan aanzienlijke inspanningen heeft verricht om BouwVision verder te ontwikkelen en in de markt te zetten. Ook [getuige 5] zal dit als getuige slechts kunnen bevestigen. Dit blijkt eveneens uit de overeenkomst van mei 2004 die Kraan met het ontwikkelbedrijf Computervak over de verdere ontwikkeling van BouwVision heeft gesloten, en uit de bevestigingsopdracht van april 2004 aan het marketingbureau Best Practice Marketing om ondersteuning te verlenen bij het in de markt zetten van BouwVision.

d. Ondanks de vele kosten en inspanningen die Kraan voor de ontwikkeling, marketing en verkoop van BouwVision heeft gedaan, is het haar niet gelukt om van BouwVision een succes te maken. Dit is Duolink eerder ook niet gelukt en Cane later evenmin. Naast de door Duolink voorgestelde getuigen [getuige 5], [getuige 3] en [getuige 4] kunnen deze inspanningen worden bevestigd door [S] en [B], die eveneens inhoudelijk betrokken zijn geweest bij de inspanningen van Kraan bij de verdere ontwikkeling en het in de markt zetten van BouwVision.

e. Voorafgaande aan deze procedure heeft Duolink nooit eerder een beroep gedaan op artikel 2.2 van de overeenkomst over de verantwoording door Kraan van de afdrachten waartoe zij op de voet van deze bepaling is verplicht. Dit was ook niet nodig omdat [getuige 1], namens Duolink, periodiek de door Kraan aan Duolink gezonden rapportages op het kantoor van Kraan heeft geverifieerd aan de hand van de inkoopnota's bij Navision, voor het laatst op 27 januari 2007. Hierbij heeft [getuige 1] vastgesteld dat de rapportages en betalingen door Kraan altijd in overeenstemming met deze inkoopnota's waren.

f. Eerst in oktober 2006 heeft Duolink aan Kraan gevraagd om voortaan ook deze inkoopfacturen van Navision bij de afrekeningen te voegen. Nadat Duolink in hoger beroep was gegaan van het vonnis van de rechtbank heeft Kraan besloten niet op dit verzoek in te gaan. Uit het bij de akte na tussenarrest overgelegde overzicht van afdrachten tot en met mei 2009 en de hierbij gevoegde inkoopnota's over 2007, 2008 en 2009 blijkt dat Kraan inmiddels in totaal € 20.583 heeft afgedragen. De laatste betaling van € 352 heeft op 29 mei 2009 plaatsgevonden.

g. De financiële verplichtingen van Kraan jegens Duolink zijn in de overeenkomst met Cane in artikel 4 (onder 2) overgenomen, zoals uit de door Kraan overgelegde tekst van dit artikel, inclusief de hierin vermelde bijlage A, blijkt. Deze overeenkomst heeft een vertrouwelijk karakter en bevat een bepaling over geheimhouding. Daarom maakt Kraan vooralsnog bezwaar tegen de overlegging van de gehele overeenkomst met Cane. Voor de beoordeling van het geschil met Duolink is dit ook niet nodig. Na de verkoop van BouwVision aan Cane zijn de periodieke afdrachten voortgezet. Kraan houdt hiervan een sluitende administratie bij. Dit is [getuige 1] tijdens zijn periodieke controle van deze administratie op het kantoor van Kraan ook gebleken.

h. Op grond van artikel 1.3 van de overeenkomst heeft Kraan een inspanningsverplichting om met Navision tot een overeenkomst te komen met betrekking tot een Navision Solution Center. Om deze reden heeft Kraan het voorblad, het eerste en het laatste blad van de overeenkomst met Microsoft Business Solutions Nederland B.V. van 19 februari 2004 in het geding gebracht, als bewijs dat Kraan aan deze inspanningsverplichting heeft voldaan. De inhoud van de overeenkomst, die bijna 52 pagina's in de Engelse taal beslaat, staat tussen partijen niet ter discussie, terwijl een vertaling van de gehele overeenkomst in de Nederlandse taal onevenredig veel kosten meebrengt. Bovendien bevat ook deze overeenkomst enkele bepalingen over geheimhouding. Daarom is het bezwaarlijk voor Kraan en ook niet nodig om deze overeenkomst integraal (in de Nederlandse taal) in het geding te brengen.

beoordeling standpunten partijen

6. Duolink heeft niet of onvoldoende gemotiveerd de hiervoor onder 5 e, f en g vermelde stellingen van Kraan betwist en erkend dat Kraan tot en met mei 2009 overeenkomstig haar laatste overzicht in

totaal € 20.583 aan Duolink heeft afgedragen. Dit heeft tot gevolg dat ervan dient te worden uitgegaan dat Kraan een sluitende administratie bijhoudt van de inkopen bij Navision en van haar afdrachten aan Duolink, dat zij gedurende de looptijd van de overeenkomst periodiek een overzicht van haar afdrachten aan Duolink heeft gezonden en dat Duolink in de gelegenheid is gesteld om de inkopen van Kraan bij Navision en nadien van Cane bij Navision en de afdrachten aan Duolink overeenkomstig artikel 2.2 van de overeenkomst bij Kraan in te zien en te verifiëren, van welke gelegenheid Duolink ook geregeld gebruik heeft gemaakt. Hiermee heeft Kraan aan haar verplichtingen ingevolge artikel 2.2 van de overeenkomst voldaan. Hieraan doet niet af dat Kraan eerst in hoger beroep aan het tijdens deze procedure voor het eerst gedane verzoek van Duolink heeft voldaan om haar tevens de inkoopfacturen van Navision vanaf 2007 ter beschikking te stellen.

7. In dit verband heeft Kraan terecht gesteld dat zij onder de door haar geschetste omstandigheden, in het bijzonder zoals hiervoor onder 5 g, niet is gehouden om alsnog de integrale overeenkomst met Cane in het geding te brengen. Gelet op de uitvoerige uitleg die Kraan hierbij na het tussenarrest heeft gegeven, de vertaling van het betrokken artikel in de overeenkomst met Cane, en de verantwoording die zij over haar afdrachten – ook na de verkoop van BouwVision aan Cane – aan Duolink heeft afgelegd en de gelegenheid die Duolink is geboden om een en ander te controleren en te verifiëren, heeft Duolink niet kunnen volstaan met het summiere verweer dat zij niet in staat is om de overeenkomst met Cane te beoordelen nu deze niet integraal door Kraan in het geding is gebracht. Bij de beoordeling van het geschil kan er daarom van worden uitgegaan dat Kraan bij de verkoop van BouwVision aan Cane rekening heeft gehouden met de gerechtvaardigde belangen van Duolink door in de overeenkomst met Cane haar financiële verplichtingen ingevolge de overeenkomst met Duolink op te nemen, en dat de afrekeningen met Duolink na de verkoop aan Cane per 10 februari 2006 op dezelfde voet zijn doorgegaan als in de periode ervoor.

8. Duolink heeft niet de hiervoor onder 5 h vermelde stellingen van Kraan betwist dat zij op grond van artikel 1.3 van de overeenkomst een inspanningsverplichting heeft om met Navision tot een overeenkomst te komen met betrekking tot een Navision Solution Center. Duolink heeft evenmin, dan wel onvoldoende gemotiveerd, weersproken de verdere stellingen van Kraan, zakelijk inhoudende dat Kraan ruimschoots bewijs van haar inspanningen heeft geleverd door als bewijs van de nakoming hiervan het voorblad, het eerste en het laatste blad van de overeenkomst met Microsoft Business Solutions Nederland B.V. van 19 februari 2004 in het geding te brengen, dat de inhoud van de overeenkomst tussen partijen niet ter discussie staat en dat het daarom niet van belang is om deze overeenkomst integraal (in de Nederlandse taal) in het geding te brengen, mede gelet op de hieraan verbonden kosten. Dit heeft tot gevolg dat ervan dient te worden uitgegaan dat Kraan ook aan deze inspanningsverplichting heeft voldaan.

9. Na de voorgaande rechtsoverwegingen is bij de verdere beoordeling van het geschil nog slechts de vraag van belang of Kraan niet of onvoldoende heeft voldaan aan haar verplichting om BouwVision in combinatie met de Navision programmatuur verder te ontwikkelen en in de markt te zetten. In dit verband heeft Kraan onder meer diverse schriftelijke stukken overgelegd en naar voren gebracht dat uit de schriftelijke verklaringen van [getuige 4] en [getuige 3] blijkt dat Kraan aanzienlijke inspanningen heeft verricht en kosten heeft gemaakt om BouwVision verder te ontwikkelen en in de markt te zetten en dat het aanbod van Duolink om het van haar verlangde bewijs bij te brengen door het horen van de door haar voorgestelde vijf getuigen te vaag is en als onvoldoende gespecificeerd dient te worden gepasseerd.

10. Aan de door Kraan in het geding gebrachte schriftelijke verklaringen van [getuige 4] en [getuige 3] en de door haar en Duolink in het geding gebrachte schriftelijke bewijsstukken, zoals enkele Kraankranten uit 2003, 2004 en 2005, de brochure Kraan Business Solutions ten behoeve van onder meer de stand van Kraan op de (tweejaarlijkse) Internationale Bouwbeurs 2005 in de Jaarbeurs te Utrecht (in eerste aanleg) en de overeenkomsten met Best Practice Marketing van 19 april 2004 en met Computervak van 28 mei 2004 (in hoger beroep), kan zonder meer het vermoeden worden ontleend dat Kraan ook in dit opzicht aan haar verplichtingen uit de overeenkomst jegens Duolink heeft voldaan, mede gelet op de beleidsvrijheid in het kader van een verantwoorde bedrijfsvoering die haar hierbij toekomt. Nu Duolink deze verklaringen echter gemotiveerd heeft betwist en enkele vraagtekens heeft geplaatst bij de overeenkomsten met Best Practice Marketing en Computervak, dient Duolink in de gelegenheid te worden gesteld om dit vermoeden te ontzenuwen door het horen van de door haar voorgestelde personen als getuigen. Het is na dit (tweede) tussenarrest aan Duolink om een afweging te maken tussen haar kansen op een voor haar bevredigend resultaat en haar kosten bij een voortzetting van de procedure.

Beslissing

Het gerechtshof:

- laat Duolink toe tot het bewijs van haar stelling dat Kraan niet heeft voldaan aan haar verplichting om BouwVision in combinatie met de Navision programmatuur verder te ontwikkelen en in de markt te zetten;
- bepaalt dat de getuigenverhoren zullen worden gehouden in een der zittingszalen van het Paleis van

Justitie aan de Prins Clauslaan 60 te 's-Gravenhage ten overstaan van mr. M.L. Vierhout als raadsheer-commissaris;

- bepaalt dat het verhoor van [getuige 5], [getuige 3] en [getuige 4] zal plaatsvinden op maandag 1 maart 2010 om 10 uur en van [getuige 1] en [getuige 2] op maandag 15 maart 2010 om 10 uur;
- houdt iedere verdere beslissing aan.

Dit arrest is gewezen door mrs. M.L. Vierhout, M.A.F. Tan-de Sonnaville en J. Kramer, en uitgesproken ter openbare terechtzitting van 12 januari 2010 in het bijzijn van de griffier.
