

11 december 2007
tweede civiele kamer
rolnummer 2006/994

Copie

GERECHTSHOF TE ARNHEM

Arrest

in de zaak van:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

Silicon Biomedical Instruments B.V.,

gevestigd te Arnhem,

appellante in het principaal appel,

geïntimeerde in het incidenteel appel,

procureur: mr. F.J. Boom,

tegen:

de vennootschap naar Duits recht

Viasys Healthcare GmbH (voorheen geheten **Erich Jaeger GmbH**),

gevestigd te Höchberg (Duitsland),

geïntimeerde in het principaal appel,

appellante in het incidenteel appel,

procureur: mr. L. Paulus.

1 Het geding in eerste aanleg

Voor de procedure in eerste aanleg wordt verwezen naar de inhoud van de vonnissen van 6 juni 2002, 10 september 2003 en 28 juni 2006 die de rechtbank Arnhem tussen principaal appellante (hierna te noemen: SBI) als eiseres in conventie en verweerster in reconventie en principaal geïntimeerde (hierna te noemen: Jaeger) als gedaagde in conventie en eiseres in reconventie heeft gewezen; van die vonnissen is een fotokopie aan dit arrest gehecht.

2 Het geding in hoger beroep

2.1 SBI heeft blijkens een exploot van 21 augustus 2006 een dagvaarding naar de ontvangende instantie in Duitsland als bedoeld in de EG-verordening nr. 1348/2000 van de Raad van de Europese Unie van 29 mei 2000 (EG-Betekenningsverordening) verzonden, waarin aan Jaeger is aangezegd dat SBI van het vonnis van 28 juni 2006 in hoger beroep komt, met dagvaarding van Jaeger voor dit hof.

2.2 Bij memorie van grieven heeft SBI veertien grieven tegen het bestreden vonnis aangevoerd en toegelicht en heeft zij bewijs aangeboden. Zij heeft gevorderd dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en, opnieuw recht doende, bij voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad verklaard arrest de vorderingen van SBI in conventie volledig zal toewijzen en de vorderingen van Jaeger in reconventie volledig zal afwijzen, met veroordeling van Jaeger in de kosten van de procedure in eerste aanleg en in hoger beroep, zowel in conventie als in reconventie.

2.3 Bij conclusie van antwoord in hoger beroep tevens houdende incidenteel appel (hierna te noemen: conclusie van antwoord in hoger beroep) heeft Jaeger de grieven bestreden, heeft zij bewijs aangeboden en een aantal producties in het geding gebracht. Zij heeft geconcludeerd dat het hof bij arrest, zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, het hoger beroep ongegrond zal verklaren met veroordeling van SBI in de kosten van het principaal hoger beroep.

2.4 Bij de conclusie van antwoord in hoger beroep heeft Jaeger tevens incidenteel beroep ingesteld tegen het vonnis van 28 juni 2006, heeft zij daartegen drie grieven aangevoerd en toegelicht, bewijs aangeboden en een aantal producties in het geding gebracht. Jaeger heeft gevorderd dat het hof dat vonnis zal vernietigen voor wat betreft

het dictum onder 4.6 en 4.7 en, opnieuw recht doende, bij zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad te verklaren arrest zal toewijzen de door Jaeger

- i) geleden schade ten bedrage van € 4.488.000,--;
 - ii) aan ESJ Accountants betaalde kosten ad € 16.125,-- ter vaststelling van aansprakelijkheid en schade;
 - iii) aan TNO betaalde kosten ad € 29.597,73 ter vaststelling van aansprakelijkheid en schade;
 - iv) aan dr. M.J.A.M. van Putten betaalde kosten ad € 4.300,-- ter vaststelling van aansprakelijkheid en schade;
 - v) aan ESJ Accountants betaalde kosten in verband met het voeren van verweer tegen de door SBI gevorderde schade, en
 - vi) aan TNO te betalen kosten p.m. in verband met het voeren van verweer tegen de kritiek van SBI op het TNO-rapport,
- de bedragen genoemd onder i) tot en met vi) te vermeerderen met wettelijke rente vanaf de datum van de eis in reconventie althans 23 maart 2005 althans vanaf (het hof begrijpt:) 16 januari 2007 tot aan de dag der algehele voldoening met veroordeling van SBI in de kosten van het geding in incidenteel hoger beroep.

2.5 Bij memorie van antwoord in het incidenteel appel, tevens houdende akte uitlating en overlegging producties (hierna te noemen: memorie van antwoord in het incidenteel appel) heeft SBI in het principaal hoger beroep geconcludeerd tot persistit en in het incidenteel hoger beroep verweer gevoerd. Zij heeft daarin geconcludeerd dat het hof het hoger beroep ongegrond zal verklaren, dan wel Jaeger daarin niet-ontvankelijk zal verklaren, met veroordeling van Jaeger in (het hof begrijpt:) de kosten van het incidenteel hoger beroep.

2.6 Daarna heeft Jaeger (antwoord)akte verzocht van uitlating producties.

2.7 Ter zitting van 10 juli 2007 hebben partijen de zaak doen bepleiten, SBI door mr. T.H. Bosboom, advocaat te Arnhem, en Jaeger door mrs. M.H.J. van den Horst en T. David, advocaten te 's-Gravenhage; beide partijen hebben daarbij pleitnotities in het geding gebracht.

Mr. Bosboom voornoemd heeft bij brief van 4 juli 2007, op diezelfde dag ingekomen ter griffie van het hof, namens mr. Boom aan Jaeger en het hof de producties 81-88 aan de zijde van SBI gezonden. Voorts heeft mr. Bosboom op 4 juli 2007 een bij productie 81 behorende bijlage ter griffie van het hof gedeponneerd. Desgevraagd heeft mr. Van den Horst voornoemd ter zitting meegedeeld dat zij instemt

met het in het geding brengen van die producties zonder nadere maatregel door het hof, maar niet met het in het geding brengen van vorenbedoelde bijlage. Het hof heeft daarop beslist dat de bijlage bij productie 81 wordt geweigerd omdat de wederpartij, gelet op het te korte tijdsbestek tussen de datum van het depot en het pleidooi, onvoldoende gelegenheid heeft gehad om daarop te reageren nu zij, naar zij ter zitting heeft gesteld, daarvoor een deskundige had willen inschakelen. Aan mr. Bosboom is vervolgens akte verleend van het in het geding brengen van de producties 81 (zonder de bijlage) tot en met 88.

Mr. Paulus heeft bij brief van 2 juli 2007, op 3 juli 2007 ingekomen ter griffie van het hof, aan SBI en het hof de producties 67-72 aan de zijde van Jaeger gezonden. Ter zitting is aan mrs. Van den Horst en David akte verleend van het in het geding brengen van de producties 67-72.

2.8 Vervolgens hebben partijen de stukken voor het wijzen van arrest aan het hof overgelegd.

3 De vaststaande feiten

3.1 Tussen partijen staan in hoger beroep als enerzijds gesteld en anderzijds erkend dan wel niet of onvoldoende weersproken en op grond van de in zoverre niet bestreden inhoud van overgelegde producties dan wel als door de rechtbank vastgesteld en in hoger beroep niet bestreden, de navolgende feiten vast.

3.2 SBI houdt zich sinds 1992 bezig met de ontwikkeling van applicatiesoftware ten behoeve van digitale EEG. Jaeger is ruim 60 jaar actief op het gebied van ontwikkeling en verhandeling van medische apparaten. In december 1999 hebben partijen de OEM License & Distribution Agreement gesloten (hierna te noemen: de overeenkomst). Hierin is overeengekomen dat Jaeger de door SBI ontwikkelde software(modules) (hierna te noemen: Cephalo Pro) zal vermarkten, en dat SBI daartoe aan Jaeger een exclusief distributierecht verleent voor de gehele wereld, uitgezonderd de Verenigde Staten. Op grond van de overeenkomst is Jaeger verplicht om ieder jaar een door partijen jaarlijks opnieuw gezamenlijk vast te stellen minimumhoeveelheid producten van SBI af te nemen. In Appendix 8 bij de overeenkomst is deze minimumhoeveelheid voor het jaar 2000 vermeld. In Appendix 1 bij de overeenkomst is bepaald dat, indien in enige periode minder wordt afgenomen dan de aldus vastgestelde minimumhoeveelheid producten, SBI aan Jaeger een

factuur zal doen toekomen voor het verschil tussen de daadwerkelijk afgenomen hoeveelheid en de vastgestelde minimumhoeveelheid producten.

3.3 De oorspronkelijk gestaag stijgende verkoop van producten met software van SBI door Jaeger is op de Duitse markt in oktober 2000 en in de rest van het verkoopgebied vanaf februari 2001 vrij abrupt gestopt. Omdat Jaeger volgens SBI de door partijen overeengekomen minimumafnameverplichting niet was nagekomen, heeft SBI in de periode van 19 maart 2001 tot 31 december 2002 aan Jaeger acht facturen gezonden waarbij zij het in Appendix 1 bedoelde verschil in rekening bracht (productie 4 bij conclusie van eis en productie 46 bij conclusie van dupliek in reconventie, alsmede wijziging van eis in conventie). Jaeger heeft deze facturen niet voldaan.

3.4 Bij brief van 11 april 2001 (productie 11 bij conclusie van antwoord in conventie) heeft Jaeger naar aanleiding van de eerste (op 19 maart 2001 gedateerde) van deze acht facturen aan SBI laten weten betaling van deze factuur te weigeren omdat SBI haar tot op de datum van de brief nog geen functionerende software in de zin van artikel 4.1 van de overeenkomst had doen toekomen, dat de hoofdrede voor het niet behalen van de door Jaeger geplande omzetten met Cephalo Pro zonder twijfel is gelegen "in der mangelhaften Funktionalität bzw. Instabilität der Software", dat Jaeger door bedoelde gebreken geconfronteerd is met onder meer "Ständige Schadenersatzansprüche von Kunden" en dat één klant de overeenkomst met Jaeger heeft beëindigd, dat de softwareproblemen (Jaeger noemt "Systemabstürze, Datenverluste etc.") geen storingsvrij functioneren van Cephalo Pro mogelijk maken en dat Jaeger uiterlijk in kalenderweek 26 van 2001 (derhalve in de week van 24 tot en met 30 juni 2001, hof) "eine stabile, aus Kundensicht funktionierende Softwareversion im Sinne der Beschreibung" verwacht. Jaeger deelt daarin voorts mede dat zij, indien SBI deze termijn niet in acht neemt, zich het recht voorbehoudt "vom Vertrag zurück zu treten und/oder Schadenersatzansprüche geltend zu machen".

3.5 Bij brief van 27 juli 2001 (productie 12 bij conclusie van antwoord in conventie) heeft Jaeger onder verwijzing onder meer naar de zojuist aangehaalde brief van 11 april 2001 waarin zij de "zahlreichen Probleme (...) die sich aus der mangelhaften Funktionalität und Instabilität der Software (...) ergaben", had samengevat, en naar de aan SBI "in zahlreichen Mängellisten detailliert dargelegten Fehler in der Software", die "uneingeschränkt weiterhin gegeben" zijn en "derart umfangreich, daß sie auch durch unsere intensiven Supportleistungen nicht auszumerzen sind", nog daargelaten de daardoor ontstane meerkosten die in geen verhouding staan tot de "Erträgen", de

overeenkomst met onmiddellijke ingang beëindigd. SBI heeft zich tegen deze beëindiging verzet bij faxbericht van haar raadsman van 14 augustus 2001 (productie 9 bij conclusie van eis), Jaeger gesommeerd binnen vijf dagen na de datum van die brief schriftelijk te verklaren dat zij de overeenkomst zal nakomen en haar aansprakelijk gesteld voor de schade die SBI door een onrechtmatige beëindiging zal lijden. Jaeger heeft deze door SBI verlangde verklaring niet afgegeven.

3.6 Jaeger is in november 1999 een dochteronderneming geworden van het Amerikaanse concern Termo Elektron. Een andere dochteronderneming van dit concern is het evenals Jaeger op de markt voor EEG-apparatuur actieve bedrijf Nicolet EME GmbH. In april 2001 is onder de naam Viasys HealthCare een brochure uitgebracht (productie 5 bij conclusie van eis), waarin de producten van Jaeger en Nicolet naast elkaar worden aangeboden. Bij faxbrief van 2 augustus 2001 (op de eerste pagina gedateerd op 31 juli 2001, productie 8 bij conclusie van eis) heeft de raadsman van SBI Jaeger onder meer gesommeerd binnen tien dagen de verkoop van concurrerende producten te staken.

4 De motivering van de beslissing in hoger beroep

4.1 SBI heeft in eerste aanleg in conventie na wijzigingen van eis in hoofdzaak gevorderd:

- 1) veroordeling van Jaeger tot betaling aan SBI van een bedrag van € 1.704.479,64;
- 2) een verklaring voor recht i) dat Jaeger niet gerechtigd was de overeenkomst op 27 juli 2001 te beëindigen, ii) dat zij derhalve gehouden was om tot 12 december 2002 aan haar verplichtingen uit de distributieovereenkomst te voldoen en iii) dat zij zowel voor als na 27 juli 2001 tekort is geschoten in de nakoming van deze verplichtingen en uit dien hoofde schadeplichtig is jegens SBI;
- 3) veroordeling van Jaeger tot betaling aan SBI van redelijke kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid en/of ter verkrijging van haar vorderingen buiten rechte ten bedrage van € 51.865,60;
- 4) veroordeling van Jaeger tot betaling aan SBI van het bedrag van de overige door SBI geleden schade ten bedrage van € 19.473.000,--.

4.2 Jaeger heeft in eerste aanleg in reconventie na voorwaardelijke wijziging van eis in hoofdzaak gevorderd dat de rechtbank:

- a.1) primair voor recht zal verklaren dat Jaeger de overeenkomst rechtsgeldig heeft ontbonden en dat SBI diensgevolge schadeplichtig is jegens Jaeger;

- a.2) subsidiair de overeenkomst geheel, althans meer subsidiair gedeeltelijk zal ontbinden met ingang van 23 december 1999 voor zover deze ziet op de minimale afnameverplichting van Jaeger, en
- b) zal bepalen dat Jaeger is bevrijd van eventueel nog voor haar uit hoofde van de overeenkomst bestaande verplichtingen;
- c) SBI zal veroordelen tot betaling aan Jaeger van een bedrag van € 4.488.000,-- als vergoeding van geleden schade, te vermeerderen met reputatieschade;
- d) SBI zal veroordelen tot betaling aan Jaeger van een bedrag van € 32.250,-- exclusief BTW ter zake van redelijke kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid.

4.3 De rechtbank heeft in het bestreden vonnis in conventie de vorderingen afgewezen en SBI in de proceskosten veroordeeld, en in reconventie de hiervoor onder 4.2 onder a.1 en b bedoelde vorderingen toegewezen, SBI veroordeeld tot betaling van een bedrag van € 16.125,-- vermeerderd met wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW, deze laatste veroordeling uitvoerbaar bij voorraad verklaard, de proceskosten gecompenseerd in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt en het meer of anders gevorderde afgewezen.

De betekening van de dagvaarding in hoger beroep

4.4 Op grond van artikel 56 lid 3 Rv wordt, wanneer (zoals hier) de betekening binnen een bepaalde termijn moet worden verricht, ten aanzien van degene op wiens verzoek de betekening geschiedt (hier: SBI) de datum van verzending overeenkomstig artikel 56 lid 2 Rv in aanmerking genomen als datum van betekening. In het onder 2.1 bedoelde exploot is vermeld dat SBI overeenkomstig de EG-Betekenningsverordening en conform artikel 56 lid 2 Rv een vertaling van de dagvaarding, blijkens die dagvaarding vergezeld van een in de Duitse taal ingevuld formulier als bedoeld in artikel 4 lid 3 van de EG-Betekenningsverordening, ter betekening aan degene voor wie de dagvaarding bestemd is (hier: Jaeger) heeft verzonden aan een ontvangende instantie als bedoeld in artikel 2 lid 2 EG-Betekenningsverordening in een taal (hier: de Duitse) als bedoeld in artikel 8 lid 1 onder a van die verordening. Mede gelet op het feit dat Jaeger in hoger beroep is verschenen, ziet het hof geen aanleiding na te gaan of (ook overigens) aan de aan de dagvaarding te stellen eisen is voldaan.

De bevoegdheid van het hof

4.5 Partijen hebben geen grieven aangevoerd tegen het oordeel van de rechtbank dat de Nederlandse rechter te dezen rechtsmacht heeft. Het hof ziet evenwel reden

daarover ambtshalve als volgt te oordelen. Nu SBI en Jaeger niet in dezelfde lidstaat van de Europese Unie zijn gevestigd, dient te worden beoordeeld of het hof bevoegd is van de onderhavige zaak kennis te nemen. Het hof acht zich daartoe bevoegd op grond van artikel 24 van de Europese Verordening nr. 44/2001 van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (PbEG 2001, L 12), nu Jaeger voor het hof verschenen is en de in de tweede zin van artikel 24 van genoemde Verordening bedoelde uitzonderingsgevallen zich te dezen niet voordoen.

Het toepasselijke recht

4.6 Partijen hebben evenmin grieven aangevoerd tegen het oordeel van de rechtbank dat de vorderingen moeten worden beoordeeld naar Nederlands recht, noch tegen het oordeel (in het vonnis van 28 juni 2006 onder 3.1) dat het Weens Koopverdrag (Verdrag der Verenigde Naties inzake internationale koopovereenkomsten betreffende roerende zaken, Wenen, 11 april 1980, Trb. 1986, 61, hierna te noemen: CISG) in casu toepasselijk is. Het hof ziet evenwel aanleiding hieromtrent ambtshalve het volgende te overwegen. SBI en Jaeger zijn gevestigd in verschillende staten (Nederland en Duitsland) die beide verdragsluitende staten zijn (en reeds waren ten tijde van het tot stand komen van de overeenkomst) als bedoeld in artikel 1 lid 1 onder a CISG. Nu software moet worden aangemerkt als een roerende zaak waarop ingevolge het bepaalde in artikel 2 CISG dit verdrag van toepassing is en overeenkomsten tot levering van te vervaardigen of voort te brengen roerende zaken gelijkstaan met koopovereenkomsten in de zin van de CISG (artikel 3 lid 1), is het hof van oordeel dat de CISG op de voet van artikel 1 lid 1 onder a daarvan toepasselijk is op de overeenkomst, behoudens uitsluiting van de toepassing van de CISG of afwijking van de CISG door partijen (artikel 6). Omtrent de vraag of van zodanige uitsluiting of afwijking in het onderhavige geval sprake is, overweegt het hof als volgt.

Partijen hebben in artikel 14.5 van de overeenkomst, luidende:

"GOVERNING LAW: This Agreement shall be governed by, construed, interpreted and governed in accordance with Dutch law, for contracts executed and to be performed therein without regard to the principles of conflicts of law thereof. Parties undertake to make every reasonable effort to resolve any dispute between them by discussion and compromise.",

"Dutch law" gekozen als het op de overeenkomst toepasselijke recht. Nu de CISG tot het Nederlandse recht (namelijk voor gevallen met een grensoverschrijdend element) behoort, roept het zojuist geciteerde rechtskeuzebeding de vraag op of partijen

daarmee de (immers op grond van artikel 1 lid 1 onder a toch al toepasselijke) CISG hebben willen uitsluiten en voor het BW hebben willen kiezen. Deze vraag dient te worden beantwoord aan de hand van artikel 8 CISG, dat de uitleg van verklaringen en gedragingen van partijen betreft. Artikel 8 CISG brengt mee dat deze uitleg dient plaats te vinden aan de hand van de wederzijds kenbare bedoelingen van partijen en bij gebreke daarvan overeenkomstig de zin die een redelijk persoon van gelijke hoedanigheid als de andere partij in dezelfde omstandigheden aan de verklaringen en gedragingen van partijen zou hebben toegekend, bij welk een en ander met alle relevante omstandigheden van het geval rekening dient te worden gehouden, zoals de onderhandelingen, eventuele tussen partijen gebruikelijke handelwijzen, gewoonten en latere gedragingen van partijen. Naar het oordeel van het hof is niet gesteld of gebleken dat uit de wederzijds kenbare bedoelingen van partijen of uit de zin die een redelijk persoon zou hebben toegekend aan de verklaringen en gedragingen van partijen, valt op te maken dat artikel 14.5 ertoe strekt naar het Nederlandse BW (met uitsluiting van de CISG) te verwijzen. Het hof zal daarom uitgaan van de toepasselijkheid van de CISG op de overeenkomst.

Voor het geval dat en voor zover artikel 13.1 ("Immediate Termination") en artikel 13.2 ("Material Breach", beide hierna onder 4.10 te citeren) van de overeenkomst afwijken van artikel 25 jo. artikel 49 lid 1 sub a CISG, zal het hof, gelet op artikel 6 CISG, hierna de vordering beoordelen op basis van de artikelen 13.1 en 13.2 van de overeenkomst, met dien verstande dat die artikelen in het kader van de CISG zullen worden uitgelegd.

De omvang van het hoger beroep

4.7 Uit (de toelichting op) grief I in het principaal hoger beroep en uit de inleiding tot de grieven in het incidenteel hoger beroep (nr. 176) maakt het hof op dat partijen het geschil in volle omvang aan hem voorleggen, met dien verstande dat partijen niet in hoger beroep zijn gekomen van de vonnissen van de rechtbank van 6 juni 2002 en 10 september 2003 en daartegen ook geen grieven hebben aangevoerd, zodat die vonnissen onherroepelijk zijn geworden. Het hof zal hierna het principaal en het incidenteel hoger beroep gezamenlijk behandelen.

De vraag of sprake was van een "material breach" in de zin van de overeenkomst

4.8 De kern van het geschil is de vraag of SBI in zodanige mate is tekortgeschoten in haar uit artikel 4.1 van de overeenkomst voortvloeiende verplichting om software te leveren "according the user manual and product description", dat sprake was van een "material breach" in de zin van artikel 13.2 van de overeenkomst.

4.9 Omtrent deze vraag bepaalt artikel 35 lid 1 CISG, voor zover hier van belang, dat de verkoper (hier: SBI) zaken dient af te leveren waarvan de kwaliteit voldoet aan de in de overeenkomst gestelde eisen.

4.10 De overeenkomst houdt, voor zover van belang voor de onder 4.8 bedoelde vraag, het volgende in.

a) Artikel 4.1

"FUNCTIONAL PRODUCTS: Supplier" (SBI, hof) "is obliged to deliver functional products according the user manual and product description (see documents man0013a.doc and man0015a.doc from December 1, 1999)."

b) Artikel 7.1

"LIMITED WARRANTY: Supplier hereby warrants to Distributor" (Jaeger, hof) "that operation of the Product will conform in all material respects to the description set forth in Appendix 2" (getiteld "Products", hof)", for a period of twelve (12) months following delivery of the Products to Distributor. Supplier does not warrant that operation of the Products will be error free or uninterrupted, or that all non-conformities can be corrected."

c) Artikel 13.1

"IMMEDIATE TERMINATION: In case of gross negligence or any other grave cause Parties shall be entitled to terminate this Agreement immediately without prior notice."

d) Artikel 13.2

"MATERIAL BREACH": Should any party commit a "material breach" of the obligations hereunder, or should any of the representations of any party prove untrue in any material respect, the other party may at its option, terminate this Agreement upon thirty (30) days written notice to the other party. Such notice shall identify and describe the default, upon which termination is based."

4.11 De rechtbank heeft in het – in hoger beroep niet bestreden – tussenvonnis van 10 september 2003 overwogen dat, gelet op artikel 4.1 van de overeenkomst, aan Cephalo Pro geen andere functionaliteitseisen kunnen worden gesteld dan die, welke uitdrukkelijk aldus zijn omschreven in de overeenkomst, en dat verwachtingen van afnemers niet relevant zijn voor zover deze niet zijn gebaseerd op de User Manual en de Product Description, alsmede dat de bewijslast ter zake van het niet voldoen van de door SBI geleverde software aan de daaraan te stellen eisen op Jaeger rust (vonnis van 10 september 2003, respectievelijk rov. 3.7 en 3.9).

In de conclusie van antwoord in hoger beroep (sub 41) stelt Jaeger dat de rechtbank bij de beantwoording van de vraag over de functionaliteit van de SBO-software tevens de nader tussen partijen overeengekomen "Minimum Specifications"

(productie 14 bij conclusie van repliek, alsmede wijziging van eis in conventie, tevens conclusie van antwoord in reconventie) als toetsingsmaatstaf heeft gebruikt. Het hof gaat hieraan voorbij, reeds omdat uit genoemde productie 14 niet blijkt, en Jaeger evenmin (voldoende gemotiveerd) heeft gesteld, dat en op welk(e) punt(en) Cephalo Pro niet aan één of meer met name genoemde Minimum Specifications voldoet.

De rechtbank heeft in het vonnis van 10 september 2003 vervolgens Jaeger toegelaten tot het bewijs van haar stelling dat de door SBI geleverde software niet voldeed aan de daaraan in artikel 4.1 van de overeenkomst gestelde eisen. Jaeger heeft daarna tien getuigen doen horen. SBI heeft in het tegengetuigenverhoor vier getuigen doen horen. Het hof verwijst voor de inhoud van de getuigenverklaringen naar de processen-verbaal die van de getuigenverhoren zijn opgemaakt, en naar de verkorte weergave daarvan door de rechtbank in het bestreden vonnis onder 3.4-3.17. Partijen hebben in eerste aanleg voorts (partij)deskundigenrapporten overgelegd:

- Jaeger heeft rapporten overgelegd van R. Hensbroek (TNO), gedateerd 10 augustus 2005 (verkort weergegeven in het bestreden vonnis onder 3.23, hierna te noemen: het eerste TNO-rapport, productie 52 bij akte overlegging producties ten behoeve van het pleidooi in eerste aanleg) en van M.J.A.M. van Putten van 8 september 2005 (idem onder 3.24, productie 53 bij voornoemde akte);
- SBI heeft rapporten overgelegd van B.W. Slijk, gedateerd 10 december 2004 (idem onder 3.19, productie 47 bij conclusie na enquête, tevens houdende wijziging van eis in conventie), 7 september 2005 (productie 66 bij akte overlegging producties ten behoeve van het pleidooi in eerste aanleg) en 20 september 2005 (productie 75 bij akte overlegging aanvullende producties ten behoeve van het pleidooi in eerste aanleg), en voorts rapporten van D. Binnekamp, het eerste ongedateerd (productie 57 bij conclusie na enquête, tevens houdende wijziging van eis in conventie), de andere gedateerd 30 augustus 2005 (productie 67 bij akte overlegging producties ten behoeve van het pleidooi in eerste aanleg) en 19 september 2005 (productie 77 bij akte overlegging aanvullende producties ten behoeve van het pleidooi in eerste aanleg).

De rechtbank heeft geoordeeld (onder 3.30) dat Jaeger geslaagd is in het leveren van het haar opgedragen bewijs dat Cephalo Pro niet voldeed aan de daaraan in de overeenkomst gestelde eisen, dat die tekortkoming een "material breach" was in de zin van artikel 13.2 van de overeenkomst, dat die overeenkomst door de brief van Jaeger van 27 juli 2001 rechtsgeldig is ontbonden (onder 3.31) en heeft vervolgens beslist als hierboven onder 4.3 is weergegeven.

4.12 In genoemd rapport van Slijk van 10 december 2004 wordt onder meer het volgende opgemerkt. Vanaf het verbreken van de relatie tot de vervanging door Nicolet

(2,5 jaar) moesten gebruikers blijven werken met software die volgens Jaeger zodanig ernstige fouten had dat daardoor het welzijn en wellicht zelfs het leven van patiënten in gevaar kwamen (4.2.7). Dat lijkt een niet vol te houden stelling; ziekenhuizen en hun verzekeraars zouden dat niet accepteren, aldus Slijk (4.2.8). Jaeger zou in dat geval alles hebben gedaan om fouten te herstellen dan wel Cephalo Pro onverwijld hebben vervangen maar zij heeft noch het een noch het ander gedaan (4.2.9). De in de buglist vermelde punten waarop Cephalo Pro diende te worden aangepast, zijn geen fouten die het bedrijfsmatige gebruik van die software verhinderen (4.2.10). Als gebruikers inderdaad frequent zijn geconfronteerd met de foutmeldingen als bedoeld door Grunert (destijds medewerker van Jaeger, hof), dan is het volstrekt onverantwoord dat die tekortkomingen niet zijn gemeld aan SBI, dat SBI noch Jaeger daarnaar onderzoek hebben gedaan en dat Jaeger gebruikers lange tijd liet doorwerken met Cephalo Pro zonder dat Jaeger iets daaraan kon veranderen (4.3.4). Volgens Migchelbrink (destijds medewerker van Jaeger, hof) kon Jaeger klanten tevreden houden door zoveel mogelijk te komen en zoveel mogelijk service te verlenen. Daaruit is volgens Slijk de conclusie te trekken dat het dus ook zonder aanpassing van Cephalo Pro mogelijk was om gerezen problemen te verhelpen (4.6.5). Tegenover de verklaring van twee of drie instellingen dat Cephalo Pro storingen vertoonde staan in ieder geval verklaringen van getuigen van Jaeger zelf en van mevrouw Pleiter dat het systeem op minimaal drie locaties prima functioneerde (Voorburg, Delft, Leidschendam) (7.2.3). Als Cephalo Pro ernstige gebreken vertoont, kan het niet zo zijn dat er ook geheel tevreden gebruikers zijn zoals in casu (7.2.4). Geen van de getuigen heeft melding gemaakt van het ontbreken van functionaliteit zoals beschreven in de User Manual en de Product Description, alleen Enthoven op één punt maar dat is tegengesproken door Pleiter, aldus Slijk (8.1).

De slotconclusie van Slijk is dat Cephalo Pro geen gebreken vertoonde op het gebied van functionaliteit en instabiliteit en ook overigens voldeed aan de beschrijving van de functionaliteit in de User Manual en Product Description. Cephalo Pro vertoonde nog wel de op de buglist vermelde onvolkomenheden, maar deze zijn niet als ernstige gebreken aan te merken omdat zij het bedrijfsmatige gebruik van Cephalo Pro niet belemmerden, zoals ook is gebleken uit het voortdurende gebruik van Cephalo Pro tot april 2003/januari 2004, niet alleen in Leidschendam, Voorburg en Delft maar ook in tal van andere instellingen (8.4 en 8.4.1).

4.13 Binnekamp heeft op een verzoek van SBI van 27 april 2004 de buglijst van Cephalo Pro gecategoriseerd met dezelfde methode als Delft Instruments, waarvan Nucletron (bij welk laatste bedrijf Binnekamp volgens het rapport werkzaam is) een

onderdeel is, gebruikt voor haar eigen medische software. Binnekamp heeft daarbij aangegeven dat het productenpalet van Nucletron, naast bestralingsapparatuur, een groot aantal softwarepakketten bevat die tot doel hebben de bestralingsdosis voor kankerpatiënten te berekenen en te optimaliseren. Op basis daarvan komt hij tot de conclusie dat er met deze software geen ernstige onregelmatigheden hebben kunnen optreden.

4.14 In genoemd rapport van TNO van 10 augustus 2005 wordt onder meer het volgende opgemerkt:

"5. Testing Strategies, Hardware Configurations and Reporting

5.1 Four Testing Strategies" (p. 5).

"1 (...)

2 The **User manual**, the **Product Description** and the **Minimum Specifications** were followed. Functions that are used in almost every practical situation were incorporated in the testing such as:

(...)

3 The buglist (Chapter 3, sub 5) was used as a starting point for the testing. Bugs from the buglist were generally verified for reproducibility. There was no intention to follow the buglist completely. There was no intention to restrict the testing to the bugs in the buglist either." (p. 6).

In de tabel op p. 14 van het rapport is een verkorte weergave opgenomen van de resultaten van 31 tests. In de kolom "Possible cause of errors" kon bij het aangeven van de mogelijke oorzaak van de opgetreden fouten worden gekozen voor "Hardware", "Operating Software/Word 2000" of "Cephalo Pro Software", door in de desbetreffende kolom onder die mogelijke oorzaken "Yes" of "No" in te vullen. Bij enkele tests is geen antwoord ingevuld, hetzij omdat geen fout optrad, hetzij omdat de test gelijk was aan een andere test; bij twee tests traden twee fouten op, zodat aldaar telkens twee antwoorden zijn ingevuld. Aldus zijn in die tabel de mogelijke oorzaken van dertig opgetreden fouten aangegeven. Onder het kopje "Operating Software/Word 2000" werd in veertien gevallen "Yes" ingevuld en in zestien gevallen "No", en onder het kopje "Cephalo Pro Software" in alle (dertig) gevallen "Yes", terwijl onder het kopje "Hardware" in al die gevallen "No" is ingevuld.

Het resultaat van het onderzoek is volgens TNO als volgt:

"The result of the tests is that on two types of hardware and in different configurations of hardware – all fulfilling the specifications of the User Manual and the Product Description and

the Minimum Specifications (see: Chapter 3 sub 1, 2, 4) – a number of errors occurred. All the errors found are due to the Cephalo Pro Software alone, or in combination with other software (Operating software Windows NT, Windows 98 of Word 2000). Known errors in this other software are usually published. Normal practice is that producers of special software remedy these known errors in their software application.

The consequences of these errors in clinical situations can range from being “hazardous to the patient” to “inconvenient for the user” (p. 3).

4.15 In het rapport van Van Putten wordt als volgt geconcludeerd ten aanzien van de rapporten van Slijk, Binnekamp en TNO:

“The report by van Slijk contains misleading definitions, and puts too much emphasis on possible sources of error due to e.g. the network, disregarding the particular features necessary in application software for use in a multi-user clinical environment. In addition, it does not provide any convincing proof of the various suggestions (such as log files).

The report of Binnekamp does not adequately appreciate the impact of the various bugs in the clinical reality of a neurophysiology department.

Based on the tests as performed by TNO, simulating real, practical clinical situations, CPS seems to suffer from various major short-comings that are unacceptable in a (multi-user) clinical environment.

In clinical practice, the use of CPS will lead to unacceptable errors, with potentially serious consequences (e.g. wrong diagnosis to patients). In addition, it seems that “less critical errors” do severely interfere with the user-friendliness of the product, which can be extremely annoying in (busy) clinical situations, which is a potential source of error or suboptimal treatment/diagnostics” (...) “as well” (p. 6-7).

Op p. 7 vermeldt Van Putten dat hij medeoprichter en medisch adviseur is van de onderneming Clinical Science Systems, die klinische software ontwikkelt en produceert “for EEG storage, retrieval, reviewing, analysis and report making”. Het hof leidt daaruit af dat hij aldus betrokken is bij een bedrijf dat een concurrent is van SBI. Het hof zal daarom het rapport van Van Putten buiten beschouwing laten.

4.16 In het eerste aanvullend rapport van Slijk van 7 september 2005 heeft deze zich uitgelaten naar aanleiding van de akte uitlating producties van Jaeger van 23 maart 2005. Hij merkt hierin onder meer het volgende op. Alle getuigenverklaringen overziend, blijkt dat in (slechts) drie ziekenhuizen incidenteel problemen zijn gesignaleerd, terwijl op minimaal drie locaties probleemloos met Cephalo Pro werd gewerkt. Daarbij komt dat de door ten minste drie ziekenhuizen ondervonden problemen er niet toe hebben geleid dat deze ziekenhuizen het gebruik van Cephalo

Pro hebben gestaakt, integendeel, zij hebben met diezelfde, ongewijzigde software nog geruime tijd doorgewerkt, ook nadat Jaeger de relatie met SBI verbroken had (p. 6). Hij wijst er voorts op dat Jaeger er niet voor heeft gekozen om een eigen deskundige de SBI-software in de praktijk te laten onderzoeken dan wel een onderzoek door een door de rechtbank benoemde deskundige te laten doen op een moment dat er nog ziekenhuizen waren die Cephalo Pro in de praktijk gebruikten. Jaeger heeft volgens hem kennelijk willen vermijden dat een automatiseringsdeskundige Cephalo Pro in de praktijk kon onderzoeken en heeft vervolgens zelf gekozen voor getuigenverhoren. Dat Imhoff Cephalo Pro met grote inspanningen gaande hield, blijkt volgens Slijk bepaald niet uit de getuigenverklaringen en ook zeker niet uit de lijsten die Imhoff volgens Jaeger bijhield. Noch uit de overgelegde stukken, noch uit de getuigenverklaringen blijkt van de door Jaeger gestelde stroom van klachten (p. 7). Uit stukken, door SBI in het geding gebracht, blijkt dat vele ziekenhuizen gedurende een aantal jaren een groot aantal EEG's, tot wel 1500 per ziekenhuis, hebben gemaakt met het systeem van Jaeger waarvan Cephalo Pro onderdeel was. Alleen al op grond hiervan is het niet goed denkbaar dat het systeem belangrijke tekortkomingen zou vertonen, aldus Slijk (p. 9).

4.17 Naar aanleiding van een verzoek van SBI van 21 juli 2005 heeft Binnekamp in zijn eerste aanvullend rapport de overige drie buglijsten van Cephalo Pro gecategoriseerd met dezelfde methode als Nucletron gebruikt voor haar eigen medische software. Hij komt op basis van de gecategoriseerde buglijst wederom tot de conclusie dat er met deze software geen ernstige onregelmatigheden richting patiënten hebben kunnen optreden.

4.18 In zijn naar aanleiding van de onder 4.11 bedoelde rapporten van TNO en Van Putten uitgebrachte rapport van 20 september 2005 merkt Slijk onder meer het volgende op. Het TNO-rapport gaat er met hem, Slijk, van uit dat software naar zijn aard altijd hetzelfde functioneert, hetgeen door het onderzoek van TNO empirisch wordt bevestigd nu de door TNO vastgestelde bugs zeer uitvoerig zijn gedocumenteerd en reproduceerbaar blijken te zijn, in combinatie met de verschillende bij de test gebruikte combinaties van hardware en besturingssysteem (onderdeel 3). Een beschouwing van de 31 tests van TNO laat onder meer zien dat geen fouten zijn vastgesteld die het bedrijfsmatige gebruik van Cephalo Pro verhinderen, vooropgesteld dat de gebruiker tewerk gaat met een redelijke mate van zorgvuldigheid en voldoende is opgeleid in het gebruik van het systeem (onderdeel 5). Naar aanleiding van de conclusie van TNO over de oorzaak van de gevonden fouten (hierboven geciteerd

onder 4.14 slot) merkt Slijk op dat het TNO-rapport bevestigt dat ten aanzien van veertien van de 31 bugs empirisch is vastgesteld dat de verschillende versies van besturingssysteem Windows en andere Microsoft-programmatuur nog wel eens een spaak in het wiel kunnen steken. Dat bekende fouten normaliter worden gepubliceerd en dat softwareproducenten daarop hun eigen specifieke software gewoonlijk aanpassen, is een opvatting van de auteur van het TNO-rapport, die Slijk onjuist acht. De publicatie van fouten door Microsoft kan geruime tijd na signaleren daarvan plaatsvinden. Er bestaat volgens Slijk geen algemeen gebruik in de softwarebranche om, in afwachting van een toezegging van Microsoft tot het maken van een patch waarmee de fout wordt hersteld, de eigen programmatuur aan te passen (onderdeel 8, p. 4-5 onder h). Slijk wijst erop dat TNO geen melding maakt van enig onderzoek naar de oorzaak van de aangetroffen bugs (die zich niet alle daadwerkelijk in de praktijk hebben voorgedaan) maar zich beperkt tot algemene opmerkingen over mogelijke oorzaken en dat TNO bij de kwalificatie van de bugs voorbijgaat aan het feit dat Cephalo Pro vele jaren is gebruikt door tussen de 23 en de 30 instellingen in de dagelijkse praktijk totdat Cephalo Pro op initiatief van Jaeger werd omgeruild voor andere software (p. 5 onder 9). Daaruit valt volgens Slijk ten minste af te leiden dat de (nog) in Cephalo Pro voorkomende bugs het normale dagelijkse gebruik van Cephalo Pro onder klinische omstandigheden niet belemmerden. Noch TNO noch Van Putten hielden volgens Slijk bij de beoordeling van de door hen geconstateerde bugs rekening met de mate van waarschijnlijkheid dat de door hen geconstateerde bugs zich in de dagelijkse praktijk daadwerkelijk voordoen (p. 7).

4.19 Binnekamp heeft in zijn rapport van 19 september 2005 naar aanleiding van het rapport van Van Putten aangegeven dat en op grond waarvan hij zich voldoende gekwalificeerd acht om zijn eerdere rapporten te kunnen opstellen. Hij heeft daarin voorts vermeld dat zijn rapportage erop gericht was te categoriseren conform de internationaal geaccepteerde FDA-regels voor patiëntveiligheid en dat hij geen oordeel heeft gegeven over de gebruikersvriendelijkheid van de software. Hij ziet derhalve op basis van het rapport van Van Putten geen aanleiding om zijn categorisatie van de Cephalo Pro-buglijsten aan te passen.

4.20 Ook in hoger beroep hebben partijen (partij)deskundigenrapporten overgelegd. Jaeger heeft als productie 65 bij de conclusie van antwoord in hoger beroep een reactie d.d. 11 januari 2007 overgelegd van TNO op het commentaar dat SBI op het eerste TNO-rapport in de memorie van grieven (met verwijzing naar de reactie van Slijk op dat TNO-rapport en naar de "Evaluatie resultaten TNO test, SBI 20 september

2005", respectievelijk producties 75 en 76 bij de akte overlegging producties ten behoeve van het pleidooi van 27 september 2005) levert. TNO heeft in deze reactie haar eerste rapport ten volle gehandhaafd. Zij heeft in dat verband onder meer het volgende opgemerkt:

"TNO is het niet eens met de kritiek van SBI dat de toetsingsvraag verkeerd is en dat er getest is "of de bugs op de buglist (nog) reproduceerbaar waren". De toetsingsvraag betrof de functionaliteit "in almost every practical situation", zoals vermeld in paragraaf 5.1, punt 2, de 2^e zin. Die vraag is naar de mening van TNO beantwoord in het rapport. (...)

De testmethode hield dus kort gezegd in, dat de gebruiksaanwijzing is gevolgd. TNO stelt vast dat deskundige Slijk van mening is, dat de gevonden bugs zeer uitvoerig zijn gedocumenteerd (Productie 75, punt 3). TNO vindt dat zij zorgvuldig is tewerk gegaan en de testcases voldoende heeft beschreven om ze reproduceerbaar te maken in algemene zin." (p. 8 onder 107)

en

"TNO is het niet eens met de kritiek van SBI, dat TNO niet onder normale omstandigheden heeft getest. Er zijn namelijk door TNO fouten gevonden in basale situaties waarbij de signaalvorm er niet toe deed. Het was dus niet nodig om onderscheid te maken tussen "laboratorium-signalen" en "signalen van een echte patiënt" zolang het signaal maar een onregelmatige vorm had – en dat had het tijdens het testen, omdat de elektroden in een bakje water waren geplaatst en waar nodig even konden worden bewogen – een gebruikelijke testmethode voor dit soort apparatuur. Het optreden van deze fouten werd niet beïnvloed door het feit dat de apparatuur niet in een ziekenhuis stond opgesteld, niet door een klinische gebruiker werd bediend of niet op een ziekenhuisnetwerk was aangesloten, zoals SBI wel beweert. Zou dit allemaal wel zijn gebeurd (of alsnog gebeuren), dan zullen dezelfde fouten optreden – zo is de verwachting van TNO. De reden voor het uitspreken van deze verwachting van TNO is, dat de fouten zich voordeden in basale situaties. Dan zullen deze fouten zich dus ook voordoen in meer complexe situaties – zo verwacht TNO. In tegenstelling tot SBI vindt TNO het niet nodig, om dezelfde testen in meer complexe situatie te gaan herhalen. Maar het mag natuurlijk wel." (p. 9 onder 111)

alsmede

"Test 3: SBI stelt dat de oorzaak van de fout onduidelijk is. Hoewel TNO geen onderzoek heeft gedaan naar oorzaken van opgetreden fouten, laat het eigen commentaar van SBI de mogelijkheid open, dat de oorzaak wel degelijk in de SBI software zit." (p. 10, tweede gedachtestreepje)

en

"Het is volgens TNO niet juist om te zeggen, dat er door TNO "aan de hand van de buglist is gezocht naar fouten", zoals in punt 114 door SBI wordt gesteld. (...) Zoals uit punt 2 op pagina 6 blijkt, werden door TNO basale functies van de software getest. Veel van deze basale functies kwamen op de buglist voor – een buglist die volgens mededeling een belangrijke rol speelde in het geschil tussen partijen. Dus is er door TNO per test steeds nagegaan of de uitkomsten van de test van TNO gerelateerd konden worden aan een bug vermeld op de buglist. In het TNO-rapport is aangegeven wanneer dit mogelijk was." (p. 11-12 onder 114)

en

"Doordat dezelfde fouten in verschillende configuraties optraden maakt TNO aannemelijk, dat de oorzaak van een aantal bugs in de software van SBI moet zitten en redelijkerwijs niet in de netwerksoftware of de besturingssoftware." (p. 12 onder 114).

4.21 SBI heeft vervolgens een commentaar van Slijk van 22 februari 2007 op de onder 4.20 bedoelde reactie van TNO overgelegd (productie 79 bij de memorie van antwoord in het incidenteel appel). Hierin stelt Slijk dat het eerste TNO-rapport ten aanzien van de testomgeving, de database en de testgegevens (p. 7 sub 3.10 en p. 7-8 sub 4.2) onvoldoende gedocumenteerd is en als gevolg daarvan niet reproduceerbaar (dat wil zeggen herhaalbaar en controleerbaar) is, en dat TNO geen enkel onderzoek heeft gedaan naar de oorzaak van de door haar geconstateerde fouten (p. 2-3), zodat de conclusies van TNO met betrekking tot de oorzaak van de fouten (namelijk dat alle fouten veroorzaakt worden door de software van SBI alleen (Cephalo Pro), dan wel in combinatie met andere software) niet anders dan als veronderstellingen kunnen worden gekwalificeerd (p. 8 onder 4.6), waarbij komt dat TNO zich ten onrechte beperkt tot slechts drie mogelijke oorzaken (p. 8 onder 4.6 en 4.7). Ook wijst Slijk erop dat TNO niet verklaart hoe in elk geval de ziekenhuizen te Leidschendam, Voorburg en Delft zonder fouten of problemen met Cephalo Pro werkten en dat de overgrote meerderheid van de 23 ziekenhuizen ook nadat Jaeger de relatie met SBI in juli 2001 had beëindigd, nog lange tijd (tot april 2003 en een enkele mogelijk zelfs tot januari 2004) doorwerkten met die software (p. 8-9 onder 4.8 en p. 10 onder 6). Slijk stelt dat de conclusie van TNO dat Cephalo Pro niet zou voldoen aan de daaraan op grond van de User Manual en de Product Description te stellen eisen, dan wel aan daaraan overigens redelijkerwijze te stellen eisen, niet kan worden getrokken op basis van het TNO-rapport van 10 augustus 2005, noch op basis van de reactie van

TNO op de memorie van grieven (p. 9 onder 5.3). De slotconclusie van Slijk houdt in dat het TNO-rapport niet voldoet aan de daaraan redelijkerwijs te stellen eisen en op essentiële punten tekortschiet, omdat op basis van dat rapport de uitgevoerde tests niet herhaald en gecontroleerd kunnen worden en TNO heeft verzuimd om onderzoek te doen naar de oorzaak van de door haar geconstateerde fouten (p. 10 onder 7.1).

4.22 Bij akte overlegging producties van 10 juli 2007 heeft Jaeger een reactie van TNO, gedateerd 27 juni 2007, op het onder 4.21 weergegeven commentaar van Slijk overgelegd (productie 67). Deze reactie komt hierop neer dat TNO haar eerdere rapporten handhaaft, dat zij van mening is dat haar onderzoek wel voldoende gedocumenteerd is om het na te kunnen doen, dat TNO niet de opdracht heeft gekregen om onderzoek te doen naar gebruikerservaringen in ziekenhuizen en dat TNO wel onderzoek heeft gedaan naar mogelijke oorzaken van fouten, zij het dat dit onderzoek beperkt en globaal van aard was (p. 5 onder II). Ten aanzien van de reproduceerbaarheid merkt TNO op:

“TNO is van mening, dat de in TNO-rapport 1 beschreven proefjes zo simpel zijn, dat iedereen die minimale scholing heeft gekregen over achtergronden en gebruik van EEG systemen en van computers deze proefjes na kan doen. (...) TNO meent dat er geen details in de rapportage missen om de proefjes na te kunnen doen.” (p. 7 onder A)

en, over de gevolgde teststrategie:

“In hetzelfde punt wordt (opnieuw) herhaald, dat er geen testplan zou zijn geweest. TNO stelt daar (opnieuw) tegenover dat er een teststrategie was. Deze teststrategie was naar mening van TNO adequaat passend bij de vraagstelling, die in essentie heel eenvoudig was: ga de software gebruiken conform de user manual en de product description en kijk wat er dan gebeurt. Dat heeft TNO gedaan en TNO heeft gerapporteerd wat er gebeurde. Hierbij werden ook enkele tests gedaan, die volgens de buglists in het verleden kennelijk storingen opleverden.” (p. 7 onder B).

Op p. 11 gaat TNO als volgt in op de punten 4.6 en 4.7, respectievelijk 4.8 van het hierboven onder 4.21 bedoelde commentaar van Slijk:

“Hier wordt gesteld, dat conclusies uit TNO-rapport 1 niet meer zijn dan veronderstellingen. Dit zou blijken uit de door TNO gebruikte woorden “possible causes”. TNO brengt hier tegen in, dat het niet om veronderstellingen gaat maar om drie elkaar uitsluitende mogelijke oorzaken of combinaties van oorzaken. Het (in punt 4.7 te berde gebrachte) opsommen van delen van een

systeem is volgens TNO niet relevant. In al die andere delen van het systeem zat naar de stellige overtuiging van TNO niet de oorzaak van de fouten. Immers dan zou het systeem helemaal niet kunnen werken."

respectievelijk

"Hier wordt gesteld dat TNO "alleen heeft onderzocht of er in netwerken fouten optreden." En dat heeft TNO nou net niet onderzocht! TNO heeft wel vastgesteld, dat in een opstelling in netwerkconfiguratie net zo goed fouten optraden als in een configuratie zonder netwerken. Dan betreft het dus fouten in de software en niet: fouten in de netwerken! TNO kan op basis van het verrichte TNO-onderzoek verder geen uitspraken doen over het functioneren van de software in praktijksituaties in ziekenhuizen." .

Omtrent punt 5.2 van het commentaar van Slijk merkt TNO op:

"Hier wordt (opnieuw) TNO tegen geworpen, dat er meer "possible causes" zouden kunnen zijn. Hierboven onder punten 4.6 en 4.7 is dit volgens TNO voldoende weerlegd: er zijn in alle redelijkheid volgens TNO geen andere "possible causes". "(p. 12).

4.23 Jaeger heeft bij de onder 4.22 bedoelde akte voorts overgelegd een stuk getiteld "Opinie over Cephalo Pro Software vanuit een software engineering perspectief" van de hand van prof. dr. P. Klint, gedateerd 24 juni 2007 (productie 68). Klint vindt het (eerste) rapport van TNO "een competent uitgevoerd onderzoek met aannemelijke conclusies", maar is het met Slijk "eens dat op basis van het TNO rapport de testresultaten niet letterlijk gereproduceerd kunnen worden" (p. 2 onder 3). Voorts schrijft Klint:

"Mijn conclusie is (...) dat het bijzonder moeilijk is om de omstandigheden waaronder een programma uitgevoerd wordt volledig constant te houden en om een volledig deterministisch gedrag van een programma bij herhaaldelijk uitvoeren met identieke input te kunnen garanderen.

Is het in dit geval wel mogelijk om identieke invoer te garanderen bij herhaalde uitvoering van het programma? Aangezien Cephalo Pro zich primair richt op het registreren van real-time waargenomen EEG data, is het onmogelijk om elke keer dat het programma uitgevoerd wordt dezelfde input te garanderen. Alleen bij tests die steeds dezelfde, vantevoren geregistreerde, EEG data gebruiken kan identieke invoer gegarandeerd worden. Dit is uiteraard in praktijksituaties onmogelijk." (p. 3 onder 3.1.1)

en

“3.1.3 Rapport Slijk, Sectie 4.2.12

In deze sectie stelt de heer Slijk dat uit het feit dat er van andere ziekenhuizen geen klachten over Cephalo Pro zijn binnengekomen geconcludeerd kan worden dat zij het niet onverantwoord vinden om met dit pakket verder te werken.

Gebruikers zijn echter erg flexibel en passen hun werkwijze aan om problemen met een programma te omzeilen: ze vermijden het gebruik van functionaliteit waarmee ze eerder problemen hebben gehad. Na verloop van tijd weten zij zelf niet eens meer bewust dat ze dit doen. Ik vind het gepresenteerde argument daarom niet overtuigend.” (p. 4)

alsmede

“3.2 Rapport TNO (productie 52)

Het Rapport TNO is competent uitgevoerd en constateert een verontrustende lijst defecten.” (...)

“De tabel op pagina 14 van dit rapport geeft een overzicht van alle geconstateerde fouten en de mogelijke oorzaken daarvan. Het is jammer dat de auteurs niet in meer detail aangeven waarom zij voor elk testgeval de mogelijke oorzaak al dan niet in de hardware, het operating systeem of in de Cephalo Pro software zoeken.” (p. 5).

Klint voegt aan dit laatste toe dat het vaststellen van de oorzaak van een fout een tijdrovende zaak is, dat het aannemelijk is dat in dit geval één tot vijf dagen per fout nodig zijn om de oorzaak te vinden en dat het dus zeker enkele honderden dagen zal kosten om de oorzaak van alle fouten ondubbelzinnig vast te stellen gezien de honderden fouten die op de diverse buglijsten staan.

Vervolgens gaat Klint in op het onder 4.21 weergegeven commentaar van Slijk. Hij schrijft in dat verband:

“3.6.1 TNO onderzoek is niet reproduceerbaar

Ik ben het ermee eens dat het op basis van de informatie in het Rapport TNO niet mogelijk is om de hele lijst van tests letterlijk te herhalen. Daarvoor zou TNO de exacte stappen in de gebruikte testscenario's beschikbaar moeten stellen.

3.6.2 Geen onderzoek naar oorzaak fouten

Zoals ik al eerder heb aangegeven (§3.2) vind ik de vaststelling van de mogelijke oorzaken van de geconstateerde fouten, net als de heer Slijk, een zwak onderbouwd onderdeel van het Rapport TNO. Dit neemt niet weg dat de genoemde oorzaken mij wel *plausibel* voorkomen.

Ik begrijp heel goed dat de heer Slijk twijfel probeert te zaaien omtrent de oorzaak van de geconstateerde fouten en deze oorzaak vooral niet bij Cephalo Pro probeert te leggen. Bij herhaling probeert hij de stroomvoorziening, het netwerk, de hardware, het operating systeem,

enzovoorts in de beschouwingen te betrekken als mogelijke oorzaken van fouten. Hoewel het *in theorie* denkbaar is dat een fout (b.v. het vastleggen van data bij de verkeerde patient) hierdoor (b.v. stroomuitval of een fout in Windows) veroorzaakt is, is het in de praktijk uitermate onwaarschijnlijk dat een dergelijke fout bij herhaling aan zo'n externe foutoorzaak is toe te schrijven.

Ik heb hierboven in §3.2 al aangegeven dat het onomstotelijk vaststellen van fouten mogelijk is maar dat de daaraan verbonden kosten erg hoog zijn. Het is daarom redelijk en ook gebruikelijk om de meest waarschijnlijke foutbron als primaire oorzaak aan te wijzen.

Naar mijn mening zijn algemene beschouwingen over mogelijke foutoorzaken zonder daarbij hun waarschijnlijkheden in aanmerking te nemen onvoldoende.

Als gesteld wordt dat een specifieke fout in Cephalo Pro een onaannemelijke externe oorzaak heeft, dan zou dit specifiek aangetoond moeten worden volgens de werkwijze zoals ik in §3.2 geschetst heb" (p. 6-7).

Klint concludeert vervolgens dat hem redelijkerwijze aangetoond lijkt dat de oorzaken van de onder andere door TNO geconstateerde fouten inderdaad aan Cephalo Pro zijn toe te schrijven.

4.24 Tijdens het pleidooi in hoger beroep heeft R. Lothar, directeur van Viasys Healthcare GmbH (geïntimeerde in deze procedure), in antwoord op vragen van het hof als volgt verklaard. Voordat Jaeger de overeenkomst in december 1999 sloot met SBI, heeft Jaeger Cephalo Pro getest. Deze tests vonden plaats gedurende anderhalf jaar. De testresultaten kwamen hierop neer dat de basale EEG-functies van Cephalo Pro werkten maar dat (hetgeen SBI tijdens het pleidooi evenwel heeft betwist) Cephalo Pro voor het overige nog niet kon doen wat deze software zou moeten kunnen doen volgens de gebruikershandleiding, en voorts dat Cephalo Pro zeer frequent "crashte". Omdat echter de klanten van Jaeger er bij haar op aandrongen Cephalo Pro aan hen ter beschikking te stellen omdat dat systeem er zo mooi uitzag, het repareren van alle fouten veel tijd zou kosten en Jaeger met SBI had afgesproken dat SBI bepaalde bij de tests gebleken bugs zou repareren (welke reparatie Jaeger vervolgens aan haar klanten verzekerde), heeft Jaeger in december 1999 toch besloten de overeenkomst met SBI aan te gaan. Eind 2004 is de vervanging van Cephalo Pro bij de gebruikers (ziekenhuizen) gestart. In 2005 zijn de meeste exemplaren van Cephalo Pro vervangen en in 2006 hebben de laatste exemplaren van Cephalo Pro plaats gemaakt voor een ander type software. Voor zover Lothar bekend, zijn er thans geen ziekenhuizen meer die nog met Cephalo Pro werken. De klanten (met misschien twee of drie uitzonderingen) accepteerden niet de door Jaeger kosteloos aan hen aangeboden, door een ander bedrijf binnen dezelfde groep waarvan Jaeger onderdeel uitmaakte,

namelijk Nicolet, op de markt gebrachte EEG-software, omdat die software niet voldeed aan hun eisen. Uiteindelijk is bij de meeste klanten voor Cephalo Pro een IJslands softwareprogramma in de plaats gekomen, aldus Lothar.

4.25 Het hof zal thans op basis van hetgeen hierboven onder 4.9-4.24 is overwogen de onder 4.8 geformuleerde vraag beantwoorden. Daarbij maakt het hof onderscheid tussen drie perioden: de periode tot en met het sluiten van de overeenkomst in december 1999, de periode vanaf het sluiten van de overeenkomst tot en met de beëindiging van de overeenkomst door Jaeger in juli/augustus 2001, en de periode na die beëindiging. Voorts wordt vooropgesteld dat de geleverde software (Cephalo Pro) diende te voldoen aan de in de overeenkomst gestelde eisen, zijnde dat dit een "functional product according the user manual and product description" diende te zijn (artikel 35 lid 1 CISG en artikel 4.1 van de overeenkomst) en dat (zoals de rechtbank in het niet bestreden vonnis van 10 september 2003 onder 3.9 heeft overwogen), nu Jaeger heeft gesteld dat de door SBI geleverde software niet aan de daaraan te stellen eisen voldoet, op haar overeenkomstig de hoofdregel van het bewijsrecht de bewijslast van haar stellingen rust.

De periode tot en met het sluiten van de overeenkomst in december 1999

4.26 Tussen partijen staat als door Jaeger gesteld en door SBI niet weersproken vast hetgeen Lothar (directeur van Viasys) tijdens het pleidooi in hoger beroep omtrent de hier aan de orde zijnde periode heeft aangevoerd, zoals dat hiervoor onder 4.24 is weergegeven. Jaeger wist dus ten tijde van het aangaan van de overeenkomst dat Cephalo Pro toen (nog) gebreken vertoonde. In de conclusie van antwoord in hoger beroep onder 10 merkt Jaeger op dat ten tijde van de ondertekening van de overeenkomst niet alle problemen met de software verholpen waren, dat in het bijzonder bleek dat het systeem (het hof begrijpt: Cephalo Pro) instabiel was en dat Jaeger dit ook steeds als primaire tekortkoming van de software aan SBI heeft medegedeeld, dat SBI Jaeger telkens heeft gemeld dat aan die problemen werd gewerkt en verzocht om vertrouwen te hebben in de deskundigheid van SBI, en dat Jaeger heeft besloten de overeenkomst aan te gaan in de overtuiging dat SBI daadwerkelijk in staat zou zijn om de problemen op korte termijn op te lossen en de software, afgezien van het probleem met de stabiliteit, veel mogelijkheden belooft. Aldus staat vast dat Cephalo Pro (welke software door Jaeger aan haar afnemers geleverd zou gaan worden) ten tijde van de levering nog "bugs" bevatte, het product na die aflevering doorontwikkeld zou worden, en dat Jaeger ten tijde van het sluiten van de overeenkomst door de uitkomst van haar zojuist bedoelde tests wist dat Cephalo

Pro ten tijde van de aflevering die gebreken vertoonde. Uit voorgaande stellingen van Jaeger leidt het hof voorts af dat Jaeger zich dus al vóór het aangaan van de overeenkomst tegenover SBI op het standpunt stelde dat de desbetreffende gebreken zo wezenlijk waren dat het systeem ten tijde van de aflevering (nog) niet aan het bepaalde in artikel 4.1 van de overeenkomst voldeed en dat, indien zij niet zouden worden verholpen, sprake zou zijn van een “material breach”, als in het hiervoor onder 4.10 geciteerde artikel 13.2 van de overeenkomst bedoeld.

Aangenomen moet dus worden dat partijen in afwijking van hetgeen in artikel 4.1 van de overeenkomst is bepaald, nader zijn overeengekomen dat Cephalo Pro na de aflevering nog doorontwikkeld zou worden en dat de vorenbedoelde gebreken alsnog zouden worden hersteld. Uit de stukken van het geding valt echter niet af te leiden (dat partijen daarbij tevens zijn overeengekomen) op welk tijdstip na de totstandkoming van de overeenkomst de vorenbedoelde gebreken verholpen dienden te zijn.

Opmerking verdient voorts dat het feit dat, zoals hiervoor is overwogen, Jaeger ten tijde van het sluiten van de overeenkomst wist dat Cephalo Pro nog niet was uitontwikkeld en er dus mee instemde dat zij software aan afnemers zou gaan leveren waaraan (volgens Jaeger) nog wezenlijke gebreken kleefden, die op zichzelf genomen meebrachten dat Cephalo Pro (volgens haar) toen (nog) niet aan de overeenkomst beantwoordde, impliceert dat Jaeger de eventueel daaraan verbonden risico's accepteerde, althans niet zo ernstig inschatte dat zij aan aflevering aan en gebruik in ziekenhuizen in de weg stonden.

De periode vanaf het sluiten van de overeenkomst tot en met de beëindiging van de overeenkomst door Jaeger

4.27 Bij de hiervoor in 3.5 aangehaalde brief van 27 juli 2001 aan SBI heeft Jaeger met verwijzing naar de hiervoor in 3.4 aangehaalde brief van 11 april 2001 de overeenkomst beëindigd. In geen van beide brieven heeft Jaeger met zoveel woorden aangegeven op welke specifieke punten sprake is van een “material breach” in de zin van artikel 13.2 van de overeenkomst doordat Cephalo Pro niet aan de User Manual en de Product Description voldoet.

Daarnaast heeft Jaeger in de brief van 11 april 2001 aangegeven dat de in die brief gebezigde kwalificaties betrekking hebben op versie V1.02.00.20000721 van 21 juli 2000. Dit was echter niet de laatste door SBI aan Jaeger ter beschikking gestelde versie van Cephalo Pro, die immers volgens de eigen stelling van Jaeger (conclusie van antwoord in hoger beroep onder 65) op 19 juli 2001 aan Jaeger ter beschikking

werd gesteld en volgens haar stellingen bij de pleidooien in hoger beroep (pleitaantekeningen onder 13) en volgens het door haar overgelegde eerste TNO-rapport (p. 4, noot 5) het nummer 1.02.00.20010719 had. Noch uit de brief van Jaeger van 27 juli 2001, die derhalve dateert van (slechts) acht dagen na de terbeschikkingstelling van de laatste versie van Cephalo Pro, noch uit de stellingen van Jaeger in deze procedure kan worden afgeleid dat de in de brieven van Jaeger van 11 april 2001 en van 27 juli 2001 gebezigde kwalificaties (ook) opgaan voor die laatste versie van Cephalo Pro.

Het hof acht voorts te dezen van belang dat partijen nader zijn overeengekomen, dat SBI de hierboven onder 4.26 bedoelde gebreken na de totstandkoming van de overeenkomst zou repareren en dat niet is gesteld of gebleken op welk tijdstip deze verholpen dienden te zijn. Jaeger heeft geen, althans onvoldoende feiten of omstandigheden gesteld, waaruit volgt dat SBI niet bereid en in staat was of zou zijn geweest om gebreken, die in die laatste versie (nog) aanwezig waren, te herstellen. Aan het feit dat de laatste versie van Cephalo Pro aan Jaeger enkele weken later is verschaft dan door deze in haar brief van 11 april 2001 was verlangd (week 26 van 2001), gaat het hof reeds daarom voorbij omdat Jaeger zelf opmerkt dat SBI tot 27 juli 2001 in de gelegenheid is gesteld de gebreken in Cephalo Pro te herstellen (akte van 23 maart 2005 onder 28 en conclusie van antwoord in hoger beroep onder 65).

4.28 Jaeger heeft bovendien niet aangevoerd dat de laatste (als gezegd: op 19 juli 2001 aan haar ter beschikking gestelde) versie van Cephalo Pro aan een of meer ziekenhuizen was geleverd en aldaar bleek niet te voldoen aan de User Manual en de Product Description, laat staan dat zij in haar brief van 27 juli 2001 heeft aangegeven op welke punten die laatste versie daaraan niet voldeed. Het hof leest ook in de conclusie van antwoord in hoger beroep onder 65 niet een aldus onderbouwde omschrijving van enige tekortkoming in die laatste versie van Cephalo Pro. Uit de verwijzing aldaar naar de producties 42 en 43 bij de akte van Jaeger van 23 maart 2005 (respectievelijk bugs 243, 256 en 258 (productie 42) en 202 (productie 43)) kan het hof niet opmaken dat deze bugs ook voorkwamen in de laatste versie, nu bij de laatste in productie 42 genoemde versie (V1.02.00.20010719) van Cephalo Pro twee bugs, gedateerd 31 juli 2001, staan vermeld waarvan de omschrijving niet overeenkomt met die van de zojuist genoemde bugs 243, 256, 258 en 202. Het hof tekent hierbij aan dat de meeste bij de voorlaatste in productie 42 genoemde versie (V1.02.00.20010615) voorkomende bugs volgens het daarop gestelde dateren van vóór 19 juli 2001, zodat zonder nadere toelichting, die ontbreekt, niet aannemelijk is dat

die voorlaatste versie de op 19 juli 2001 door SBI ter beschikking gestelde versie van Cephalo Pro is. Ook overigens vindt het hof in de conclusies, akten en pleitaantekeningen van Jaeger niet een (duidelijke) omschrijving van een gebrek in de laatstbedoelde versie van Cephalo Pro die zou kunnen bijdragen aan de conclusie dat ten tijde van de beëindiging van de overeenkomst door Jaeger (nog steeds) sprake was van een "material breach" in de zin van artikel 13.2 van de overeenkomst. Voor zover als zodanige omschrijving kan worden aangemerkt de opsomming in de pleitaantekeningen d.d. 10 juli 2007 van Jaeger onder 14, die (volgens het rapport van TNO van 10 augustus 2005) ten dele betrekking heeft op vóór de beëindiging van de overeenkomst door Jaeger gebleken bugs, verwijst het hof naar zijn overwegingen omtrent de door Jaeger overgelegde (partij)deskundigenrapporten onder 4.31 e.v., waaruit volgt dat die rapporten onvoldoende grond opleveren om tot de slotsom te kunnen leiden dat sprake was van een "material breach" in de zin van artikel 13.2 van de overeenkomst.

Het hof overweegt voorts dat de schadevergoedingsaanspraken, bedoeld in de brief van Jaeger van 11 april 2001, op geen enkele wijze (namen klanten, gevorderde bedragen etc.) zijn geconcretiseerd, evenmin als de beëindiging van de overeenkomst door één klant. De verklaringen van de door Jaeger voorgebrachte getuigen Grunert en Enthoven zijn eerder aanwijzingen dat Jaeger geen (schriftelijke) schadevergoedingsaanspraken hebben bereikt. Grunert verklaart immers niet te weten hoeveel klanten schriftelijk een schadeclaim hebben ingediend, dat zulke claims direct naar de directie gingen, maar dat hij ervan uitgaat dat hij als productmanager over deze claims geïnformeerd zou zijn en dat hij daarvan een kopie zou hebben gekregen (getuigenverhoor van 16 januari 2004), en Enthoven verklaart dat geen van de klanten een schriftelijke schadeclaim heeft ingediend bij Jaeger Benelux B.V. (getuigenverhoor van 6 februari 2004).

De periode na de beëindiging van de overeenkomst door Jaeger

4.29 SBI heeft zich op het standpunt gesteld dat alleen gebreken van vóór de beëindiging van de overeenkomst mogen worden meegewogen bij het beoordelen van de door Jaeger gestelde tekortkomingen van SBI (memorie van grieven onder 30-35). Wat nadien is gebeurd, is volgens SBI niet meer relevant voor de toetsing of de beëindiging (ontbinding) van de overeenkomst door Jaeger gerechtvaardigd was. Jaeger heeft hiertegenover (in de conclusie van antwoord in hoger beroep onder 66) aangevoerd dat indien de tot de beëindiging van de overeenkomst bekende fouten de ontbinding niet zouden hebben gerechtvaardigd (hetgeen volgens Jaeger wel het geval was), de nadien opgetreden fouten in ieder geval een latere ontbinding c.q. opzegging

van de overeenkomst zouden hebben gerechtvaardigd. Het hof overweegt hieromtrent als volgt.

Voor de gevolgen van niet-nakoming van de verplichtingen van de verkoper is de CISG bepalend. Artikel 48 CISG betreffende zuivering door de verkoper na de voor aflevering bepaalde datum (waaruit voortvloeit dat het recht tot zuivering niet meer bestaat na ontbinding van de overeenkomst) is niet van toepassing, nu deze bepaling vooronderstelt dat sprake is van (wezenlijk) tekortschieten door de verkoper, terwijl uit de overwegingen 4.26-4.28, kort gezegd, juist voortvloeit dat tot en met de beëindiging van de overeenkomst (nog) niet van zodanig tekortschieten sprake was. Het hof is van oordeel dat de hier besproken vraag of hetgeen na de beëindiging (ontbinding) van de overeenkomst is voorgevallen, relevant is voor de toetsing of die beëindiging (ontbinding) gerechtvaardigd was, een niet uitdrukkelijk in de CISG (dan wel in de overeenkomst) beslist onderwerp betreft. Omdat deze vraag niet kan worden beantwoord aan de hand van de algemene beginselen waarop de CISG berust, moet zij op grond van artikel 7 lid 2 CISG worden beantwoord in overeenstemming met het krachtens de regels van internationaal privaatrecht toepasselijke recht, hier het op grond van de rechtskeuze van partijen toepasselijke Nederlandse recht. Naar dat recht heeft het volgende te gelden.

Indien een buitengerechtelijke ontbindingsverklaring is uitgebracht en ten tijde daarvan een bepaald gebrek van de afgeleverde zaak nog niet aan het licht was getreden, zodat dit niet mede aan de ontbinding ten grondslag is gelegd, heeft naar Nederlands recht als uitgangspunt te gelden dat ook dit alsnog aan het licht gekomen gebrek – op zichzelf dan wel in samenhang met de in de ontbindingsverklaring genoemde gebreken – van belang kan zijn voor de beoordeling of de ontbinding gerechtvaardigd is, mits ook ten aanzien van dit gebrek is voldaan aan de eisen van de artikelen 6:265 lid 2 en 7:23 BW (waarbij heeft te gelden dat een ingevolge die artikelen vereiste verklaring van de koper jegens de verkoper ook besloten kan liggen in enig processtuk van zijn zijde) (HR 29 juni 2007, RvdW 2007, 634). Ook de periode na het uitbrengen van een buitengerechtelijke ontbindingsverklaring is derhalve naar Nederlands recht van belang voor de beantwoording van de vraag of de ontbinding gerechtvaardigd is.

Mede gelet op de feiten dat partijen nader zijn overeengekomen dat SBI ook na de totstandkoming van de overeenkomst gebreken zou verhelpen en dat zij in dat verband geen termijn hebben afgesproken, brengt het voorgaande naar het oordeel van het hof mee dat ook omgekeerd, indien zich de omstandigheid zou voordoen dat het geleverde na het uitbrengen van de buitengerechtelijke ontbindingsverklaring van 27 juli 2001 zou functioneren zonder tekortkomingen die een “material breach” zouden

opleveren in de zin van artikel 13.2 van de overeenkomst, die omstandigheid meeweegt bij de beantwoording van de vraag of de ontbinding gerechtvaardigd is.

4.30 Tegen de achtergrond van het voorgaande acht het hof voor de beantwoording van de onder 4.8 geformuleerde vraag de na te noemen feiten en omstandigheden uit de periode na de beëindiging van de overeenkomst van belang. Jaeger heeft tien getuigen voorgebracht, werkzaam bij drie van de 23 ziekenhuizen aan wie Jaeger Cephalo Pro heeft geleverd. Het hof is van oordeel dat, nu deze getuigen werkzaam waren bij een (zeer) kleine minderheid (dertien procent) van de ziekenhuizen aan wie Jaeger Cephalo Pro heeft geleverd, deze verklaringen te weinig representatief zijn om daaruit enige verantwoorde conclusie te kunnen trekken. Daar komt bij dat nagenoeg geen enkele getuige verklaart dat Cephalo Pro niet voldeed aan de in artikel 4.1 van de overeenkomst gestelde eisen, terwijl dat de inhoud van de bewijsopdracht van Jaeger was. Enthoven en Migchelbrink (beiden werkzaam bij Jaeger) verklaren voorts dat het ziekenhuis te Leidschendam tevreden was over Cephalo Pro, terwijl Los (ex-werknemer van SBI) en Pleiter (werkzaam in het ziekenhuis te Voorburg) in het tegengetuigenverhoor aan de zijde van SBI hebben verklaard dat de ziekenhuizen te Voorburg en te Delft tevreden waren over Cephalo Pro. Tevens dient hier te worden vermeld dat, zoals onder 4.28 reeds is overwogen, Enthoven (als gezegd werkzaam bij Jaeger) verklaart (hetgeen min of meer wordt bevestigd door de eveneens bij Jaeger werkzame Grunert) dat geen van de klanten een schriftelijke schadeclaim bij Jaeger heeft ingediend. Op grond van dit een en ander moet worden geoordeeld dat de getuigenverklaringen geen steun bieden aan het door Jaeger ingenomen standpunt dat de door SBI aan haar geleverde software (Cephalo Pro) in zodanige mate niet beantwoordde aan artikel 4.1 van de overeenkomst dat sprake was van een "material breach" in de zin van artikel 13.2 van de overeenkomst.

4.31 Het hof overweegt als volgt naar aanleiding van de door Jaeger overgelegde (partij)deskundigenrapporten. De in haar opdracht door TNO uitgevoerde tests hebben plaatsgevonden in een "laboratoriumopstelling", zodat daaraan niet zonder meer dezelfde gevolgtrekkingen kunnen worden verbonden als wanneer die tests (ook) in praktijksituaties in een ziekenhuis zouden zijn verricht. Opmerking verdient in dit verband dat in het jaar waarin die tests plaatsvonden (2005) volgens de eigen uittaling van Jaeger bij gelegenheid van het pleidooi in hoger beroep, Cephalo Pro nog in diverse ziekenhuizen in gebruik was, zodat het wel mogelijk zou zijn geweest TNO de werking van die software in praktijksituaties in een of meer ziekenhuizen te laten beoordelen. Dit had zeer voor de hand gelegen, zeker ook omdat van de zijde van SBI

is aangevoerd dat de bij het gebruik van Cephalo Pro ervaren ongemakken veelal verband hielden met netwerkproblemen in de desbetreffende ziekenhuizen (pleitaantekeningen d.d. 27 september 2005 onder 35). Jaeger heeft niets aangevoerd waaruit zou volgen dat dit niet mogelijk of niet opportuun zou zijn geweest. Dat volgens de verwachting van TNO (naar haar zeggen gebaseerd op de omstandigheid dat de fouten zich voordeden in basale situaties) in geval van opstelling in een ziekenhuis dezelfde fouten als de door haar geconstateerde zouden optreden (zie het hierboven onder 4.20 aangehaalde TNO-rapport) acht het hof in dit verband onvoldoende. Het hof wijst er bovendien op dat TNO (zie de onder 4.22 geciteerde passage uit p. 11 van het TNO-rapport van 27 juni 2007) tevens opmerkt dat zij, afgezien van haar vaststelling dat in een opstelling in een netwerkconfiguratie net zo goed fouten optraden als in een configuratie zonder netwerken, op basis van het door haar verrichte onderzoek verder geen uitspraken kan doen over het functioneren van de software in praktijksituaties in ziekenhuizen, hetgeen naar het oordeel van het hof niet valt te rijmen met de hierboven aangehaalde verwachting van TNO dat dezelfde fouten als de door haar geconstateerde in geval van opstelling in een ziekenhuis zouden optreden.

4.32 Bij het voorgaande komt nog dat de door Jaeger zelf in het geding gebrachte rapportage van prof. dr. Klint (hierboven geciteerd onder 4.23) onder meer inhoudt dat deze, net als de door SBI ingeschakelde deskundige Slijk, de vaststelling van de mogelijke oorzaken van de geconstateerde fouten een zwak onderbouwd onderdeel van het (eerste) TNO-rapport vindt. Weliswaar merkt Klint vervolgens op dat de door TNO genoemde oorzaken hem "plausibel" voorkomen, dat het onomstotelijk vaststellen van (het hof begrijpt:) de oorzaken van fouten hoge kosten met zich brengt en dat het daarom redelijk en gebruikelijk is de meest waarschijnlijke foutbron als primaire oorzaak aan te wijzen, op grond waarvan hij concludeert dat hem redelijkerwijze aangetoond lijkt dat de oorzaken van de onder andere door TNO geconstateerde fouten inderdaad aan Cephalo Pro zijn toe te schrijven, maar dit een en ander doet aan de kwalificatie "zwak onderbouwd onderdeel" niet, althans onvoldoende af.

Het hof tekent hierbij aan dat TNO in haar rapport van 11 januari 2007 (voor zover hier van belang geciteerd onder 4.20) stelt geen onderzoek te hebben gedaan naar oorzaken van opgetreden fouten, terwijl zij in haar rapport van 27 juni 2007 (voor zover hier van belang samengevat onder 4.22) zegt wel onderzoek te hebben gedaan naar mogelijke oorzaken van fouten, zij het dat dit onderzoek beperkt en globaal van aard was. Gelet op het feit dat (dus) een gedegen onderzoek door TNO naar de oorzaak van de fouten ontbreekt, alsmede op het in de vorige alinea genoemde feit dat (ook) prof. dr. Klint de vaststelling van de mogelijke oorzaken van de geconstateerde

fouten een zwak onderbouwd onderdeel van het (eerste) TNO-rapport vindt, gaat het hof voorbij aan hetgeen TNO omtrent die oorzaken stelt, namelijk (in de formulering van het rapport van 11 januari 2007, geciteerd onder 4.20 slot) dat TNO, doordat dezelfde fouten in verschillende configuraties optraden, aannemelijk zou hebben gemaakt dat de oorzaak van een aantal bugs in de software van SBI moet zitten en redelijkerwijs niet in de netwerksoftware of de besturingssoftware.

Het hof overweegt voorts nog (gelet op rov. 4.15 slot: ten overvloede) omtrent het door Jaeger overgelegde rapport van Van Putten dat dit niet is gebaseerd op onderzoek aan de software van Van Putten zelf maar op het rapport van TNO van 10 augustus 2005.

4.33 Het voorgaande brengt naar het oordeel van het hof mee dat de door Jaeger overgelegde (partij)deskundigenrapporten onvoldoende grond opleveren om tot de slotsom te kunnen leiden dat de door SBI aan Jaeger geleverde software (Cephalo Pro) in zodanige mate niet beantwoordde aan artikel 4.1 van de overeenkomst dat sprake was van een "material breach" in de zin van artikel 13.2 van de overeenkomst, terwijl uit de door SBI overgelegde deskundigenrapporten veeleer het tegendeel volgt.

4.34 Zoals onder 4.24 is vermeld is, gelijk R. Lothar tijdens de pleidooien in hoger beroep onbetwist heeft verklaard, de vervanging van Cephalo Pro bij de gebruikers (ziekenhuizen) (eerst) eind 2004 gestart, zijn (eerst) in 2005 de meeste exemplaren van Cephalo Pro vervangen en hebben (eerst) in 2006 de laatste exemplaren van Cephalo Pro plaats gemaakt voor een ander type software.

Jaeger heeft aangevoerd (conclusie van antwoord in hoger beroep onder 72-73 en pleitaantekeningen in hoger beroep onder 41-42) dat het "jarenlang en intensief" gebruik van Cephalo Pro eerder is toe te schrijven aan de goede "customer support" van Jaeger dan aan de door SBI beweerde goede werking van de software en dat Jaeger haar klanten steeds heeft weten te overtuigen dat de problemen in de software op korte termijn zouden worden opgelost, welke verwachting SBI ook bij Jaeger wekte, reden waarom Jaeger niet is overgegaan tot "recalls", dat Jaeger heeft gezorgd voor "workarounds" in afwachting van de door SBI beloofde nieuwe verbeterde updates van de software en dat de inspanningen van Jaeger hebben gezorgd voor het ombuigen van het verwachtingspatroon van klanten waardoor dezen zich hebben neergelegd bij de ondermaatse kwaliteit van de software.

Het hof volgt Jaeger niet in dit betoog nu dit, naar het hof begrijpt, met name betrekking heeft op de periode voorafgaand aan de beëindiging van de overeenkomst door Jaeger op 27 juli 2001. Uit het voorgaande volgt immers dat de gebruiksduur van

Cephalo Pro in ziekenhuizen na de beëindiging van de overeenkomst door Jaeger, dus in de periode dat SBI niet meer betrokken was bij probleemoplossing en geen nieuwe versies meer uitbracht, varieert van ongeveer drieëneenhalf tot ongeveer vijf jaar, terwijl de periode vóór de ontbinding van de overeenkomst door Jaeger gedurende welke de 23 ziekenhuizen Cephalo Pro al hadden gebruikt, slechts maximaal anderhalf jaar heeft belopen.

4.35 Jaeger heeft ter gelegenheid van de pleidooien in hoger beroep nog wel aangevoerd dat zo lang met Cephalo Pro is doorgewerkt omdat er geen alternatief systeem was en dat dit lange doorwerken dus niet bewijst dat SBI niet ondeugdelijk zou zijn, maar het hof kan haar ook daarin niet volgen. Niet aannemelijk is dat klanten zo lang met Cephalo Pro zouden hebben doorgewerkt indien die software werkelijk zo slecht en zo gevaarlijk zou zijn als Jaeger heeft gesteld. Daar komt bij dat Jaeger bij die gelegenheid tevens heeft aangegeven dat aan de meeste klanten die eerst Cephalo Pro gebruikten, niet de Nicolet-software is geleverd. Daaruit maakt het hof op dat aan sommige klanten ter vervanging van Cephalo Pro wel de Nicolet-software is geleverd en dat dus vervanging van Cephalo Pro wel voorhanden was. Voorts is van belang dat Meijs (directeur van SBI) tijdens de pleidooien in hoger beroep onweersproken heeft verklaard dat Grunert (medewerker van Jaeger) en Meijs op enig moment op grond van door hen verricht onderzoek hebben geconcludeerd dat de EEG-software van Nicolet en die van SBI pure concurrenten waren. Bij het voorgaande komt bovendien dat niet is gesteld of gebleken dat het, zoals in het verleden gebeurde, langs analoge wijze vervaardigen van een EEG in de 23 ziekenhuizen die Cephalo Pro gebruikten, niet meer mogelijk was.

4.36 Het hof is van oordeel dat in het als productie 21 bij akte houdende uitlating tevens overlegging producties van Jaeger d.d. 23 april 2003 overgelegde e-mailbericht van 27 maart 2003 van het Caritas-Krankenhaus te Bad Mergentheim alsmede in de daarbij als productie 22 overgelegde brief, (ten onrechte) gedateerd 31 april 2003, van het Maasziekenhuis te Boxmeer en ook in het daarbij als productie 27 overgelegde, klaarblijkelijk van laatstgenoemd ziekenhuis afkomstige, e-mailbericht gedateerd 21 maart 1901 (bedoeld zal zijn: 2001), weliswaar problemen worden genoemd die bij het gebruik van Cephalo Pro optraden, maar dat uit die producties niet (eenduidig) valt op te maken dat de oorzaak van die problemen in tekortkomingen van Cephalo Pro was gelegen. Indien echter al zou moeten worden aangenomen dat Cephalo Pro wel oorzaak was van de problemen bij die ziekenhuizen, dient te worden bedacht dat het hierbij slechts gaat om twee van de in totaal 23 gebruikers van Cephalo Pro zodat,

indien aan die producties te dezen al enige betekenis zou toekomen, deze betekenis gering zou zijn. Het vorenoverwogene geldt ook voor de als producties 25, 26 en 28 bij evengenoemde akte overgelegde e-mailberichten, die dateren uit de periode dat de overeenkomst tussen partijen van kracht was. Geen van die berichten is afkomstig van een van de 23 ziekenhuizen.

Ook het door Jaeger als productie 13 bij conclusie van dupliek in conventie, tevens conclusie van repliek in reconventie met producties, tevens akte vermeerdering van eis overgelegde stuk dat, volgens Jaeger, een overzicht inhoudt van klanten die “die Software” niet meer willen gebruiken, biedt geen enkel aanknopingspunt voor de conclusie dat de betrokken klanten Cephalo Pro niet meer willen gebruiken omdat sprake zou zijn van een “material breach” als hiervoor bedoeld.

Jaeger heeft geen bescheiden overgelegd waaruit volgt dat enig ziekenhuis bij haar een claim heeft neergelegd op de grond dat Cephalo Pro niet zou beantwoorden aan de eisen die uit de User Manual en Product Description voortvloeien.

Conclusie ten aanzien van de vraag of sprake was van een “material breach” in de zin van de overeenkomst

4.37 Het hof zal hier eerst zijn conclusies herhalen uit zijn overwegingen over de drie door hem onderscheiden perioden (respectievelijk de overwegingen 4.26, 4.27-4.28 en 4.29-4.36). Ten aanzien van de periode tot en met het sluiten van de overeenkomst in december 1999 concludeert het hof dat moet worden aangenomen dat partijen in afwijking van hetgeen in artikel 4.1 van de overeenkomst is bepaald, nader zijn overeengekomen dat Cephalo Pro na de aflevering nog doorontwikkeld zou worden en dat de gebreken (die volgens Jaeger zodanig wezenlijk waren dat Cephalo Pro toen nog niet aan artikel 4.1 van de overeenkomst voldeed) alsnog zouden worden hersteld, dat uit de stukken van het geding niet valt af te leiden (dat partijen daarbij tevens zijn overeengekomen) op welk tijdstip na de totstandkoming van de overeenkomst de vorenbedoelde gebreken verholpen dienden te zijn, en dat Jaeger de eventueel aan levering van de software met die gebreken aan afnemers verbonden risico's accepteerde, althans niet zo ernstig inschatte dat zij aan aflevering aan en gebruik in ziekenhuizen in de weg stonden.

Ten aanzien van de periode vanaf het sluiten van de overeenkomst tot en met de beëindiging van de overeenkomst door Jaeger concludeert het hof dat geen feiten of omstandigheden zijn gesteld of gebleken waaruit volgt dat in de door SBI op 19 juli 2001 aan Jaeger ter beschikking gestelde versie van Cephalo Pro (nog steeds) sprake was van een gebrek dat moet worden gekwalificeerd als een “material breach” in de zin van artikel 13.2 van de overeenkomst.

Ten aanzien van de periode na de beëindiging van de overeenkomst door Jaeger concludeert het hof:

- dat, mede gelet op het jarenlange gebruik van Cephalo Pro in ziekenhuizen na de beëindiging van de overeenkomst door Jaeger, terwijl alternatieven voor dat gebruik wel voorhanden waren, zonder nadere toelichting niet kan worden aangenomen dat Cephalo Pro, ook al zou die software niet op alle punten voldoen aan de User Manual en de Product Description, in zodanige mate niet beantwoordde aan artikel 4.1 van de overeenkomst dat sprake was van een "material breach" in de zin van artikel 13.2 van de overeenkomst;
- dat Jaeger zodanige nadere toelichting niet, althans onvoldoende heeft gegeven;
- dat dit echter wel op haar weg had gelegen, te meer nu zij heeft gesteld dat Cephalo Pro gebreken bevatte die zeer ernstige gevolgen konden hebben, zoals een verkeerde diagnose of behandeling en zelfs de dood (pleitaantekeningen d.d. 27 september 2005 onder 36), en dat Cephalo Pro in de kern niet deugde (conclusie van dupliek in conventie onder 76).

4.38 Gelet op al het bovenstaande, ook indien dit in onderling verband en samenhang wordt beschouwd, is het hof van oordeel dat Jaeger onvoldoende feiten en omstandigheden heeft gesteld om op basis daarvan te kunnen aannemen dat de door SBI aan Jaeger geleverde software (Cephalo Pro) in zodanige mate niet beantwoordde aan artikel 4.1 van de overeenkomst dat sprake was van een "material breach" in de zin van artikel 13.2 van de overeenkomst, dan wel van "gross negligence or any other grave cause" in de zin van artikel 13.1 van de overeenkomst. Aan het bewijsaanbod van Jaeger (conclusie van antwoord in hoger beroep onder 77, 125 en 191) wordt derhalve niet toegekomen.

De vordering van SBI in conventie tot verklaring voor recht

4.39 Uit het onder 4.9-4.38 overwogene vloeit voort dat, voor zover Jaeger in haar brief van 27 juli 2001 heeft beoogd de overeenkomst te beëindigen ("terminate") wegens een "material breach" in de zin van artikel 13.2 van de overeenkomst, deze beëindiging zonder goede grond is. Op grond van de aangehaalde overwegingen kan evenmin (voor zover naast artikel 13.2 van de overeenkomst nog ruimte zou overblijven voor toepassing van de artikelen 25 jo. 49 lid 1 sub a CISG) sprake zijn van een wezenlijke tekortkoming in de zin van artikel 25 CISG. Voor zover Jaeger heeft willen betogen dat zij de overeenkomst op grond van artikel 13.1 rechtsgeldig heeft beëindigd, stuit ook dat betoog af op het hiervoor overwogene.

Nu ook geen andere grond is gesteld of gebleken waarop een bevoegdheid van Jaeger tot beëindiging (ontbinding of opzegging) van de overeenkomst kan worden gebaseerd, volgt uit het voorgaande dat de hiervoor onder 4.1 sub 2) omschreven vordering van SBI tot verklaring voor recht i) dat Jaeger niet gerechtigd was de overeenkomst op 27 juli 2001 te beëindigen, ii) dat zij derhalve gehouden was om tot 12 december 2002 (de datum waarop de overeenkomst afliep) aan haar verplichtingen uit de distributieovereenkomst te voldoen, en iii) dat zij zowel voor als na 27 juli 2001 tekort is geschoten in de nakoming van deze verplichtingen en uit dien hoofde schadeplichtig is jegens SBI, voor toewijzing vatbaar is. Deze vordering zal bij eindarrest worden toegewezen.

De vorderingen van Jaeger in reconventie

4.40 Uit het hiervoor onder 4.38 overwogene vloeit voort dat de rechtbank in haar vonnis van 28 juni 2006 onder 4.3 ten onrechte voor recht heeft verklaard dat Jaeger de distributieovereenkomst tussen partijen rechtsgeldig heeft ontbonden en dat Jaeger mitsdien is bevrijd van haar verplichtingen uit deze overeenkomst. Genoemd vonnis zal in zoverre bij eindarrest worden vernietigd.

4.41 Ten aanzien van de door Jaeger gevorderde schadevergoeding (zie hiervoor onder 2.4 sub i) overweegt het hof als volgt. Op grond van artikel 45 lid 1 aanhef en sub b CISG kan de koper ingeval de verkoper tekortschiet in de nakoming van een krachtens de overeenkomst of de CISG op hem rustende verplichting schadevergoeding eisen, zoals voorzien in de artikelen 74 tot en met 77 CISG.

Voor zover Jaeger haar vordering tot schadevergoeding heeft gebaseerd op de stelling dat de door SBI aan Jaeger geleverde software (Cephalo Pro) in zodanige mate niet beantwoordde aan artikel 4.1 van de overeenkomst dat sprake was van een "material breach" in de zin van artikel 13.2 van de overeenkomst, dan wel van "gross negligence or any other grave cause" in de zin van artikel 13.1 van de overeenkomst, stuit de vordering van Jaeger af op hetgeen hiervoor onder 4.38 is overwogen.

Voor zover Jaeger heeft bedoeld aan haar vordering tot schadevergoeding ten grondslag te leggen de stelling dat weliswaar geen sprake was van een "material breach" maar dat SBI in ieder geval is tekortgeschoten in de nakoming als bedoeld in artikel 45 lid 1 aanhef CISG, heeft het volgende te gelden. SBI heeft zich tegenover deze vordering onder meer beroepen op het hiervoor onder 4.10, onderdeel b, geciteerde artikel 7.1 van de overeenkomst (conclusie van repliek, alsmede wijziging van eis in conventie, tevens conclusie van antwoord in reconventie onder 4.3 en 8.2). Zij heeft aldaar gesteld dat uit artikel 7.1 een beperkte garantieverplichting voor SBI

volgt, in die zin dat zij ervoor instaat dat de geleverde software gedurende twaalf maanden na levering op de wezenlijke onderdelen zal voldoen aan de productbeschrijving in bijlage 2 bij de distributieovereenkomst (uitgewerkt in de User Manual en de Product Description) maar niet dat de software volledig vrij van fouten of zonder haperingen zal functioneren, noch dat alle non-conformiteiten kunnen worden hersteld.

In haar akte van 23 april 2003 heeft Jaeger onder 21 gesteld dat SBI geen beroep kan doen op de volgens SBI uit (naar het hof begrijpt: onder meer) artikel 7.1 voortvloeiende beperking van de contractuele verplichting tot levering van deugdelijk functionerende software. Volgens Jaeger is het beroep van SBI op artikel 7.1 naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar, omdat aanvaarding van dat beroep Jaeger het recht zou ontnemen om de essentiële door SBI te verrichten prestatie op te eisen. Jaeger heeft zich bij gelegenheid van de pleidooien in eerste aanleg (pleitaantekeningen onder 63) op het standpunt gesteld dat artikel 4.1 van de overeenkomst op geen enkele wijze is onderworpen aan enige beperking van garantie krachtens artikel 7.1 van de overeenkomst. In de toelichting op grief 1 in het incidenteel appel (onder 178-182) heeft Jaeger haar standpunt herhaald. Deze grief is gericht tegen rov. 3.44 van het vonnis van de rechtbank van 28 juni 2006, waarin zij overweegt dat SBI zich tegen de vordering van Jaeger tot schadevergoeding terecht verweert met een beroep op de artikelen 7 en 8 van de overeenkomst, nu de in die artikelen opgenomen beperking van aansprakelijkheid juist is bedoeld voor gevallen als het onderhavige, waarin het geleverde product gebreken vertoont, en met het oog daarop is overeengekomen.

Het standpunt van Jaeger dat artikel 7.1 te dezen toepassing mist dan wel dat, in het geval dat artikel 7.1 wel van toepassing is, het beroep van SBI op die bepaling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, berust in hoofdzaak op haar uitgangspunt dat de in Cephalo Pro opgetreden fouten de essentie raakten van de in de User Manual en de Product Description bedoelde functionaliteit, dat Cephalo Pro in de kern disfunctioneel was en dat geen sprake was van "kinderziektes" of "aanloopproblemen". Zoals uit het hiervoor, in het bijzonder onder 4.37 en 4.38, overwogene voortvloeit, deelt het hof dit uitgangspunt van Jaeger niet. Het hof gaat wegens het ontbreken van een nadere onderbouwing voorbij aan het beroep van Jaeger in de conclusie van antwoord in hoger beroep onder 181 op het door haar gestelde "kennelijke gebrek aan expertise dan wel mankracht zijdens SBI om de problemen (tijdig) en naar behoren op te lossen". Nu voorts heeft te gelden dat de rechter bij de toepassing van het onderhavige criterium ("naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar") terughoudendheid heeft te betrachten, is

het hof van oordeel dat redelijkheid en billijkheid niet in de weg staan aan het beroep van SBI op artikel 7.1 van de overeenkomst.

Naar het oordeel van het hof heeft Jaeger niet (voldoende gemotiveerd) aangevoerd dat de door haar gestelde gebreken weliswaar geen “material breach” opleveren maar toch zodanig wezenlijk zijn dat deze niet worden bestreken door artikel 7.1 van de overeenkomst.

Het voorgaande brengt mee dat de vordering van Jaeger tot betaling van schadevergoeding als bedoeld onder 2.4 sub i) niet toewijsbaar is.

4.42 De rechtbank heeft in haar vonnis van 28 juni 2006 onder 4.4 SBI veroordeeld tot betaling aan Jaeger van een bedrag van € 16.125,— vermeerderd met wettelijke rente als aldaar aangegeven. Uit het hiervoor onder 4.38 en 4.40-4.41 overwogene vloeit voort dat de rechtbank SBI ten onrechte heeft veroordeeld tot betaling van voormeld bedrag. Het vonnis zal in zoverre bij het eindarrest worden vernietigd. De vordering van Jaeger als bedoeld onder 2.4 sub ii) zal worden afgewezen.

Uit het hiervoor onder 4.38 en 4.40-4.41 overwogene vloeit tevens voort dat de hiervoor onder 2.4 sub iii) tot en met vi) weergegeven vorderingen van Jaeger evenmin toewijsbaar zijn. Ook deze vorderingen zullen bij eindarrest worden afgewezen.

Het vervolg van de procedure

4.43 Het hof geeft partijen, mede gelet op de slotzin van het hiervoor onder 4.6 geciteerde artikel 14.5 van de overeenkomst, in overweging hun geschil door een minnelijke regeling te beëindigen. Voor het geval dat partijen het hof niet uiterlijk op 22 januari 2008 berichten dat zij hun geschil aldus hebben beëindigd, zal het hof een comparitie van partijen gelasten teneinde van partijen nadere inlichtingen te verkrijgen over de door SBI gestelde tekortkomingen in de nakoming van de overeenkomst door Jaeger (schenden minimumafnameverplichting, schenden (weder)verkoopverplichting en schenden non-concurrentiebeding) en over de door SBI gevorderde schadevergoeding, alsmede teneinde alsnog een schikking te beproeven. Indien partijen ten behoeve van de comparitie stukken willen indienen, dienen zij deze uiterlijk een week vóór de zitting aan het hof en aan de wederpartij te doen toekomen. Iedere verdere beslissing zal worden aangehouden.

De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep:

bepaalt dat partijen vertegenwoordigd door iemand die van de zaak op de hoogte en tot het geven van de verlangde inlichtingen in staat is en hetzij bevoegd hetzij speciaal schriftelijk gemachtigd is tot het aangaan van een schikking tezamen met hun raadslieden zullen verschijnen voor het tot raadsheer-commissaris benoemde lid van het hof mr. H.L. van der Beek, die daartoe zitting zal houden op *vrijdag 8 februari 2008 om 14.00 uur* in het paleis van justitie aan de Walburgstraat 2-4 te Arnhem, zulks tot het geven van inlichtingen als onder 4.43 aangegeven en opdat kan worden onderzocht of partijen het op een of meer punten met elkaar eens kunnen worden;

bepaalt dat voor deze zitting in beginsel één dagdeel (van maximaal 2,5 uur) beschikbaar is;

bepaalt dat de procureur alleen in geval van dringende verhindering tot twee weken na heden uitsluitend schriftelijk aanhouding kan verzoeken met vermelding van die dringende reden van verhindering en onder opgave van verhinderdata van beide partijen en dat aanhoudingsverzoeken na die datum in beginsel niet worden toegestaan;

bepaalt dat indien partijen bescheiden in het geding wensen te brengen zij deze tijdig vóór de zitting aan de wederpartij en aan het hof dienen te verzenden, zodanig dat deze uiterlijk een week vóór de zitting kunnen zijn ontvangen;

houdt iedere verdere beslissing aan.

Dit arrest is gewezen door mrs. Van Wijland-Kalkman, Van der Beek en Broekveldt en in tegenwoordigheid van de griffier uitgesproken ter openbare terechtzitting van 11 december 2007.

Bij afwezigheid van de voorzitter is dit arrest ondertekend door de oudste raadsheer.