

LJN: BJ5602, Rechtbank Rotterdam , 282253 / HA ZA 07-1011

Datum uitspraak: 29-07-2009

Datum publicatie: 19-08-2009

Rechtsgebied: Civiel overig

Soort procedure: Eerste aanleg - enkelvoudig

Inhoudsindicatie: Softwaregeschil (conventie en reconventie) (o.a. aan de orde: 6:271 en 272 BW, tekortkoming: schadevergoeding?, verschuldigdheid dwangsommen uit hoofde van een kort geding vonnis, 6:194 BW, 6:60 BW, geldvordering, benoeming deskundige en verdere procesverloop.

Uitspraak**RECHTBANK ROTTERDAM**

Sector civiel recht

Zaak-/rolnummer: 282253 / HA ZA 07-1011

Uitspraak: 29 juli 2009

VONNIS van de enkelvoudige kamer in de zaak van:

[eiseres],
gevestigd te Elshout,
eiseres in conventie,
verweester in reconventie,
advocaat mr. J. Kneppelhout,

- tegen -

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
DIVISION AUTOMATISERINGSBUREAU B.V.,
gevestigd te Capelle aan den IJssel,
gedaagde in conventie,
eiseres in reconventie,
advocaat mr. J.B. Kloosterman.

Partijen worden hierna aangeduid als: [eiseres] en dVision.

1 Het verloop van het geding

De rechtbank heeft kennisgenomen van de volgende stukken:

- de dagvaarding d.d. 20 maart 2007 en de door [eiseres] overgelegde producties;
- de akte houdende vermeerdering van eis, van de zijde van [eiseres];
- de conclusie van antwoord in conventie, tevens conclusie van eis in reconventie, met producties;
- de conclusie van repliek in conventie, tevens conclusie van antwoord in reconventie, met producties;
- de conclusie van dupliek in conventie, tevens conclusie van repliek in reconventie, met producties;
- de conclusie van dupliek in reconventie, met producties.

2 De vaststaande feiten

Als enerzijds gesteld en anderzijds erkend dan wel niet of onvoldoende gemotiveerd weersproken, gelet ook op de in zoverre niet betwiste inhoud van de in het geding gebrachte producties, staat tussen partijen - voor zover van belang - het volgende vast:

2.1 [eiseres] is een groothandel in groente en fruit. dVision is een automatiseringsbedrijf dat zich onder meer bezighoudt met de implementatie van soft- en hardwaresystemen bij haar opdrachtgevers.

2.2 Na een eerste inventarisatie onder mogelijke leveranciers, informatieverstrekking door dVision bij

brief d.d. 13 maart 2003 en een door dVision opgestelde offerte/begroting d.d. 9 juni 2003, heeft [eiseres] dVision op-dracht gegeven om voor haar het standaardsoftwarepakket Microsoft Dynamics NAV (hierna: Navision) en op Navision gebaseerde maatwerkmodules (hierna: het maatwerk, en tezamen met Navision: de software) te implementeren.

2.3 De hiervoor onder 2.2 genoemde brief d.d. 9 juni 2003 vermeldt onder meer dat dVision een doorlooptijd van 5 à 6 maanden verwachtte voor het project. De kosten van het project worden in de brief begroot op € 200.183,- (exclusief hardware), waarbij wekelijks zal worden gefactureerd op basis van nacalculatie. Er geldt een betalingstermijn van 14 dagen.

2.4 Op het briefpapier van dVision staat een verwijzing naar haar algemene voorwaarden, waarvan de toepasse-lijkheid niet in geschil is.

2.5 Bij brief d.d. 16 december 2003 berichtte dVision aan [eiseres] onder meer als volgt:

“Vandaag ontvangt u van ons de eerste versie van de projectmap, daarmee nadert het einde van fase 1 (functionele analyse en technisch ontwerp). Doel van deze eerste versie is ook om u inzicht te geven in de totale investering die nodig zal zijn om de implementatie van MBS-Navision af te ronden (fase 2).

In vergelijking met onze oorspronkelijke begroting waarin totaal 520 uur begroot was voor fase 1 hebben wij tot nu toe 280 uur verbruikt (...). Fase 1 zal echter in januari een vervolg krijgen wanneer wij met de individuele kernegebruikers de relevante opdrachten in detail zullen bespreken. Wij verwachten dit met 6 a 7 bezoeken te kunnen doen en waaruit nog aanpassingen zullen ontstaan op de door ons aangemaakte opdrachten. Hiervoor verwachten wij niet meer dan 120 uur nodig te hebben waarmee het totaal aan verbruikte uren voor fase 1 niet meer zal zijn dan 400 uur. Overigens zullen wij al beginnen met fase 2 (implementatie en ontwikkeling) terwijl de gesprekken met de kernegebruikers nog gaande zijn, dit kan zonder problemen parallel plaatsvinden.

Hieronder volgt een kort overzicht van de benodigde uren op basis van de projectmap voor fase 2:

Projectleiding	20 uur begroot	(20 uur begroot)
Ontwikkeling	375 uur projectmap	(300 uur begroot)
Implementatie en begeleiding	240 uur projectmap	(240 uur begroot)
Opleiding niet-kernegebruikers	48 uur begroot	(48 uur begroot)

Zodra wij starten met de implementatie zult u ook de licentie van MBS-Navision aan moeten schaffen. (...) de totale investering hiervoor bedraagt EUR 78.580,- eenmalig en 12% per jaar voor Beheer/Support/Upgrade. (...)

Om de implementatie te starten is het nog niet nodig om een server aan te schaffen voor MBS-Navision. (...) Twee a drie maanden voor ingebruikname dient de server te worden aangeschaft, normaliter dient voor een volledig ingerichte (...) MBS-Navision database server voor 30 gebruikers rekening te worden gehouden met circa EUR 20.000,- tot 22.500,- ex. BTW. (...).”

Bij deze brief is als bijlage gevoegd de eerste versie van de projectmap. Tot de projectmap behoort onder meer de omschrijving van de verschillende maatwerkopdrachten aan dVision met daarbij per maatwerkopdracht ver-meld het aantal programmeer- en implementatie-uren. Op de maatwerkopdrachten staat vermeld: “Uren en tarief zijn begroot, facturatie vindt plaats o.b.v. nacalculatie”.

2.6 Bij de implementatie van de software zijn geschillen ontstaan. Deze geschillen hebben onder meer betrek-king op (de kwaliteit van) de door dVision uitgevoerde functionele analyse, het technisch ontwerp en het pro-grammeerwerk van dVision, de werkbaarheid van de software voor [eiseres], het verloop van het implementa-tieproject en de rol van beide partijen daarin, de kosten van het implementatieproject, het betalingsgedrag van [eiseres] en de werkhouding van dVision.

2.7 Over het verloop van het project en de ontstane geschillen staan de volgende feiten vast:

- De eerste fase van het project bestond - onder meer - uit een functionele analyse en technisch ontwerp. De tweede fase bestond uit de ontwikkeling en implementatie van de software. Tijdens deze tweede fase zijn de begrote kosten overschreden. Op 24/25 juni 2004 vond daarover overleg plaats. Korte tijd daarna heeft [eiseres] de betaling van de facturen van dVision opgeschort.
- Beoogd was de software in juli 2004 bedrijfsklaar op te leveren. Dit is niet gelukt.

c. Bij brief d.d. 5 juli 2004 schreef dVision aan [eiseres] als volgt:

“Volgens afspraak ontvangt u bij deze mijn schriftelijke reactie op ons overleg van vrijdag 25 juni 2004. (...)

Offerte versus werkelijke kosten

Tijdens het gesprek heeft u uw ongenoegen geuit over de overschrijding van onze offerte van 9 juni 2003. Direct heb ik duidelijk proberen te maken dat van een overschrijding in onze ogen geen sprake is. De offerte is voor u de basis geweest om ons opdracht te geven voor 'Fase 1', beschreven in de offerte. In dezelfde offerte wordt duidelijk beschreven dat wij naar aanleiding van 'Fase 1' een projectmap opleveren met daarin opdrachten waaraan individueel 'uren worden toegekend' waarmee duidelijk inzicht gegeven wordt van de kosten per opdracht.

December 2003, na de eerste ronde van gesprekken met de kerngebruikers, hebben wij u op de hoogte gebracht van de stand van zaken destijds en de vervolgstappen welke wij graag hadden willen nemen. Concreet kwam het er op dat moment op neer dat voor 'Fase 2' in vergelijking met de offerte meer tijd nodig was voor de ontwikkeling van de software, maar ook dat wij de aangemaakte opdrachten met de kerngebruikers wilden verifiëren. Door [eiseres] werd de voorkeur gegeven aan het controleren van de opdrachten door [persoon 1] en [persoon 2], welke in de periode daarna schriftelijk en mondeling hun commentaar hebben gegeven op de eerste versie van de projectmap.

Naar aanleiding hiervan en naar aanleiding van diverse gesprekken in de periode januari - april 2004 zijn opdrachten aangepast en zijn ook extra opdrachten toegevoegd aan de projectmap. (...)

Doordat er inmiddels - in vergelijking met het zojuist genoemde bedrag [Nb € 260.000,-, opm. Rb] - in de periode april - juni 2004 extra tijd is besteed aan functionele analyse/technisch ontwerp en ook door een aantal extra verstrekte opdrachten, bedragen de to-tale kosten op dit moment zo'n EUR 300.000,-. Wellicht ten overvloede maar dit bedrag komt voort uit opdrachten/orders welke allemaal ondertekend/goedgekeurd zijn door [eiseres].

Kwaliteit functionele analyse/technisch ontwerp

In het gesprek van de 25e werd gesteld dat de kwaliteit van de door ons uitgevoerde functionele analyse/technisch ontwerp wellicht niet goed uitgevoerd is. Wij bestrijden dit (...).

Geleverde functionaliteit

Met [persoon 3] heb ik vorige week gesproken over de geleverde functionaliteit waar wij opdracht voor gekregen hebben en of dat de software inderdaad geen overbodige zaken bevat. [persoon 3] gaf aan dat dit weldegelijk het geval is. (...) In deze context wil ik ook een uitspraak van [persoon 1] vermelden wanneer wij het uitvoeren van deze opdrachten bespraken. Hij gaf aan dat voor [eiseres] met een 'open portemonnee' gewerkt werd, dat in samenspraak met de functie die hij heeft binnen het project zijn voor ons geen reden geweest om te twijfelen bij het uitvoeren van getekende opdrachten.

Kwaliteit geleverde software

De kwaliteit van de door ons geleverde software is goed. (...)

Van [persoon 1] heb ik een brief gekregen over een aantal geconstateerde 'fouten' (gedateerd 1 juli 2004). [persoon 4] heeft inhoudelijk daarnaar gekeken en geconstateerd dat een aantal zaken onterecht als fout worden aangemerkt (...). Ook wordt gesproken over nog niet verwerkte testrapporten, dat klopt, zoals wellicht bekend zouden de testrapporten verwerkt worden na oplevering van de opdrachten. De getekende opdrachten zijn inmiddels allemaal af en vorige week is een aanvank gemaakt met het verwerken van de testrapporten, de resultaten hiervan zijn nog niet aanwezig bij [eiseres]. Dat eerder geconstateerde 'fouten' nog steeds aan-wezig zijn klopt dan ook.

Datum ingebruikname

De projectmap van april is voor ons lange tijd de basis geweest voor de geplande ingebruikname in juli, zoals ik in een eerder tele-foongesprek met u heb aangegeven zijn een aantal weken geleden door [persoon 3], [persoon 1] en [persoon 2] punten besproken welke tot nieuwe opdrachten hebben geleid. In datzelfde gesprek hebben [persoon 3], [persoon 1] en [persoon 2] bepaald dat de geplande ingebruikname half juli geen doorgang kon vinden vanwege het feit dat [eiseres] eerst alle opdrachten uitgevoerd wilde hebben alvorens operationeel te gaan en vanwege het feit dat er meer tijd nodig was voor de instructie aan de eindgebruikers (wellicht ook door de nieuwe opdrachten). Nadat dit in overleg besloten was hebben wij ook onze planning hierop aangepast.

Tegemoetkoming

Bovenstaande punten komen er kort gezegd op neer dat een terechte vergelijking van de kosten gedaan dient te worden met de stand van april van EUR 260.000,- (opgebouwd uit besteed werk 'Fase 1', het overhandigde overzicht van opdrachten en de bestelde licentie) en de later toegevoegde en getekende opdrachten. Uit de gegeven opdrachten blijkt ook dat er functionaliteit is gemaakt welke wellicht niet direct nodig was maar dat wij door de gedane uitspraken en het feit dat de opdrachten verstrekt werden over de uitvoering ervan niet hoefden te twijfelen. De datum van ingebruikname is in overleg bepaald en mede vanwege de wens van [eiseres] om pas 'live' te gaan na oplevering van alle opdrachten resulteerde in uitstel doordat nieuwe opdrachten gemaakt dienen te worden.

Vanwege onze tot nu toe goede relatie en mijn wens om deze naar de toekomst toe in stand te houden wil ik toch een financiële tegemoetkoming aanbieden. Ik ben bereid om EUR 15.000,- ex.

BTW te crediteren en om op de (grotendeels nieuwe) opdrachten welke nog uitgevoerd moeten worden een korting te geven van 10% (...).

Daarnaast ben ik bereid om op alle (sub)modules die u dit jaar nog besteld een korting te geven van 10%, inclusief de daarbij behorende upgrade/beheer/supportovereenkomst tot het eind van dit jaar. Tevens zal ik dan een korting geven van 10% over de upgrade/beheer/supportovereenkomst van 2005 welke in december verzonden wordt.

(...)

Planning

Uit een overzicht van [persoon 3] blijkt dat er opdrachten open staan voor circa 450 technische uren en circa 200 functionele uren (ter waarde van totaal EUR 60.000,-). Wanneer wij onze werkzaamheden weer kunnen hervatten dan zullen wij vier weken nodig hebben om alle opdrachten uit te voeren. Testen, instructie en implementatie bij [eiseres] zal daarna nog een week of vier vergen, daarmee zou een ingebruikname in het weekend van 4/5 september mogelijk zijn.

De ingebruikname begin september is gebaseerd op het uitvoeren van alle openstaande opdrachten, wanneer in overleg bepaald wordt dat bepaalde opdrachten niet of later worden uitgevoerd dan is een eerdere datum zeer goed mogelijk. Uiteraard dienen nieuwe opdrachten in overleg te worden toegevoegd. (...)

d. Op 7 juli 2004 is er wederom overleg geweest tussen partijen over de kosten van het project. De gemaakte afspraken zijn bij brief d.d. 8 juli 2004 door dVision aan [eiseres] bevestigd:

“Bij deze bevestig ik de afspraken welke wij gemaakt hebben tijdens ons overleg van woensdag 7 juli 2004.

- U ontvangt van ons een creditnota ter waarde van EUR 15.000,- ex. BTW.
- U ontvangt een korting van 25% op de uren gemaakt na 1 juli 2004, eindigend op 30 september 2004.
- Bij de ingebruikname kunt u gedurende 3 weken kosteloos gebruik maken van 2 man extra ter ondersteuning van [persoon 3] en [persoon 4].
- Bij eventueel nieuw aangebrachte klanten ontvangt u een commissie van 5% op de licenties besteld in het eerste jaar.
- Wij zullen u voorzien van een overzicht van nog uit te voeren opdrachten (...).
- U zult intern nagaan of en welke openstaande opdrachten uitgevoerd dienen te worden
- Opdrachten dienen door twee bevoegde personen getekend te worden (...).

Ik hoop dat bovenstaande ervoor zorgt dat we beiden de implementatie van Navision gemotiveerd kunnen hervatten en zorgt voor een spoedige en succesvolle ingebruikname ervan.”

e. Eind 2004 gingen partijen er vanuit dat de software per 3 januari 2005 in gebruik genomen zou worden. Bij brieven d.d. 9, 14 en 23 december 2004 heeft [eiseres] gewezen op gebreken die de software volgens haar bevatte. Bij brief d.d. 30 december 2004 heeft dVision, kort gezegd, aangegeven (1) dat zij meende dat alle eerder vastgestelde punten waren opgelost c.q. tijdig zouden zijn opgelost en dat zij daarom een ingebruikname per 3 januari 2005 mogelijk achtte, maar (2) dat [eiseres] plotseling met een bijgewerkte lijst was gekomen met daarop nieuwe punten zodat overleg moest plaatsvinden over de ingebruikname.

f. In het weekeinde voor 3 januari 2005 is voor de eerste keer getracht de software daadwerkelijk in gebruik te nemen. Dit is niet gelukt. Bij brief d.d. 4 januari 2005 schreef dVision hierover aan [eiseres], kort gezegd, dat [eiseres] de benodigde hardware te laat had geplaatst en te laat was begonnen met het inlezen van de gegevens.

g. Op 14 en 15 januari 2005 is een nieuwe poging ondernomen om de software in gebruik te nemen. Ook deze poging is niet geslaagd. dVision berichtte [eiseres] hierover bij brief d.d. 17 januari 2005, waarin - verkort weergegeven - zij een aantal gesignaleerde problemen beschreef en aangaf verbaasd te zijn geweest over de haastige beslissing om de software niet in gebruik te nemen.

h. dVision heeft vervolgens op 20 januari 2005 aan [eiseres] een stappenplan gepresenteerd. Volgens dit plan zou op 13 februari 2005 een volledige systeemtest worden uitgevoerd, waarna de software op 18/19 februari 2005 in gebruik zou kunnen worden genomen. Vervolgens is discussie ontstaan over de vraag waar de systeemtest uitgevoerd zou worden: bij dVision of bij [eiseres]. Op 27 januari 2005 heeft dVision een simulatietest uitgevoerd van de software op haar eigen kantoor zonder dat [eiseres] hierbij aanwezig was. dVision heeft [eiseres] bij brief van gelijke datum op de hoogte gesteld van de uitkomst van die test.

i. Bij brieven van 27 januari 2005, 31 januari 2005, 2 februari 2005 en 3 februari 2005 heeft dVision aangedrongen op betaling van openstaande facturen over de periode december 2004 - februari 2005. Op enig moment heeft dVision de werkzaamheden gestaakt.

j. Bij fax d.d. 1 februari 2005 van (de advocaat van) [eiseres] schreef deze aan dVision dat er op 3 en 15 januari 2005 grote problemen met de software waren vastgesteld en stelde deze dVision daarvoor aansprakelijk. In de brief worden de volgende problemen gemeld:

“- vrijwel alle gebruikers worden met grote regelmaat gehinderd door tablelocking waardoor de gebruikers "vast zaten" in het systeem;
- niet alle software is opgeleverd, laat staan dat deze voor 100% werkt;
- naarmate er meer transacties in het systeem worden ingevoerd, loopt de snelheid terug. Dit doet zich met name gevoelen tijdens het invoeren van artikelen op de verkooporder;
- een aantal gebruikers kan van het ene op het andere moment geen actuele voorraad meer zien in het systeem;
- een aantal gebruikers kan geen verkooporders vrijgeven;
- het ompakproces werkt niet;
- de ingevoerde personeelsplanning voor magazijnmedewerkers in verband met de uitgifte van pickbonnen is verdwenen;
- pickbonnen worden niet geheel maar slechts gedeeltelijk uitgegeven; de printer voor de stickers werkt niet;
- de "marge" in de verkooporder klopt niet.”.

k. In februari 2005 is tussen partijen verder gecorrespondeerd over de betaling van openstaande facturen en de oplevering van de software, waarbij besproken is dat bepaalde openstaande facturen betaald zou worden na een geslaagde acceptatietest. Daarbij werd tevens afgesproken dat na de definitieve ingebruikname alle facturen kritisch tegen het licht zouden worden gehouden. Gestreefd werd naar een definitieve ingebruikname in februari 2005.

l. dVision wenste voorafgaand aan de ingebruikname door [eiseres] op 27 februari 2005 de software nog twee keer te testen: een keer op 24 februari 2005 bij haar (dVision) op kantoor in een gecontroleerde omgeving en een keer op 25 februari 2005 bij [eiseres] voor een algemene test. [eiseres] wilde bij die testen niet aanwezig zijn. dVision schreef hierover op 24 februari 2005 aan (de advocaat van) [eiseres]:

“(…) Zoals ook blijkt uit bijgevoegde fax welke wij naar [persoon 5] hebben verstuurd was de test van vandaag een cruciale stap in het proces om Navision definitief te implementeren en de onwil van [persoon 5] om hieraan mee te werken brengt het proces tot stilstand. De test op locatie bij [eiseres] morgen is daardoor niet meer aan de orde, evenals de test van aanstaande zondag.

Inhoudelijk over uw fax van zojuist: de gemelde restpunten zijn waar nodig/mogelijk door ons opgelost, dit hadden wij vandaag ook willen tonen aan [eiseres]. (…)

Ons in gebreke stellen, de overeenkomst ontbinden en schadevergoedingen: ons inziens valt [eiseres] op dit moment veel te verwijten. Wij hebben ons de afgelopen periode ruimschoots ingezet om de door [eiseres] als probleem ervaren punten op te lossen/aan te passen. Hebben duidelijke afspraken gemaakt met [eiseres] over de te nemen stappen en worden nu geconfronteerd met de onwil van [eiseres] om hieraan medewerking te verlenen.”.

m. De acceptatietest op 27 februari 2005 heeft vervolgens niet plaatsgevonden. Correspondentie hierover in maart 2005 heeft er niet toe geleid dat dit in maart 2005 alsnog gebeurde. Partijen bevonden zich in een patstelling. [eiseres] wilde oplevering van (werkende) software; dVision wilde dat [eiseres] haar facturen betaalde en schortte haar werkzaamheden op. [eiseres] heeft dVision op 29 maart 2005 in kort geding gedagvaard. De behandeling van het kort geding heeft op 18 april 2005 plaatsgevonden. Partijen hebben toen afspraken gemaakt die hadden moeten leiden tot de voortvarende oplevering en ingebruikname van de software en de betaling van diverse facturen. In dat kader is het kort geding pro forma aangehouden.

n. De bij het kort geding gemaakte afspraken zijn neergelegd in een drietal brieven/faxen van 25, 26 en 28 april 2005. In de kern komen deze afspraken op het volgende neer:

1. Partijen zullen op korte termijn een systeemtest uitvoeren bij [eiseres] op kantoor. Het doel van de test is het technisch testen van de software. Indien alle fouten zijn verholpen, dan zal [eiseres] een factuur van 21 december 2004 ad € 18.142,34 voldoen.
2. dVision zal een technische test uitvoeren van alle individuele opdrachten alsmede alle opdrachten tezamen waarvoor kerngebruikers zullen worden ingezet. Indien alle fouten zijn verholpen, betaalt [eiseres] de eerste helft van de factuur VF 0411251 ten bedrage van € 18.090,88.
3. Partijen maken een afspraak wanneer de acceptatietest zal plaatsvinden. Als er tijdens deze test fouten aan het licht komen, worden deze door dVision binnen een redelijke termijn hersteld. Zodra alle fouten door dVision zijn verholpen, betaalt [eiseres] de tweede helft van de factuur VF 0411251 ten

be-drage van € 18.090,88.

4. Er worden afspraken gemaakt over de ingebruikname van de software.

5. De hiervoor weergegeven procedure geldt in afwijking van hetgeen hierover in de algemene voorwaarden van dVision is bepaald.

6. Na definitieve ingebruikname van de software, zullen partijen in discussie gaan over alle facturen.

7. Fouten worden hersteld voor rekening van dVision. De implementatie van nieuwe wensen van Goes-ten (dat wil zeggen: wensen die op dat moment nog niet bekend waren bij dVision) geschiedt voor rekening van [eiseres].

8. Discussie over de vraag of iets een fout of een nieuwe wens is, dient de voortgang van de werkzaamheden niet in het gedrang te brengen.

o. De nakoming van deze afspraken heeft op enig moment weer tot discussie geleid. Per e-mail van 20 september 2005 berichtte (de advocaat van) dVision aan [eiseres] dat verwacht werd dat de openstaande punten - ijs en weder dienende - binnen een maand opgelost zouden zijn. (De advocaat van) [eiseres] heeft dVision bij brieven d.d. 6 oktober 2005 en 9 november 2005 gesommeerd tot nakoming van de gemaakte afspraken en tot oplevering van de software.

p. Op 18 november 2005 heeft [eiseres] [persoon 6] (hierna: "[persoon 6]") ingeschakeld om haar te adviseren. [persoon 6] heeft aan [eiseres] geadviseerd om een bemiddelingspoging te doen. Deze poging vond eind november 2005 plaats en dit leidde tot een aantal afspraken die bij fax d.d. 5 december 2005 van (de advocaat van) [eiseres] aan (de advocaat van) dVision zijn bevestigd:

"In bovengenoemde kwestie hebben wij op 30 december jl. [bedoeld is november, opm. Rb.] bij gelegenheid van de mediation onder leiding van [persoon 6] het volgende afgesproken:

1. In week 49, 50 of eventueel week 51 zullen partijen gezamenlijk alle openstaande punten d.d. 18 november 2005 (zoals deze zijn weergegeven bij bijlage 8 van de stukken die t.b.v. de mediation aan de heer [persoon 6] zijn gezonden) inventariseren en zal uw cliënte deze oplossen. Uw cliënte stelt hiertoe gedurende één van de hierboven genoemde weken een drietal medewerkers ter beschikking teneinde de openstaande punten met voortvarendheid te kunnen oplossen.

2. Cliënte zal deze openstaande puntenlijst aan uw cliënte sturen.

3. Na inventarisatie van de openstaande punten, stuurt uw cliënte de zogenaamde "procedure-beschrijvingen".

4. Voorzover deze openstaande punten fouten en/of gebreken betreffen, zal uw cliënte deze punten oplossen zonder hiervoor aan cliënte kosten in rekening te brengen.

5. Voorzover genoemde openstaande punten geen fouten en/of gebreken betreffen, zal uw cliënte deze punten eveneens oplossen (c.q. de onduidelijkheden verhelpen). De kosten die hiermee gemoeid zijn, zal cliënte vergoeden op basis van haar gebruikelijke consultancy-tarief. Uw cliënte zal voor haar werkzaamheden met betrekking tot de openstaande punten een urenadministratie bijhouden.

6. Partijen spreken gezamenlijk af wanneer de slot-acceptatietest wordt gedaan en wanneer de software definitief in gebruik genomen zal worden door cliënte. Het heeft de voorkeur van cliënte om, na de slot-acceptatietest op zondag, direct op maandag de software definitief in gebruik te nemen, indien dit verantwoord is. Uw cliënte zal cliënte kosteloos bij deze slot-acceptatietest assisteren.

7. Partijen streven ernaar om op 1 januari 2006 de software definitief in gebruik te nemen doch uw cliënte kan niet garanderen dat deze datum wordt gehaald.

8. Indien bij de definitieve ingebruikname van de software deze naar algemene inzichten werkt, zal cliënte van alle thans nog openstaande facturen (...) 40% betalen.

9. Nadat is gebleken dat de software werkt (dat betekent dat alle opdrachten zijn uitgevoerd én de software zonder problemen functioneert) én cliënte heeft betaald als bedoeld in punt 8, verlenen partijen elkaar over en weer finale kwijting. Onder de term "openstaande facturen" als bedoeld in punt 8 vallen niet de consultancy-werkzaamheden die uw cliënte in de afgelopen maanden heeft verricht. Deze zijn nog niet aan cliënte gefactureerd en uw cliënte zal de hiermee gepaard gaande kosten niet in rekening brengen. Na betaling van genoemde 40% verlenen partijen elkaar finale kwijting.

10. De factuur van de mediator zal door beide partijen, ieder voor de helft, worden betaald.

11. Partijen zijn zich ervan bewust dat bovenstaande afspraken enkele "open eindjes" bevatten, onder andere met betrekking tot de vraag of in de lijst van openstaande punten al dan niet sprake is van een fout en/of gebrek, en met betrekking tot de vraag of de software al dan niet werkt. Partijen hebben afgesproken dat zij onder leiding van de heer [persoon 6] zonodig aanvullende afspraken zullen maken voor wat betreft deze en eventuele andere punten. (...)."

q. (De advocaat van) dVision heeft per fax d.d. 8 december 2005 gereageerd op de weergave van de gemaakte afspraken:

"Bij deze de opmerkingen van cliënte op uw faxbrief van 5 december jl.:

Ad 1, 4 en 5:

Cliënte wenst voor haar inspanningen een consultancy fee in rekening te kunnen brengen, waarbij de meter dus begint te lopen op het moment dat cliënte volgende week met haar mensen het bedrijf van uw cliënte binnenstapt. Indien op enig moment mocht blijken dat te verrichten werkzaamheden betrekking hebben op het herstellen van een fout (in een eerder door cliënte uitgevoerde opdracht), zal voor deze werkzaamheden een creditering kunnen volgen.

Ad 3:

[persoon 7] heeft zich op dit punt vergist. Er zijn geen procedurebeschrijvingen aangemaakt, maar slechts wat interne 'aantekeningen' waar [eiseres] niet zoveel aan heeft.

Ad 6:

Uw cliënte moet geacht worden de acceptatietest in principe zelf uit te kunnen voeren. Mocht dat anders zijn en uw cliënte heeft ondersteuning van cliënte nodig, dan zal die ondersteuning in principe gewoon betaald moeten worden (behoudens de situatie dat de ondersteuning marginaal blijft).

(...)"

r. Ook deze afspraken hebben niet geleid tot een oplossing. Partijen zijn wederom in een patstelling terechtgekomen. [eiseres] wilde niet, althans niet volledig, betalen voordat oplevering plaatsvond en dVision schortte haar werkzaamheden op in afwachting van die betaling. Dit heeft geleid tot een voortgezette behandeling van het kort geding tussen partijen op 14 februari 2006.

s. Ter voorbereiding van het kort geding heeft [persoon 6] in opdracht van [eiseres] een deskundigenrapport (d.d. 10 februari 2006) opgesteld. Kort gezegd concludeert [persoon 6] in dit rapport dat dVision (inschattings)fouten heeft gemaakt en dat het systeem op dat moment in ieder geval niet bruikbaar was. Wel was het volgens dit rapport mogelijk om de problemen op te lossen.

t. Op 14 februari 2006 vond de mondelinge behandeling plaats van het aangehouden kort geding. Na een niet-succesvolle aanhouding voor nadere schikkingspogingen heeft de voorzieningenrechter op 24 maart 2006 vonnis gewezen (hierna: het kort geding vonnis). De voorzieningenrechter heeft in het kort geding vonnis, kort gezegd, dVision veroordeeld om:

1. binnen 3 weken de volledige software zodanig op te leveren dat [eiseres] de acceptatietest kan uitvoeren en om medewerking te verlenen aan de voorbereiding en uitvoering van de acceptatietest, tegen betaling door [eiseres] van de door dVision gemaakte uren;
2. binnen drie weken na uitvoering van de acceptatietest de tijdens die test geconstateerde gebreken te herstellen.

Aan de veroordelingen is een dwangsom verbonden van € 5.000,-- per dag dat dVision niet aan beide veroordelingen of één daarvan voldoet, zulks tot een maximum van € 100.000,--. In het kort geding vonnis is voorts bepaald dat de dwangsom vatbaar is voor matiging door de rechter, voor zover handhaving daarvan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, zulks mede in aanmerking genomen de mate waarin aan de veroordeling is voldaan, de ernst van de overtreding en de mate van verwijtbaarheid daarvan.

u. Het kort geding vonnis is op 29 maart 2006 aan dVision betekend.

v. Op 21 april 2006 en 28 april 2006 hebben applicatietesten plaatsgevonden, die dVision door een derde partij, [persoon 8], heeft laten uitvoeren. De eindconclusie van [persoon 8] ten aanzien van de test van 21 april 2006 was:

"dat tijdens de processen de gebruikers wel eens kort gelocked worden op 2 punten na, maar dat de processen verder wel netjes beëindigd worden en bij het opnieuw uitvoeren van de activiteit wel goed afgehandeld werden".

De eindconclusie van [persoon 8] ten aanzien van de test van 28 april 2006 was dat de foutmeldingen die op 21 april 2006 geconstateerd waren, waren opgelost.

w. Op 10 mei 2006 heeft een acceptatietest bij [eiseres] plaatsgevonden. Deze test is uitgevoerd door [eiseres] in aanwezigheid maar zonder hulp van dVision. [eiseres] heeft van de acceptatietest een verslag d.d. 11 mei 2006 opgesteld, welk verslag zij op 16 mei 2006 aan dVision heeft toegezonden. Dit verslag vermeldt onder meer:

"Tijdens de test zijn de volgende gebreken/storingen geconstateerd:

Inkoop handel

- Regelmatig waren gegevens niet toegankelijk doordat de opgevraagde tabel door andere gebruikers werd geblokkeerd (table locking). De tijd van deze blokkades varieerde van 2 tot 15 seconden.

Inkoop bestelartikelen

- Regelmatig waren gegevens niet toegankelijk doordat de opgevraagde tabel door andere gebruikers werd geblokkeerd (table locking). De tijd van deze blokkades varieerde van 2 tot 15 seconden.
- Op de fysieke inkooporder blijken artikelnummers en aantallen niet met elkaar te corresponderen.

Transportplanning

- Regelmatig waren gegevens niet toegankelijk doordat de opgevraagde tabel door andere gebruikers werd geblokkeerd (table locking). De tijd van deze blokkades varieerde van 2 tot 15 seconden.
- Bij het invoegen van meerdere wagens van externe transporteurs ontstaan regelmatig foutmeldingen. Hierna wordt het transportplanningsscherm abrupt afgesloten en is de ingevoerde data verloren.

Inkomende goederen

- Regelmatig waren gegevens niet toegankelijk doordat de opgevraagde tabel door andere gebruikers werd geblokkeerd (table locking). De tijd van deze blokkades varieerde van 2 tot 15 seconden.
- Bij het toewijzen van de opslaglocatie bij de goederenontvangst lijkt het alsof de waarde van de "opslaglocatievolgorde" een hogere prioriteit heeft dan de opslagruimte. Bij het testen bleek dat een ingekochte partij met vijf pallets werd toegewezen aan een één-palletplaats, terwijl er ook twee- en drie-palletplaatsen leeg waren. Bij het toewijzen van een partij met twee pallets waarvoor ook een lege plaats beschikbaar was voor dit exacte aantal, ging het wel goed.
- Bij het aanmaken van de opslag vanuit de geboekte ontvangst worden de opslag van goederen en fust (onterecht) gesplitst in aparte opslagen.
- Van de verkochte bestelartikelen is bij de goederenontvangst niet zichtbaar voor welke klanten deze zijn bestemd.
- Wanneer goederen zijn toegewezen aan een locatie en het opslagdocument is aangemaakt maar nog niet verwerkt, blijft gedurende die periode de locatie in de locatielijst op "leeg" staan. Bij het toewijzen van een andere ontvangst, moet deze locatie niet zichtbaar zijn omdat deze reeds is gereserveerd voor andere goederen.
- Een van de opslagen kon door onbekende reden niet worden geboekt. Er ontstond een foutmelding.

Verkoop

- Regelmatig waren gegevens niet toegankelijk doordat de opgevraagde tabel door andere gebruikers werd geblokkeerd (table locking). De tijd van deze blokkades varieerde van 2 tot 15 seconden.
- Het veld "Aantal orders" op de bellijst geeft niet het juiste aantal weer nadat de klant in een andere route is ingedeeld of wanneer de "Transportvorm" op "Afhalen" wordt gezet.
- Bij zoeken van artikelen tijdens de orderinvoer op een "foutieve tekst" duurt het lang voordat het zoekproces wordt beëindigd (zonder resultaat).

Verkooprijzen

- Om het moment dat een verkoopprijs wordt gewijzigd, wordt automatisch aan de gewijzigde prijs de huidige datum/tijd gekoppeld. Bij invoer van de verkooporder wordt gekeken naar de Orderdatum/tijd om de prijs te bepalen. Hierdoor kunnen geen artikelen meer worden ingevoerd op de reeds aanwezige orders. Er verschijnt een foutmelding.
- Wanneer in het verkoopprijzenscherm filters worden geplaatst, wordt het scherm traag.
- Niet alle artikelen worden automatisch toegevoegd in het verkoopprijzenscherm. Dit komt voor bij artikelen waarvoor in het verleden een prijs is toegekend. Van deze artikelen zijn ook niet alle klantprijsgroepen compleet.
- Wanneer in het verkoopprijzenscherm wordt gezocht op "snelzoeknaam", kost het te veel tijd voordat de resultaten van het zoeken worden getoond.
- Het is nu mogelijk per klantenprijsgroep te bepalen of per colli, kilo of stuks wordt verkocht. Wanneer deze waarde voor een willekeurige klantenprijsgroep wordt gewijzigd, wordt de prijs automatisch omgerekend. Echter wanneer een nieuwe waarde wordt ingevoerd voor de basisklantprijsgroep, wordt bij de automatische berekening van de gekoppelde klantprijsgroepen niet de juiste prijs berekend.
- Op het moment dat er een niet bestaand artikelnummer wordt ingevoerd, wordt het verkoopprijzenscherm abrupt afgesloten.
- Wanneer tijdens het zoeken in het verkooponderhoudsscherm na lang wachten de zoekfunctie (op snelzoeknaam) wordt geannuleerd, dan wordt het scherm abrupt afgesloten.

Uitgaande goederen

- Wanneer op de magazijnpick de functie "Aantal plaatsen toevoegen" wordt gebruikt om het aantal pallets in te voeren, wordt een extra blanco regel ingevoegd.
- Wanneer op de magazijnpick de functie "Aantal plaatsen toevoegen" wordt gebruikt om het aantal pallets in te voeren en een regel wordt verwijderd, dan verdwijnen pickregels.
- Op de pickbon wordt niet het juiste documentnummer vermeld waardoor het onmogelijk is snel een bon terug te zoeken in het systeem.
- Bij de registratie van de pickbon in het systeem bleek bij een aantal artikelen geen lotnummer bekend. Echter was van deze artikelen geen voorraad in het systeem zonder lotnummer.

Emballage

- Regelmatig waren gegevens niet toegankelijk doordat de opgevraagde tabel door andere gebruikers werd geblokkeerd (table locking). De tijd van deze blokkades varieerde van 2 tot 15 seconden."

x. De termijn voor herstel door dVision van de tijdens de acceptatietest geconstateerde gebreken verstreek volgens beide partijen op 7 juni 2006. [eiseres] heeft een projectmemo d.d. 12 juni 2006

opgesteld met daar-in een overzicht van de volgens haar openstaande punten. Als belangrijkste gebreken op dat moment worden genoemd het reserveren van bestelartikelen, problemen met het verkoopprijzenscherm, de vereenvoudiging van het oppakproces, het vastlopen ('locken') van het systeem, het automatisch toewijzen van de juiste opslaglocatie in het magazijn en de uitgifte van pickbonnen. dVision heeft vervolgens een overzicht opgesteld, gedateerd 19 juni 2006, met de volgens haar openstaande punten. Het betreft 19 punten. Daarbij staat bij een aantal punten vermeld "NEW" en bij een aantal "TEST".

y. dVision heeft [eiseres] gefactureerd voor werkzaamheden uitgevoerd na het kort geding vonnis. [eiseres] heeft deze voor een bedrag van € 55.593,50 onbetaald gelaten, waarna dVision op 19 juni 2006 haar werkzaamheden heeft opgeschort. Deze werkzaamheden zijn daarna niet meer hervat.

z. [eiseres] heeft de overeenkomst bij brief d.d. 21 november 2006 buitengerechtelijk ontbonden.

aa. [eiseres] heeft in het totaal aan dVision een bedrag van € 631.370,34 betaald.

2.8 De algemene voorwaarden van dVision bepalen - voor zover relevant - het navolgende:

"(...)

Artikel 7. Installatie en Implementatie van Programmatuur

(...)

7.10 Indien de vertraging te wijten is aan dVision zal deze zich maximaal inspannen teneinde de vertraging ongedaan te maken respectievelijk te voorkomen dat hierdoor de uiterste datum van Bedrijfsklare oplevering wordt overschreden, onder meer door eventueel extra capaciteit vrij te maken en/of extra medewerkers in te zetten. De extra kosten van dVision die zijn gemaakt om de vertraging te herstellen komen voor rekening van dVision.

7.11 Indien de vertraging is te wijten aan een handelen of nalaten van Klant, is dVision bereid - op verzoek van Klant en voorzover mogelijk - de vertraging ongedaan te maken respectievelijk te voorkomen dat de uiterste datum van Bedrijfsklare oplevering wordt overschreden. Klant dient de kosten van dVision die zijn gemaakt om de vertraging te herstellen en eventuele leegloop uren van medewerkers van dVision te vergoeden aan dVision. dVision stuurt Klant hiervoor een factuur.

7.12 dVision is voor termijnoverschrijding niet verder aansprakelijk dan is gesteld in de bepalingen van dit artikel.

(...)

Artikel 13. Prijzen en tarieven

(...)

13.5 Alle prijzen en tarieven voor Diensten en materialen (daaronder mede begrepen Apparatuur, accessoires, standaard Programmatuur en BrancheMaatwerk) zijn ramingen, tenzij partijen schriftelijk anders zijn overeengekomen. In alle gevallen worden de werkelijk bestede uren en materialen aan Klant in rekening gebracht op basis van nacalculatie. Indien de werkelijke bestede uren of materialen de raming substantieel overschrijden, is dVision gehouden op eerste verzoek van Klant de overschrijding gemotiveerd toe te lichten. (...). Overschrijding van ramingen geeft Klant niet het recht gegeven opdrachten aan dVision in te trekken, wel om in overleg met dVision gegeven opdrachten in gewijzigde vorm uit te laten voeren, waarbij reeds verrichte prestaties als minimum gelden.

(...)

13.7 Levering van Programmatuur en uitvoering van Diensten en onderhoud die niet bij de opdrachtverlening zijn voorzien c.q. overeengekomen, zullen gelden als meerwerk en zullen na voorafgaande instemming van de Klant door dVision worden uitgevoerd conform de alsdan geldende Prijslijst. De hier bedoelde instemming wordt geacht aanwezig te zijn indien het voor dVision redelijkerwijs niet mogelijk / gewenst is om hiernaar te vragen. Klant aanvaardt de invloed van meerwerk op doorlooptijd en kosten van de overige door dVision te verrichten werkzaamheden, over welke invloed dVision Klant zal informeren indien en voor zover dVision die voorziet.

Artikel 14. Facturering en Betaling

(...)

14.4 Klant dient de verschuldigde bedragen binnen 14 dagen na ontvangst van de betreffende factuur te voldoen, bij gebreke waarvan Klant zonder dat enige ingebrekestelling is vereist, de wettelijke rente vermeerderd met de toepasselijke toeslagen over het openstaande bedrag verschuldigd is.

(...)

14.6 Indien Klant na ingebrekestelling nalatig blijft het verschuldigde bedrag te voldoen, kan dVision de vordering uit handen geven, in welk geval Klant naast de verschuldigde wettelijke rente bovendien gehouden zal zijn tot volledige vergoeding van de (buitengerechtigde) gerechtelijke kosten, waarvan de hoogte wordt bepaald op minimaal 15% van het totaal verschuldigde bedrag.

Artikel 16. Licenties en intellectueel eigendom

(...)

16.4 Het is Klant niet toegestaan de Programmatuur aan derden in gebruik te geven dan wel ter inzage te geven, tenzij dVision hiervoor uitdrukkelijk toestemming heeft gegeven.

16.5 Klant is niet gerechtigd functionele wijzigingen aan te brengen in de Programmatuur, tenzij dVision hiervoor uitdrukkelijk toe-stemming heeft gegeven.

(...)

Artikel 19. Looptijd en beëindiging

(...)

19.6 Buiten hetgeen elders in de Overeenkomst is bepaald is:

- ieder der partijen gerechtigd zonder dat enige aanmaning of ingebrekestelling zal zijn vereist buiten rechte de Overeenkomst door middel van een aangetekend schrijven of via een gerechtelijke procedure geheel of gedeeltelijk te ontbinden indien de wederpartij in de nakoming van zijn verplichting tekortschiet en daarin ook na ingebrekestelling, waarbij aan de nalatige partij een redelijke termijn wordt gesteld om alsnog aan zijn verplichtingen te voldoen, volhardt;

(...)

19.8 Bij ontbinding worden vergoedingen voor prestaties, Diensten en onderhoud die reeds door dVision zijn verricht direct opeisbaar.

19.9 Klant zal de Programmatuur bij ontbinding op verzoek van dVision onverwijld retourneren c.q. vernietigen.

(...)

Artikel 20 Aansprakelijkheid

20.1 De aansprakelijkheid voor een tekortkoming in de nakoming van een verplichting uit hoofde van de Overeenkomst is beperkt tot directe schade en per gebeurtenis of reeks van samenhangende gebeurtenissen beperkt tot maximaal het bedrag van de voor de specifieke opdracht bedongen prijs (excl. BTW). Voor wat betreft het onderhoud wordt de bedongen prijs gesteld op het totaal van de vergoedingen (excl. BTW) bedongen voor één jaar. In geen geval zal de totale vergoeding voor directe schade echter meer bedragen dan 500.000 euro.

20.2 Onder directe schade wordt uitsluitend verstaan:

- de redelijke kosten die Klant zou moeten maken om de prestatie van dVision aan de overeenkomst te laten beantwoorden. Deze schade wordt echter niet vergoed indien Klant de overeenkomst heeft ontbonden;
- de kosten die Klant heeft gemaakt voor het noodgedwongen langer operationeel houden van zijn oude systeem of systemen en daarmee samenhangende voorzieningen doordat dVision op een voor hem bindende leverdatum niet heeft geleverd, verminderd met eventuele besparingen die het gevolg zijn van de vertraagde levering;
- redelijke kosten, gemaakt ter vaststelling van de oorzaak en de omvang van de schade, voor zover de vaststelling betrekking heeft op directe schade in de zin van deze Leveringsvoorwaarden;
- redelijke kosten, gemaakt ter voorkoming of beperking van schade voor zover Klant aantoont dat deze kosten hebben geleid tot beperking van directe schade in de zin van deze Leveringsvoorwaarden.

20.3 De aansprakelijkheid van dVision voor indirecte schade, daaronder begrepen gevolgschade, geleden verlies, verlies van goodwill en gedeelde winst is te allen tijde uitgesloten. (...)

3 Het geschil in conventie

3.1 [eiseres] vordert - na eiswijziging en verkort weergegeven - om voor zover mogelijk bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad:

a. voor recht te verklaren dat de tussen partijen gesloten overeenkomst wegens toerekenbare tekortkomingen aan de zijde van dVision is ontbonden door middel van de brief van [eiseres] aan dVision d.d. 21 november 2006;

b. dVision te veroordelen aan [eiseres] uit hoofde van ongedaanmakingsverplichtingen € 631.370,34 te beta-len, te vermeerderen met wettelijke rente;

c. dVision te veroordelen aan [eiseres] schadevergoeding te betalen voor de door [eiseres] geleden en nader bij staat op te maken schade, vermeerderd met wettelijke rente;

d. te verklaren voor recht dat dVision een bedrag van € 100.000,-- aan dwangsommen heeft verbeurd op basis van het kort geding vonnis;

e. dVision te veroordelen tot het staken en gestaakt houden van bepaalde, bij dagvaarding nader omschreven, mededelingen;

f. dVision te veroordelen in de proceskosten.

3.2 Tegen de achtergrond van de vaststaande feiten heeft [eiseres] aan haar vorderingen -zeer kort gezegd - ten grondslag gelegd dat dVision er in vier jaar tijd niet in is geslaagd om een functionerend softwarepakket op te leveren, waarbij zij haar begroting vele malen heeft overschreden. Uiteindelijk was [eiseres] genoodzaakt de overeenkomst buitengerechtelijk te ontbinden en de software alsnog te laten opleveren door een derde.

3.3 Het verweer van dVision strekt tot afwijzing van de vordering van [eiseres], met veroordeling bij vonnis uit-voerbaar bij voorraad van [eiseres] in de kosten van het geding. Zij voert daartoe - zakelijk weergegeven - het volgende aan:

a. dVision betwist dat zij tekortgeschoten is in de nakoming van haar verplichtingen: zij heeft steeds gehandeld als een redelijk handelend en bekwaam automatiseerder. dVision is bovendien niet in verzuim, nu zij niet alleen niet tekortgeschoten is, maar [eiseres] bovendien in schuldeisersverzuim was. Nu de verstand-houding tussen partijen onherstelbaar beschadigd is, legt dVision zich echter neer bij de buitengerechtelijke ontbinding.

b. Als gevolg van de ontbinding zijn partijen over en weer gehouden tot ongedaanmaking van de verrichte prestaties. De aard van de prestatie van dVision sluit echter uit dat deze ongedaan gemaakt kan worden, zodat in plaats daarvan [eiseres] gehouden is aan dVision de waarde te vergoeden die in het economische verkeer aan de prestatie van dVision kan worden toegekend. dVision beroept zich ter zake op verrekening. Doordat de verbintenissen tot ongedaanmaking over en weer tegen elkaar wegvallen, resteert er geen be-drag dat door dVision of [eiseres] zou moeten worden terugbetaald.

c. dVision betwist dat [eiseres] schade heeft geleden die voor vergoeding in aanmerking komt. [eiseres] heeft eventuele schade geheel aan zichzelf te wijten. [eiseres] specificeert de schade (ten onrechte) niet en voor verwijzing naar de schadestaatprocedure is geen grondslag, nu de schade ook thans al vastgesteld kan worden. Op grond van de exonoratiebedingen uit de algemene voorwaarden van dVision is de aansprakelijkheid van dVision bovendien beperkt.

d. dVision heeft voldaan aan het kort geding vonnis en is daarom geen dwangsommen verschuldigd. Voor zover zij niet aan het kort geding vonnis heeft voldaan, was dat met instemming van [eiseres]. Bovendien heeft [eiseres] zelf niet aan het kort geding vonnis voldaan door facturen onbetaald te laten.

e. dVision maakt bezwaar tegen een uitvoerbaar bij voorraad verklaring van een eventuele toewijzing van een of meerdere vorderingen van [eiseres] omdat dit zou leiden tot het faillissement van dVision.

4 Het geschil in reconventie

4.1 dVision vordert - verkort weergegeven - om voor zover mogelijk bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad:

a. dVision op grond van artikel 6:60 BW te bevrijden van haar verplichtingen jegens [eiseres];

b. [eiseres] te veroordelen om binnen twee dagen na betekening van het in deze procedure te wijzen vonnis de in haar bezit zijnde software aan dVision te retourneren op straffe van een dwangsom;

c. [eiseres] te verbieden de in haar bezit zijnde software aan derden in gebruik dan wel ter inzage te geven en in die programmatuur wijzigingen aan te (laten) brengen, op straffe van een dwangsom;

d. [eiseres] te veroordelen om binnen twee dagen na betekening van het in deze procedure te wijzen vonnis de door haar ingeschakelde derde schriftelijk op de ontoelaatbaarheid van zijn/haar handelen te wijzen en hem/haar te sommeren met onmiddellijke ingang zijn/haar werkzaamheden met/aan de software te beëindigen, op straffe van een dwangsom;

e. [eiseres] te veroordelen tot betaling aan dVision van € 356.041,--, te vermeerderen met de wettelijke handelsrente daarover;

f. [eiseres] te veroordelen tot betaling aan dVision van € 80.000,--, te vermeerderen met de wettelijke rente daarover;

g. [eiseres] te veroordelen in de proceskosten.

4.2 Tegen de achtergrond van de vaststaande feiten heeft dVision aan haar vorderingen - verkort weergegeven - de volgende stellingen ten grondslag gelegd:

a. dVision heeft haar werk zonder tekortkoming verricht en heeft recht op volledige betaling voor alle door haar verrichte werkzaamheden, vermeerderd met wettelijke rente en de overeengekomen buitengerechtelijke kosten (15%). Subsidiar stelt dVision dat op grond van de algemene voorwaarden alle openstaande facturen opeisbaar zijn geworden door de ontbinding.

b. Op grond van de algemene voorwaarden van dVision is [eiseres] gehouden om de software terug te geven en derden hiertoe geen toegang te geven.

c. Door toedoen van [eiseres] heeft dVision aanzienlijke schade geleden. Door het onbetaald blijven van de facturen was een faillissement ternauwernood afwendbaar. Dat heeft een negatieve weerslag op de marktpositie van dVision gehad. Door de problemen met [eiseres] zijn medewerkers van dVision vertrokken en is de reputatie van dVision beschadigd. Een aantal klanten is vertrokken omdat dVision veel tijd en energie moest steken in [eiseres]. dVision begroot deze schade op € 80.000,--.

4.3 Het verweer van [eiseres] strekt tot afwijzing van de vorderingen van dVision, met veroordeling van dVision in de kosten van het geding. Op het verweer wordt, voor zover nodig, bij de beoordeling ingegaan.

5 De beoordeling

in conventie en in reconventie

A. Inleiding

5.1 De kern van het geschil is dat de kosten en doorlooptijd van het project de begrote kosten en tijd in aanzienlijke mate hebben overschreden, terwijl het project uiteindelijk volgens [eiseres] geen werkend product heeft opgeleverd. Was het uitgangspunt een begroting van circa € 200.000,-- (exclusief hardware) en een opleverdatum in juli 2004, uiteindelijk heeft dVision voor meer dan € 630.000,-- gefactureerd en werd gesproken over oplevering in 2006. Beide partijen verwijten dit aan de ander. [eiseres] stelt dat dVision de omvang van het project heeft onderschat: dVision heeft van diverse van de door [eiseres] gewenste functionaliteiten aangegeven dat dit standaard functies van Navision waren, terwijl later bleek dat er voor deze functies maatwerk moest worden ontwikkeld. Bovendien was de (al aangepaste) standaardsoftware op essentiële punten volstrekt onvoldoende om te kunnen functioneren nu dVision essentiële functionaliteiten over het hoofd gezien had waardoor er meer werkzaamheden nodig waren dan voorzien. Voorts was de kwaliteit van het werk van dVision slecht, aldus [eiseres]. dVision betoogt dat [eiseres] veel aanvullende opdrachten gaf voor meerwerk en dat [eiseres] onrealistische verwachtingen had van de software. [eiseres] leverde voorts niet de benodigde medewerking, in het bijzonder bij het testen van de software. Bovendien verwijt dVision [eiseres] dat deze regelmatig facturen onbetaald liet, wat leidde tot vertragingen.

5.2 Vooropgesteld wordt dat de beoordeling door de rechtbank wordt gehinderd door het feit dat het haar uit de stukken niet duidelijk wordt welke functionaliteiten volgens [eiseres] ten onrechte door dVision als standaard werden gezien c.q. welke essentiële functionaliteiten dVision heeft gemist. Op dezelfde wijze is het de rechtbank evenmin duidelijk welke aanvullende opdrachten van [eiseres] volgens dVision als meerwerk moeten worden gezien.

B. Ontbinding en ongedaanmakingsverplichtingen

5.3 [eiseres] heeft bij brief d.d. 21 november 2006 de overeenkomst ontbonden. dVision heeft zich bij die ontbinding neergelegd. Het gevolg hiervan is dat op beide partijen een ongedaanmakingsverplichting rust (artikel 6:271 BW): de reeds verrichte prestaties dienen over en weer ongedaan gemaakt te worden. Ten aanzien van de prestatie van dVision geldt, naar overigens niet in geschil is, dat deze naar haar aard niet ongedaan gemaakt kan worden. Op grond van artikel 6:272 lid 1 BW komt voor deze ongedaanmakingsverplichting daarom een verbintenis tot waardevergoeding in de plaats. Uitgangspunt is dat deze vergoeding gelijk is aan de waarde van de prestatie in het economische verkeer. Echter, in het geval de prestatie niet voldoet aan de overeenkomst, hoeft slechts vergoed te worden de waarde die de gebrekkige prestatie voor de ontvanger heeft (artikel 6:272 lid 2 BW).

5.4 Kort en goed betekent dit dat er afgerekend moet worden: [eiseres] heeft recht op terugbetaling van de door haar betaalde bedragen ter grootte van € 631.370,34, maar daarop dient de waarde van de prestatie van dVision in mindering te worden gebracht, waarbij de waarde van die prestatie afhangt van de vraag of dVision aan haar verplichtingen heeft voldaan. Vastgesteld moet daarom allereerst worden of de prestatie van dVision aan de overeenkomst voldoet. De rechtbank heeft op dit punt behoefte aan voorlichting door een deskundige. Op de vraagstelling aan de deskundige wordt hierna in § G nader ingegaan.

5.5 Indien de prestatie van dVision niet aan de overeenkomst voldoet, is de vervolgvraag welke waarde de gebrekkige prestatie van dVision voor [eiseres] heeft. Daarbij dient onder meer rekening gehouden te worden met de stelling van [eiseres] dat het project thans door een derde wordt afgerond. Ook op dit punt heeft de rechtbank behoefte aan voorlichting door een deskundige. Op de vraagstelling aan de deskundige wordt hierna in § G nader ingegaan. Volledigheidshalve wordt overwogen dat, anders dan [eiseres] betoogt, op dit punt een verwijzing naar de schadestaatprocedure niet mogelijk is. Immers, het gaat niet om vaststelling van schade, maar om vaststelling van de waarde van de prestatie van dVision in het kader van de wederzijdse ongedaanmaking na een ontbinding. Er zal dus een inschatting gemaakt moeten worden van deze waarde.

5.6 Indien de prestatie van dVision wel aan de overeenkomst voldoet, dan dient deze prestatie gewaardeerd te worden op de waarde in het economische verkeer. In de regel zal dit gelijk zijn aan de gefactureerde bedragen. [eiseres] heeft zich tot dusver niet, althans niet concreet onderbouwd, uitgelaten over de waardering van de prestatie van dVision in de situatie waarin geen tekortkoming van dVision komt vast te staan.

5.7 Volledigheidshalve wordt het volgende overwogen. Tussen partijen is in geschil of [eiseres] gerechtigd was tot ontbinding. dVision stelt in dit verband dat [eiseres] in schuldeisersverzuim was doordat zij niet meewerkte en doordat zij de facturen van dVision onbetaald liet. Nu dVision zich bij de ontbinding heeft neergelegd, staan deze geschilpunten aan de ontbinding als zodanig niet in de weg. Wel kunnen deze geschilpunten een rol spelen bij de afwikkeling van de gevolgen van de ontbinding. Immers, als dVision haar werk niet naar behoren heeft kunnen uitvoeren doordat [eiseres] de benodigde medewerking niet verleende, dan behoort dit niet te leiden tot een uitkomst waarin [eiseres] een volledige terugbetaling ontvangt en dVision met de schade (de gemaakte kosten) blijft zitten. In de hierna in § G te bespreken vraagstelling aan de deskundige zal dit meegenomen worden.

5.8 Alle overige beslissingen over de ontbinding en de daaruit volgende afrekening worden aangehouden.

C. Tekortkoming: schadevergoeding?

5.9 [eiseres] vordert schadevergoeding, nader op te maken bij staat. De schade waar het [eiseres] om gaat, bestaat volgens haar uit de kosten van het inschakelen van een derde die het project thans afmaakt (begroot op € 150.000,--) en schade doordat de software meer dan drie jaar te laat wordt opgeleverd (begroot op € 2.000.000,--).

5.10 Vooropgesteld wordt dat verwijzing naar de schadestaatprocedure alleen mogelijk is, indien aannemelijk is dat er schade is, maar begroting van de schade in de huidige procedure voor de rechtbank niet mogelijk is. [eiseres] stelt dat deze situatie zich voordoet doordat de door haar ingeschakelde derde nog niet klaar is met het afronden van het project; dVision betwist dit. Wat daar ook van zij, op dit moment kan de rechtbank de schade niet begroten bij gebrek aan voldoende gegevens van de zijde van [eiseres]. Bij de huidige stand van het proces-suele debat is de rechtbank vooralsnog voornemens om, als een tekortkoming van dVision komt vast te staan en aannemelijk is dat [eiseres] hierdoor schade heeft geleden, de schade niet in deze procedure te begroten maar hiervoor naar de schadestaat te verwijzen.

5.11 Thans wordt als volgt geoordeeld. Als vast komt te staan dat dVision toerekenbaar tekortgeschoten is in de nakoming van haar verplichtingen, dan is het uitgangspunt dat zij binnen de grenzen van artikel 6:74 BW aansprakelijk is voor de schade die [eiseres] hierdoor lijdt. Hierbij is onder meer in geschil of dVision in verzuim was, of [eiseres] in schuldeisersverzuim was en of dVision een beroep kan doen op de verschillende exoneratie-bedingen uit haar algemene voorwaarden.

5.12 Ten aanzien van de discussie over het (schuldeisers)verzuim heeft de rechtbank op verschillende punten behoefte aan voorlichting door een deskundige. Op de vraagstelling wordt hierna in § G nader ingegaan.

5.13 Over het beroep op het exoneratiebeding wordt als volgt overwogen. Volgens vaste jurisprudentie dient een exoneratiebeding buiten toepassing te blijven voor zover die toepassing in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, wat in het algemeen het geval zal zijn als de schade is te wijten aan opzet of bewuste roekeloosheid van de schuldenaar of van met de leiding van zijn bedrijf belaste personen. Bij de beoordeling of er sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid moet de rechter rekening houden met alle omstandigheden waarop de partij die het beding buiten toepassing gelaten wil zien, zich heeft beroepen.

5.14 [eiseres] beroept zich - zakelijk weergegeven - in dit verband op de navolgende omstandigheden:

- a. de ernst van de tekortkoming, waaronder de ernstige mate waarin dVision essentiële functionaliteiten over het hoofd heeft gezien en bepaalde functionaliteiten ten onrechte als standaard heeft aangemerkt, de ernstige mate van termijnoverschrijding (juli 2004 gepland, juli 2006 nog niet af) en de grote budgetoverschrijding, de slechte kwaliteit van het programmeerwerk, waardoor er in juli 2006 nog veel punten openstonden en de software niet bruikbaar was en in het bijzonder het onderschatten van de impact van het aantal te verwerken transacties per week;
- b. dVision heeft herhaaldelijk het werk neergelegd gedurende langere periodes, waardoor evident voorzienbaar was dat er vertraging zou ontstaan terwijl [eiseres] een groot belang had bij tijdige implementatie doordat haar oude systeem zeer gebrekkig was en essentieel was voor haar bedrijfsvoering;
- c. dVision schakelde onervaren werknemers in zonder voldoende begeleiding;
- d. dVision presenteerde zich als een ter zake deskundige partij, van wie beter verwacht mocht worden;
- e. dVision heeft een eerder project bij een andere afnemer ook volledig uit de hand laten lopen;
- f. dVision is verzekerd voor beroepsaansprakelijkheid.

5.15 dVision bestrijdt deze omstandigheden. Kort gezegd betoogt zij dat zij het werk niet heeft onderschat en goed heeft uitgevoerd, dat [eiseres] te hoge en onrealistische verwachtingen had en steeds met nieuwe eisen kwam en dat het stilleggen van het werk het gevolg was van het feit dat [eiseres] niet betaalde.

5.16 De rechtbank heeft in verband met het debat over de exoneratie van dVision op verschillende punten behoefte aan voorlichting door een deskundige. Op de vraagstelling wordt hierna in § G nader ingegaan.

D. Dwangsommen uit hoofde van het kort geding vonnis

5.17 In het kort geding vonnis is dVision op straffe van een dwangsom - kort weergegeven - geboden om (1) de software binnen drie weken na betekening van het vonnis op te leveren ten behoeve van een acceptatietest en (2) fouten die bij de acceptatietest zouden worden vastgesteld binnen drie weken te verhelpen.

5.18 [eiseres] stelt dat dVision niet heeft voldaan aan het kort geding vonnis. Het vonnis is op 29 maart 2006 aan dVision betekend, zodat dVision de software uiterlijk op 19 april 2006 diende op te leveren. Hoewel de volledige software niet was opgeleverd, heeft de acceptatietest op 10 mei 2006 plaatsgevonden. [eiseres] stelt dat alleen al vanwege de te late oplevering dVision boetes verschuldigd is tot het maximum van € 100.000,--. Daarnaast stelt [eiseres] dat dVision niet heeft voldaan aan de verplichting tot herstel van de gebreken. Het rapport van de acceptatietest is op 16 mei 2006 door dVision ontvangen en [eiseres] betoogt dat de vastgestelde gebreken op 7 juni 2006 hersteld hadden moeten zijn. Dit is echter niet gebeurd: op 12 juni 2006 stonden er nog een groot aantal gebreken open (vergelijk het onder 2.7x bedoelde rapport). Ook hiermee heeft dVision volgens [eiseres] het maximum van € 100.000,-- aan boetes verbeurd.

5.19 dVision betwist dat zij boetes verschuldigd is. Zij stelt dat de termijn voor oplevering met instemming van [eiseres] is verlengd en dat de acceptatietest binnen de verlengde termijn, te weten op 10 mei 2006, heeft plaatsgevonden. De geconstateerde fouten (en een aantal nieuwe wensen van [eiseres]) zijn vervolgens binnen drie weken na ontvangst van het rapport van de acceptatietest verholpen. dVision bestrijdt de juistheid van het - door [eiseres] eenzijdig opgestelde - rapport van 12

juni 2006, onder verwijzing naar haar eigen overzicht van 19 juni 2006 (zie onder 2.7x) en het onderzoek van [persoon 8] (zie onder 2.7v). Bovendien verwijt zij [eiseres] dat deze niet heeft voldaan aan haar betalingsverplichtingen ten aanzien van de werkzaamheden naar aanleiding van het kort geding vonnis.

5.20 [eiseres] erkent dat er uitstel is verleend voor de acceptatietest, maar stelt dat dit noodgedwongen was en dat dit er niet aan in de weg staat dat er dwangsommen verbeurd zijn voor oplevering van de software na de door de voorzieningenrechter gestelde termijn. De rechtbank deelt deze opvatting niet. Inherent aan het instemmen met uitstel van een termijn waaraan een dwangsom is verbonden, is dat er geen dwangsommen worden verbeurd gedurende de uitgestelde termijn. Voor zover [eiseres] beoogd heeft te stellen dat zij alleen heeft ingestemd met uitstel voor de acceptatietest, maar niet met uitstel voor de oplevering, slaagt dit niet. Een dergelijke opsplitsing is weliswaar naar de letter van het kort geding vonnis mogelijk - de eerste termijn van drie weken ziet op de oplevering, niet op de acceptatietest - maar deze uitleg is in strijd met de strekking van dat vonnis. Immers, de bedoeling van de eerste termijn van drie weken was om een acceptatietest binnen afzienbare tijd mogelijk te maken. De vordering van [eiseres] zal op dit punt dan ook worden afgewezen.

5.21 Ten aanzien van de vraag of alle vastgestelde fouten en gebreken uiterlijk op 7 juni 2006 zijn verholpen, wordt als volgt overwogen. Anders dan [eiseres] lijkt te betogen, gaat het er bij de tweede termijn van drie weken van het kort geding vonnis om dat alle bij de acceptatietest vastgestelde fouten worden verholpen. Fouten die eerst na de acceptatietest worden vastgesteld, kunnen dus wel een tekortkoming van dVision opleveren, maar zijn geen grond voor dwangsommen onder het kort geding vonnis. Uit de overzichten van [eiseres] en dVision, hiervoor genoemd onder 2.7x, blijkt dat er na 7 juni 2006 nog punten openstonden. dVision stelt echter dat de openstaande punten uit deze overzichten geen fouten of gebreken betreffen die zijn vastgesteld tijdens de acceptatietest: de punten die open stonden zijn - zo begrijpt de rechtbank dVision - nieuwe punten en/of aanvullende wensen van [eiseres]. Om vast te stellen of dVision tijdig alle tijdens de acceptatietest vastgestelde fouten heeft opgelost, wat de status was van eventuele resterende fouten (stonden die het gebruik in de weg) en of [eiseres] een verwijt te maken valt van de tijd die nodig was voor het herstel door er op te staan dat er nieuwe wensen werden meegenomen, heeft de rechtbank behoefte aan voorlichting door een deskundige. Op de vraagstelling wordt hierna in § G nader ingegaan.

5.22 De overige beslissingen ten aanzien van de dwangsommen, in het bijzonder of er aanleiding is voor matiging en het verweer van dVision dat [eiseres] niet voldeed aan haar betalingsverplichtingen terzake van de werkzaamheden die onder het kort gedingvonnis vielen, worden aangehouden.

E. Misleidende mededelingen en het verspreiden van bedrijfsgevoelige informatie

5.23 [eiseres] stelt dat dVision op haar website ten onrechte het project bij [eiseres] presenteert als geslaagd. [eiseres] betoogt dat dit misleidende informatie in de zin van artikel 6:194 BW vormt. Ook zou er op www.logistiek.nl een artikel staan waarin dVision verwijst naar [eiseres] als referentie. Daarnaast worden er op de website van dVision gegevens weergegeven die betrekking hebben op vrachtwagens van [eiseres] en bijbehorende routes, gegevens van klanten van [eiseres] en andere bedrijfsgevoelige informatie van [eiseres]. [eiseres] vordert kort gezegd een verbod op het doen van dergelijke uitingen.

5.24 dVision betoogt dat de mededelingen op haar website slechts zien op een mogelijke oplossing en geen promotie voor Navision bevatten. Daarnaast betwist dVision dat er op haar website tot een klant te herleiden informatie te vinden is en concludeert zij dat de vordering van [eiseres] op dit punt daarom afgewezen moet worden. dVision heeft niet gereageerd op de verwijzing door [eiseres] naar een artikel op www.logistiek.nl, maar hoefde dat ook niet omdat deze verwijzing eerst bij conclusie van dupliek in reconventie is gedaan.

5.25 Hierover wordt als volgt geoordeeld. Uit de in het geding gebrachte stukken blijkt niet meer (of minder) dan dat er op de website van dVision screenshots te vinden zijn die - kennelijk - afkomstig zijn uit het project bij [eiseres]. Daarin worden - naar [eiseres] onbetwist stelt - gegevens van klanten en routes van [eiseres] vermeld. Er wordt - voor zover de rechtbank op basis van de producties kan vaststellen - op de website van dVision niet met zoveel woorden ingegaan op het project bij [eiseres], zodat er onvoldoende basis is voor toewijzing van de vordering gebaseerd op misleidende reclame. Ook de stelling dat er op de website van www.logistiek.nl een artikel te vinden zou zijn waarin dVision [eiseres] als referentie vermeldt, is onvoldoende grond voor toewijzing van een dergelijk verbod, alleen al omdat [eiseres] nalaat aan te geven wat er in dat artikel precies zou staan en waarom dat onzorgvuldig jegens haar zou zijn.

5.26 Wel is de rechtbank van oordeel dat het publiceren van namen van klanten en gereden routes onrechtmatig is jegens [eiseres] omdat deze informatie redelijkerwijs als vertrouwelijk moet worden beschouwd. Het verweer van dVision dat de gegevens niet zijn te herleiden tot [eiseres] - wat er ook zij van de juridische relevantie daar-van - wordt als onvoldoende onderbouwd gepasseerd. In de screenshots zijn kentekennummers van vrachtwagens van [eiseres] opgenomen, zodat zonder nadere onderbouwing niet valt in te zien dat deze informatie niet tot [eiseres] kan worden herleid.

F. Vorderingen in reconventie

F.1 Vordering tot bevrijding van de verbintenissen van dVision

5.27 dVision vordert dat zij op grond van artikel 6:60 BW zal worden ontheven van haar verplichtingen. dVision specificeert niet op welke verplichtingen haar vordering zich richt. Voor zover het dVision er om gaat dat zij wil worden ontheven van haar verplichting tot oplevering van de software, geldt dat zij hierbij geen belang heeft. Zij is immers van deze verplichting reeds ontheven als gevolg van de ontbinding van de overeenkomst. Voor zover dVision met haar vordering beoogt om een eventuele in conventie vast te stellen betalingsverplichting teniet te laten gaan wegens schuldeisersverzuim, slaagt deze vordering evenmin. Immers, de vraag of er sprake is van schuldeisersverzuim zal bij de beoordeling in conventie worden meegewogen. Als de uitkomst van de beoordeling in conventie is dat dVision gehouden is tot restitutie danwel tot schadevergoeding, dan is er geen ruimte om de daaruit volgende veroordeling in reconventie ongedaan te maken op grond van schuldeisersverzuim.

F.2 Vordering tot retournering van de software; geen toegang voor derden tot de software

5.28 dVision vordert voorts in reconventie, kort gezegd, dat [eiseres] wordt veroordeeld om de software terug te geven en om werkzaamheden van de door [eiseres] ingeschakelde derde - die de software implementatie moet voltooien - te laten beëindigen (zie hiervoor onder 4.1b-d). De beslissing hierover wordt aangehouden. Hierbij wordt de kanttekening geplaatst dat toewijzing van deze vorderingen niet, althans niet zonder meer, voor de hand ligt in het geval vast komt te staan dat dVision haar verplichtingen tegenover [eiseres] niet is nagekomen. In dat geval geldt immers dat dVision met deze vorderingen - indien toegewezen - de schade voor [eiseres] verhoogt.

F.3 Vordering tot betaling van alle gefactureerde bedragen

5.29 dVision vordert in reconventie betaling van € 356.041,46. Zij stelt primair dat zij niet tekortgeschoten is, zodat zij gerechtigd is tot betaling van alle verrichte werkzaamheden. Subsidiair beroept dVision zich op artikel 19.8 van haar algemene voorwaarden, dat bepaalt dat door een ontbinding alle vergoedingen voor reeds verrichte prestaties direct opeisbaar worden.

5.30 Het gevorderde bedrag is als volgt opgebouwd:

openstaande facturen per 19-06-06 € 177.449,49
rente daarover vanaf 1-12-06 € 9.332,97
onderhoud 2006 € 14.886,00
nog niet gefactureerd t/m 11-05 € 107.933,00
€ 309.601,46
buitengerechtigde incassokosten 15% € 46.440,00
totaal € 356.041,46

5.31 [eiseres] betwist deze vordering. Zij beroept zich allereerst op een opschortingsrecht, omdat dVision nog steeds niet aan haar verplichtingen heeft voldaan. Voorts betwist zij de gefactureerde bedragen van € 177.449,49 en € 107.933,--; zij stelt dat deze bedragen grotendeels zien op het herstel van fouten en gebreken in de software. Voor het geval [eiseres] wel enig bedrag verschuldigd zou zijn, beroept zij zich op verrekening met haar vordering op dVision.

5.32 Ten aanzien van de vraag of de facturen van € 177.449,49 en € 107.933,-- betrekking hebben op het herstel van fouten en gebreken in de software, geldt dat de rechtbank hierover door de te benoemen deskundige voorgelicht wil worden. Op de vraagstelling wordt hierna in § G nader ingegaan.

5.33 Alle overige beslissingen worden aangehouden.

F.4 Reputatieschade

5.34 dVision vordert € 80.000,-- als schadevergoeding. dVision stelt allereerst dat door het onbetaald laten door [eiseres] van de facturen van dVision een faillissement nauwelijks kon worden voorkomen, waardoor de markt-positie van dVision is geschaad. Voorts stelt dVision dat zij door de hele affaire met [eiseres] reputatieschade heeft geleden: medewerkers zijn vertrokken en klanten waren boos omdat dVision zoveel tijd in [eiseres] moest steken (en niet in de werkzaamheden voor die andere klanten). Dit heeft [eiseres] betwist.

5.35 Deze vordering zal worden afgewezen. Wat betreft schade als gevolg van te late betaling van de overeen-gekomen vergoedingen geldt dat deze op grond van artikel 6:119a BW is gefixeerd op de wettelijke handelsren-te. Voor de overige posten geldt dat dVision onvoldoende concrete feiten en omstandigheden heeft gesteld die kunnen leiden tot de slotsom dat dVision inderdaad schade heeft geleden voor een bedrag van € 80.000,--. Aan bewijsvoering hierover wordt daarom niet toegekomen.

G. Benoeming deskundige en het verdere procesverloop

5.36 De rechtbank is voornemens om de volgende vragen aan de te benoemen deskundige voor te leggen:

a. Voldoen de werkzaamheden van dVision aan de eisen die kunnen worden gesteld aan het werk van een re-delijk handelend en redelijk bekwame automatiseringsdeskundige die zich toelegt op de implementatie van Navision, gelet op de inhoud van de aan dVision gegeven opdracht(en) en de door partijen in de loop van het project gemaakte afspraken? In dit verband behoeven tevens de volgende deelvragen beantwoording:

(i) [eiseres] verwijt dVision dat deze essentiële functionaliteiten over het hoofd heeft gezien en dat deze ten onrechte bepaalde functionaliteiten als standaard heeft aangemerkt en dat hierdoor veel meer maatwerk nodig was dan de beperkte hoeveelheid maatwerk waarvan de oorspronkelijke begroting uitging; dVision stelt dat [eiseres] steeds met aanvullende wensen kwam en betoogt dat zij zich bij de oorspronkelijke begroting had gebaseerd op de informatie van [eiseres].

- Heeft dVision het project onderschat op de door [eiseres] gestelde wijze?

- In welke mate heeft [eiseres] tijdens het project extra opdrachten gegeven en hoe verhoudt zich dit tot de doorlooptijd en kosten van het project? Was het voor [eiseres] duidelijk welke kosten hieraan verbonden waren?

- Is een eventuele onjuiste inschatting door dVision mede te wijten aan [eiseres] doordat deze onvoldoende informatie zou hebben verschaft? Had dit voor dVision duidelijk moeten zijn?

(ii) Is Navision, al dan niet met beperkte aanpassing, geschikt voor [eiseres], mede gelet op het aantal transacties (100.000 per week)? In hoeverre zijn er problemen ontstaan doordat de standaard functionaliteit van Navision, bezien in verhouding tot de (beperkte) hoeveelheid voorzien maatwerk, niet aansluit bij de verwachtingen van [eiseres]? Waren deze verwachtingen van [eiseres] realistisch en zo neen, in welk opzicht en waarom niet? Had dit voor betrokkenen duidelijk moeten zijn en heeft dVision [eiseres] hiervoor gewaarschuwd?

(iii) Voldoet de door dVision ontwikkelde maatwerksoftware aan de eisen die daaraan gesteld kunnen worden? In het bijzonder, was er een probleem met de snelheid van het systeem en met het 'table locken' van de software en zo ja, welke invloed had dit op het gebruik ervan (gaat het om een significante wachttijd of om fracties van seconden en hoe vaak deed het zich voor)? Zijn de snelheid en het 'table locken', als het fouten zijn, oplosbare problemen? Heeft dVision hiervoor in een tijdig stadium gewaarschuwd? Had het voor dVision voorzienbaar moeten zijn dat dit een probleem zou zijn?

(iv) In hoeverre was de software gereed (of juist niet) toen dVision in juni 2006 haar werkzaamheden staakte? Hoe essentieel waren eventuele openstaande punten? (zie tevens hierna onder c).

(v) Was de hardware van [eiseres] toereikend voor het gebruik van de software? Als de hardware een probleem vormt - zoals kennelijk door dVision in januari 2005 werd vermoed - waarom is dat na januari 2005 niet onderkend en opgelost? Welke rol hebben beide partijen hierbij gespeeld?

(vi) Heeft [eiseres] de medewerking verleend die redelijkerwijs nodig was voor het succesvol uitvoeren / afronden van de werkzaamheden van dVision? Indien dit niet is gebeurd:

- welke medewerking heeft [eiseres] niet verleend? Bij welke testen was [eiseres] niet aanwezig?

- is een gebrek aan medewerking terug te voeren op redenen die objectief te rechtvaardigen zijn?

- welke invloed heeft een gebrek aan medewerking gehad op de uitvoering van de werkzaamheden van dVision?

(Ten aanzien van de testen wordt als volgt overwogen: vooralsnog gaat de rechtbank ervan uit dat dit slechts om één of twee testen gaat in het voorjaar van 2005, waarvan in ieder geval de test van 27 januari 2005 door dVision vervolgens zonder [eiseres] is uitgevoerd, zodat de afwezigheid van [eiseres] bij die test de voortgang van het project kennelijk niet heeft hoeven hinderen).

(vii) Partijen hebben sinds medio 2004 tot het einde van het project regelmatig in een vicieuze cirkel geze-ten: [eiseres] wilde niet betalen voordat er werd opgeleverd, dVision wilde niet doorgaan met de

werkzaamheden dan nadat er werd betaald. Wat is de invloed hiervan op het totale project geweest? Kan er vastgesteld worden wat er eerder was: de niet-betaling door [eiseres] of niet of slecht verklaarde bud-getoverschrijdingen danwel tekortkomingen van dVision?

b. Indien de deskundige tot de slotsom komt dat dVision niet heeft gehandeld zoals van een redelijk handelend en redelijk bekwame automatiseringsdeskundige kan worden verwacht, dan wordt de deskundige voorts verzocht:

(i) in verband met de discussie over de exoneratiebedingen aan te geven:

- hoe ernstig de mate is waarin dVision tekortgeschoten is in haar verplichtingen en daarbij in te gaan op de onder 5.14a weergegeven omstandigheden;
- aan te geven in welke mate de tekortkoming voor dVision voorzienbaar was;
- in welke mate de inzet van onervaren werknemers heeft plaatsgevonden zonder voldoende begeleiding door meer ervaren werknemers en welke invloed dit op het project heeft gehad?
 - in welke periodes dVision haar werkzaamheden niet heeft uitgevoerd ([eiseres] stelt bij conclusie van dupliek in reconventie dat dit de periodes januari 2005 tot en met maart 2005, september 2005 tot en met november 2005, januari 2006 tot en met maart 2006 en vanaf juni 2006 betreft, dVision heeft hierop nog niet kunnen reageren).

(ii) in verband met de afrekening tussen partijen een onderbouwde inschatting te maken van de waarde die de prestaties van dVision voor [eiseres] hebben gehad. In dit verband is mede van belang welke kosten [eiseres] na de ontbinding in november 2006 heeft moeten maken om alsnog te komen tot een geïmplementeerd systeem dat voldoet aan de afspraken zoals die golden tussen [eiseres] en dVision. Daarbij dient tevens onderzocht te worden welke werkzaamheden de door [eiseres] ingeschakelde derde heeft verricht en in hoeverre er sprake is van het herstel / het afmaken van het werk van dVision en of er geen sprake is van andere werkzaamheden, zoals het aanpassen van de maatwerksoftware aan een nieuwe versie van Navision zonder dat dit nodig is om problemen met de software op te lossen. Voorts wil de rechtbank voorgelicht worden over de door [eiseres] gestelde keuze om Microsoft SQL te implementeren: is dit een maatregel die redelijkerwijs nodig is om eventueel vastgestelde problemen op te lossen?

c. Ten aanzien van de nakoming van het kort geding vonnis:

(i) welke gebreken zijn vastgesteld tijdens de acceptatietest en vormen dit volgens de deskundige fouten en/of gebreken of juist aanvullende wensen van [eiseres]?

(ii) Zijn er vlak voor of na de acceptatietest aanvullende wensen (niet zijnde fouten of gebreken) door [eiseres] aan de lijst van openstaande punten toegevoegd en zo ja, welke invloed heeft dit gehad op het verhelpen van de fouten en gebreken?

(iii) Welke fouten en gebreken resteerden er op 7 juni 2006? Zijn dit alleen fouten die zijn vastgesteld tijdens de acceptatietest, of zijn er ook fouten die na de acceptatietest zijn vastgesteld? Welke invloed hadden eventuele fouten op het gebruik? In hoeverre gaat het om zaken die inherent zijn aan standaard functionaliteiten van Navision? (De rechtbank loopt hiermee niet vooruit op de vraag of (het niet waarschuwen voor) een eventuele fout in de standaard versie van Navision al dan niet toegerekend kan worden aan dVision).

d. in hoeverre zien de door dVision gefactureerde bedragen van € 177.449,49 en € 107.933,-- (zie hiervoor onder 5.30) op het herstel van fouten en gebreken in de software?

De deskundige zal worden verzocht om bij het beschrijven van eventuele fouten en gebreken, per fout/gebrek (en voor alle fouten/gebreken gezamenlijk) een inschatting te geven van de ernst daarvan en daarbij aan te geven wat de impact is op het gebruik van de software.

5.37 De rechtbank onderkent dat er aanzienlijke kosten gemoed zullen zijn met een deskundigenonderzoek dat antwoord geeft op alle hiervoor geschetste vragen. Partijen wordt in overweging gegeven om in overleg te treden om te kijken of het deskundigenonderzoek in omvang kan worden beperkt.

5.38 Volledigheidshalve wordt overwogen dat, anders dan door [eiseres] betoogd is, niet volstaan kan worden met de rapportage van [persoon 6], alleen al omdat dit geen onderbouwd en beredeneerd antwoord geeft op de hiervoor geformuleerde vragen.

5.39 Partijen zullen in de gelegenheid worden gesteld om zich bij akte nader uit te laten over het aantal van de te benoemen deskundige(n), de vereiste deskundigheid, de aan de deskundige(n) voor te leggen vragen en de maximale hoogte van het voorschot.

5.40 Over het voorschot wordt als volgt overwogen. De opdracht aan de deskundige wordt in overwegende mate gegeven om vast te stellen of de vorderingen van [eiseres] toewijsbaar zijn. Tegen deze achtergrond en gelet op de hoofdregel van artikel 195 Rv beslist de rechtbank dat het voorschot voor de deskundige dient te worden betaald door [eiseres]. Indien dit voorschot niet wordt betaald, zal er geen deskundigenrapport worden uitgebracht. In dat geval zal de rechtbank in conventie ervan uitgaan dat [eiseres] haar stellingen over de tekortkoming van dVision niet langer handhaaft. In reconventie zal in dat geval vervolgens een deskundigenonderzoek worden gelast dat uitsluitend ziet op de onder 5.36d bedoelde vraag, om zo (alsnog) tot een beoordeling te kunnen komen van de vorderingen van dVision. De kosten van dat onderzoek dienen, gelet op de hoofdregel van artikel 195 Rv, te worden voorgeschieden door dVision. Mocht ook dat voorschot onbetaald blijven, zal de rechtbank in reconventie ervan uitgaan dat dVision niet langer haar stelling handhaaft dat deze facturen zien op werkzaamheden die onder de gegeven opdracht vallen.

5.41 Alle overige beslissingen worden aangehouden.

6 De beslissing

De rechtbank,

in conventie en in reconventie

- verwijst de zaak naar de rol van woensdag 26 augustus 2009 voor het nemen van een akte uitlating benoeming deskundige, voor het eerst aan de zijde van [eiseres];
- houdt iedere verdere beslissing aan.

Dit vonnis is gewezen door mr. N. Doorduijn.
Uitgesproken in het openbaar.
1734/1876
