

28 september 2006

13
AFSCHRIFT

GERECHTSHOF TE AMSTERDAM

TWEEDE MEERVOUDIGE BURGERLIJKE KAMER

ARREST

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
ACANTHIS INFORMATION SYSTEMS B.V.,
gevestigd te Rotterdam,
APPELLANTE,

✓ procureur: mr. I.M.C.A. Reinders Folmer,

t e g e n

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
VIRAGE B.V.,
gevestigd te Haarlem,
GEÏNTIMEERDE,
procureur: mr. P.M. Bartels.

1. Het geding in hoger beroep

De partijen worden hierna (ook) Acanthis en Virage genoemd.

Bij dagvaarding van 6 oktober 2003 is Acanthis in hoger beroep gekomen van een vonnis van de rechtbank te Haarlem van 27 augustus 2003 onder zaak-/rolnummer 89102/HA ZA 03-49 gewezen tussen haar als eiseres in conventie/verweerster in reconventie en Virage als gedaagde in conventie/eiseres in reconventie.

Acanthis heeft van grieven gediend, haar eis gewijzigd, bescheiden in het geding gebracht en geconcludeerd, kort gezegd, dat het hof het vonnis waarvan beroep zal vernietigen, de vorderingen van Acanthis in conventie - inclusief de door haar ingestelde eiswijziging - alsnog zal toewijzen, de vorderingen van Virage zal afwijzen en Virage - uitvoerbaar bij voorraad - zal veroordelen in de kosten in beide instanties.

Daarop heeft Virage geantwoord en bescheiden in het geding gebracht, met conclusie, kort gezegd, dat het hof de grieven van Acanthis ongegrond zal verklaren, het vonnis waarvan beroep mitsdien zal bekrachtigen, met veroordeling van Acanthis in de kosten van het hoger beroep.

De partijen hebben de zaak vervolgens doen bepleiten, Acanthis door mr. N. Ruyters, advocaat te Breda, en Virage door mr. E.F. Seunke, advocaat te Haarlem, beiden aan de hand van pleitnotities.

Ten slotte is arrest gevraagd op de stukken van beide instanties.

2. Grieven

Acanthis heeft twaalf grieven voorgesteld waarvoor wordt verwezen naar de desbetreffende memorie.

3. Feiten

3.1. De rechtbank heeft in het bestreden vonnis onder 2 sub a tot en met h een aantal feiten als in deze zaak vaststaand aangemerkt. De grieven I tot en met III keren zich tegen deze feitenvaststelling.

3.2. In grief I voert Acanthis aan dat de weergave van de feiten door de rechtbank onvolledig is: daar waar de rechtbank vermeldt dat partijen op 3 september 2000 een overeenkomst hebben gesloten op grond waarvan Acanthis aan Virage een softwareprogramma zou leveren en operationeel zou maken, plaatst Acanthis de kanttekening dat geen sprake was van koop door Virage van een softwareprogramma maar van de ten tijde van de koop meest recente versie van het softwareprogramma DocBase C/S, te weten versie 5.1.c. Van haar kant bestrijdt Virage niet dat zij het programma DocBase C/S heeft gekocht, zodat van die aanvulling op de door de rechtbank vastgestelde feiten kan worden uitgegaan. Feitelijke grondslag mist echter de stelling van Acanthis dat Virage (uitsluitend) de specifieke versie 5.1.c. van DocBase zou hebben gekocht. De overeenkomst (de door Virage voor akkoord getekende offerte van Acanthis van 30 augustus 2000, productie 1 bij de inleidende dagvaarding) vermeldt niets omtrent een specifieke versie van het programma, DocBase, die door Virage zou worden aangeschaft, maar rept slechts in het algemeen over een installatie door Acanthis bij Virage van het programma DocBase C/S met bijbehorende databases. Het belang van de vaststelling dat Virage een specifieke versie zou hebben aangeschaft lijkt overigens ook niet aanwezig te zijn, gezien het feit dat Virage tevens een onderhoudscontract met Acanthis heeft gesloten op grond waarvan Virage, naar de eigen stellingen van Acanthis (zie de toelichting op grief II), recht had op ter beschikking stelling van de nieuwe versies van DocBase.

3.3. Ook grief II klaagt over de onvolledigheid van de feitenweergave door de rechtbank. Acanthis voert aan dat zij niet alleen versie 5.1.c, maar ook de versies 5.1.d en 5.1.e van het programma DocBase bij Virage heeft geïnstalleerd, namelijk op respectievelijk 12 februari en 25 mei 2001, zulks evenwel geheel onverplicht omdat zij ingevolge het onderhoudscontract de nieuwe versies slechts ter beschikking van Virage behoefde te stellen en deze niet tevens behoefde te installeren. Vooralsnog kan in het midden blijven of de

installatie van de nieuwere versies van DocBase door Acanthis onverplicht geschiedde (volgens Virage was Acanthis daartoe wel gehouden, omdat de eerste versie manco's vertoonde). Als vaststaand kan in elk geval wel, als door Virage niet weersproken, worden aangenomen dat Acanthis op respectievelijk 12 februari en 25 mei 2001 de toen nieuwste versies van DocBase, te weten versies 5.1.d en 5.1.e, bij Virage heeft geïnstalleerd.

3.4. In grief III beklaagt Acanthis zich er, tot slot, over dat de rechtbank in de rechtsoverweging 2 sub c ervan lijkt uit te gaan dat Virage zich vanaf het moment dat DocBase bij haar was geïnstalleerd (in december 2000) duidelijk het signaal heeft gegeven dat de software van Acanthis niet werkte. Volgens Acanthis is dat niet het geval geweest. Zij stelt dat Virage, integendeel, meerdere keren bij haar, Acanthis, de indruk heeft gevestigd dat de software wel aan de verwachtingen voldeed. Deze klacht mist doel. Uit de e-mail van de heer Hijne van 14 januari 2001 kan, anders dan Acanthis meent, niet worden afgeleid dat Virage van mening zou zijn dat het door Acanthis geïnstalleerde programma werkte. Ook uit de enkele telefonische mededeling die volgens Acanthis door Virage op 19 februari 2001 is gedaan, dat de facturen zouden worden betaald, kan niet worden opgemaakt dat de geleverde software naar de zin van Virage werkte en geen gebreken vertoonde. Ten slotte valt ook uit de omstandigheid dat mevrouw Sonneveld van Acanthis op 25 mei 2001 opmerkte dat bij Virage door de secretaresses met DocBase werd gewerkt niet af te leiden dat DocBase zonder gebreken werkte en niet de onvolkomenheden vertoonde die Virage Acanthis bij brief van 19 april 2001 had gemeld.

3.5. Voor het overige wordt de feitenvaststelling van de rechtbank niet bestreden. Ook het hof zal daarom, met inachtneming van het bovenstaande, van de door de rechtbank vermelde feiten uitgaan.

4. Beoordeling

4.1. Het gaat in deze zaak, kort weergegeven, om het volgende. Virage heeft in 2000 een softwareprogramma, DocBase, bij Acanthis aangeschaft. Bij brieven van 20 maart en 19 april 2001 heeft Virage aan Acanthis een aantal, volgens haar, "ernstige gebreken" aan het programma gemeld. Acanthis heeft op deze melding bij brief van 3 mei 2001 gereageerd en op 25 mei 2001 een nieuwe versie van DocBase bij Virage geïnstalleerd. Virage heeft hierna een test uitgevoerd en bij brief van 28 juni 2001 aan Acanthis meegedeeld dat tijdens de test tenminste nog een tweetal "onaanvaardbare problemen" naar boven waren gekomen. Zij heeft Acanthis een termijn tot 7 juli 2001 gesteld om een en ander te herstellen. Acanthis heeft hierop gereageerd bij brief van haar raadsman van 5 juli 2001. Vervolgens heeft Virage bij brief van haar raadsman van 24 juli 2001 de overeenkomst (buitengerechtelijk) ontbonden.

4.2. In deze procedure vordert Acanthis de betaling door Virage van de openstaande facturen, in totaal € 25.603,38 met (contractuele) rente en kosten. Virage vordert in reconventie schadevergoeding van Acanthis ten bedrage van € 11.134,-- te vermeerderen met rente en kosten. Bij het vonnis waarvan beroep heeft de rechtbank de vordering van Acanthis afgewezen en die van Virage geheel toegewezen.

4.3. Virage stelt dat Acanthis in de nakoming van haar verplichtingen uit de overeenkomst toerekenbaar tekort is geschoten door een gebrekkig functionerend programma bij haar te installeren. De door Virage ingeroepen ontbinding van de overeenkomst is daarop gebaseerd, alsmede haar vordering tot schadevergoeding.

4.4. Acanthis heeft primair tot haar verweer aangevoerd, dat de door haar geleverde software geen gebreken vertoont. Na de installatie van het programma DocBase, versie 1.5.c, in december 2000 heeft Virage weliswaar bij brieven van 20 maart

en 19 april 2001 Acanthis in kennis gesteld van een aantal, volgens Virage in het programma bestaande onvolkomenheden, maar, anders dan Virage stelt, zijn geen van de door Virage gemelde onvolkomenheden gebreken in de software. Bovendien zijn, aldus Acanthis, alle klachten van Virage geheel verholpen na de installatie op 25 mei 2001 van de nieuwste versie van DocBase. Verder voert Acanthis aan dat Virage, hoewel de op de overeenkomst van toepassing verklaarde algemene voorwaarden bepalen dat de afnemer binnen een termijn van 30 dagen dient te melden of de software onvolkomenheden vertoont, bij gebreke waarvan de software geacht moet worden te zijn geaccepteerd, eerst bij brief van 28 juni 2001, derhalve ná deze 30 dagen-termijn, heeft gereageerd met de mededeling dat tijdens de test nog twee problemen naar boven kwamen. Die twee door Virage gemelde 'gebreken' zijn volgens Acanthis echter ook geen fouten in de software, maar duiden volgens Acanthis op verkeerd gebruik door Virage van DocBase. Als laatste verweer heeft Acanthis aangevoerd dat zij niet in verzuim is geraakt, omdat Virage haar geen redelijke, maar een te korte termijn heeft gesteld om de door haar genoemde 'gebreken' te verhelpen. Virage heeft Acanthis bovendien niet meer in de gelegenheid willen stellen om de geconstateerde problemen te inventariseren en op te lossen, zoals ook in de brief van haar raadsman van 5 juli 2001 wordt opgemerkt. Daarnaast was Virage zelf in verzuim met de betaling van de facturen en mocht Acanthis derhalve haar werkzaamheden opschorten.

4.5. **Het verweer van Acanthis**, dat Virage haar niet tijdig, namelijk niet binnen een termijn van **30 dagen**, in kennis heeft gesteld van de problemen met het geleverde software-programma na de installatie op 25 mei 2001 van de nieuwste versie van DocBase (maar dit pas bij brief van 28 juni 2001 heeft gedaan), **houdt geen stand**. Indien al juist is dat de algemene voorwaarden die Acanthis noemt van toepassing zijn - Virage spreekt zulks gemotiveerd tegen; onder meer heeft zij de vernietiging van deze algemene voorwaarden ingeroepen omdat zij haar niet ter hand zijn gesteld - kan uit die

voorwaarden slechts worden afgeleid dat de acceptatie van het programma geacht moet worden te hebben plaatsgevonden indien de afnemer niet binnen 30 dagen nadat hem een testversie van het programma is geleverd, melding maakt van eventuele onvolkomenheden. De acceptatie door het laten verstrijken van de genoemde 30 dagen betekent echter niet dat Virage geen aanspraak meer kan maken op de levering van een deugdelijk product. Integendeel, de algemene voorwaarden bepalen immers tevens (artikel 15) dat de leverancier gedurende een periode van drie maanden na acceptatie garandeert dat door haar gemaakte software op haar kosten naar beste vermogen wordt gecorrigeerd. Acanthis staat met andere woorden gedurende een periode van in elk geval drie maanden na acceptatie door de afnemer, in voor de deugdelijkheid van de geleverde software en de brief van Virage van 28 juni 2001 is derhalve niet te laat geschreven.

4.6. Ook het verweer van Acanthis dat zij niet in verzuim is geraakt, slaagt niet. De termijn die Virage in haar brief van 28 juni 2001 aan Acanthis stelt, om de gestelde gebreken te herstellen, is niet te kort, maar redelijk te achten. Het betoog van Acanthis dat Virage haar niet in de gelegenheid heeft gesteld de gebreken te onderzoeken, faalt evenzeer. Bij gelegenheid van het pleidooi is immers door de heer Preda van Acanthis met zoveel woorden verklaard dat na de brief van Virage van 28 juni 2001 geen contact meer is gezocht met Virage, maar dat Acanthis onmiddellijk na de ontvangst van die brief haar advocaat heeft ingeschakeld. Deze heeft vervolgens de meergenoemde brief van 5 juli 2001 geschreven, maar daarin te kennen gegeven dat Acanthis haar werkzaamheden zou opschorten totdat alle facturen van Acanthis door Virage zouden zijn voldaan. Ook het verweer van Acanthis dat Virage zelf in verzuim verkeerde door de niet-tijdige betaling door Virage van de facturen, en zij Acanthis derhalve niet in verzuim kon brengen, faalt. In de overeenkomst is bepaald dat de betaling van de facturen dient plaats te vinden binnen 14 dagen na levering. Deze bepaling dient naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid aldus te worden opgevat dat

Virage de facturen niet eerder behoefde te voldoen dan nadat voldoende zeker was dat haar een deugdelijk software-product was geleverd.

4.7. Resteert het verweer van Acanthis dat zij naar haar mening een deugdelijk product heeft geleverd. Te dien aanzien moet worden vooropgesteld dat op Virage de bewijslast rust van haar stelling dat aan haar ondeugdelijke software is geleverd, aangezien die stelling de grondslag vormt voor de door haar ingeroepen ontbinding en gevorderde schadevergoeding. De rechtbank is op het onderhavige punt klaarblijkelijk ervan uitgegaan dat Acanthis diende te bewijzen dat zij deugdelijke software had geleverd. Zij overweegt immers dat niet als vaststaand kan worden aangenomen dat Acanthis een deugdelijk product heeft geleverd en heeft het door Acanthis gedane bewijsaanbod als onvoldoende gespecificeerd gepasseerd.

4.8. De rechtbank heeft mede acht geslagen op de mededeling van de heer Preda, de directeur van Acanthis, ter comparitie, dat het mogelijk is dat DocBase niet goed functioneerde ten gevolge van een door Acanthis gemaakt installatiefout. Op grond van die mededeling, waarvan de juistheid door Acanthis in hoger beroep nadrukkelijk wordt tegengesproken - volgens haar heeft de rechtbank de directeur verkeerd begrepen -, kan echter niet vooralsnog worden uitgegaan van de ondeugdelijkheid van DocBase als programma. Van die ondeugdelijkheid dient Virage, gezien de gemotiveerde betwisting door Acanthis dat sprake is van de levering van gebrekkige software, derhalve alsnog bewijs bij te brengen. Nu Acanthis betwist dat de problemen die Virage noemt in haar brief van 28 juni 2001 wijzen op gebrekkigheid van de geleverde software, zal Virage meer in het bijzonder daarvan bewijs dienen bij te brengen.

4.9. Het is denkbaar dat Virage het bewijs van de ondeugdelijkheid van de haar geleverde software door middel van deskundigen wenst te leveren. De zaak zal daarom naar de rol worden verwezen voor uitlating door Virage over de

vragen: (a) óf zij het bewijs van haar stelling wil leveren, (b) of zij daartoe getuigen wil laten horen en/of (mede) denkt aan de benoeming van een deskundige; (c) in het geval zij de benoeming van een deskundige voorstaat: welke deskundige(n) zij voor benoeming in aanmerking zou willen laten komen, welke vragen aan de deskundige(n) gesteld zouden moeten worden en of zij zich reeds bij voorbaat bereid wil verklaren het voorschot van de kosten van de deskundige(n), dat ten laste van Virage dient te worden gebracht, voor haar rekening te nemen. Nadat Virage zich over voornoemde kwesties heeft uitgelaten, zal aan Acanthis de gelegenheid worden gegeven daarop bij antwoord-akte te reageren.

4.10. Iedere verdere beslissing wordt thans aangehouden.

5. Beslissing

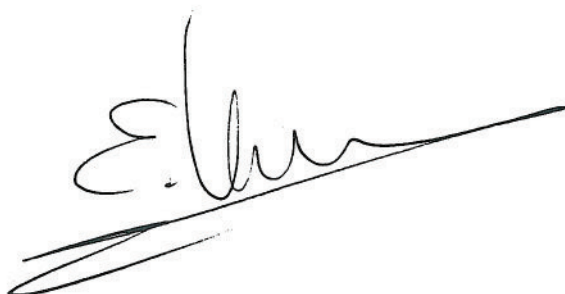
Het hof:

verwijst de zaak naar de rol van donderdag 9 november 2006 voor uitlating door middel van een akte aan de zijde van Virage omtrent de onder 4.9. vermelde vraagpunten;

bepaalt dat Acanthis hierna een antwoord-akte zal mogen nemen;

houdt iedere verdere beslissing aan.

Dit arrest is gewezen door mrs. A.D.R.M. Boumans, A. Bockwinkel en J.E. Molenaar en in het openbaar door de rolraadsheer uitgesproken op 28 september 2006.



mr. T.A.C. van Hartingsveldt