

vonnis

RECHTBANK ARNHEM

Sector civiel recht

zaaknummer / rolnummer: 82879 / HA ZA 02-105

Vonnis van 28 juni 2006

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
SILICON BIOMEDICAL INSTRUMENTS B.V.,
gevestigd te Arnhem,
eiseres in conventie,
verweester in reconventie,
procureur mr. F.J. Boom,
advocaat mr. T.H. Bosboom te Arnhem,

tegen

de vennootschap naar Duits recht
ERICH JAEGER GMBH,
gevestigd te D-97204 Höchberg, Duitsland,
gedaagde in conventie,
eiseres in reconventie,
procureur mr. J.C.N.B. Kaal,
advocaat mr. M.H.J. van den Horst te 's-Gravenhage.

Partijen zullen hierna SBI en Jaeger genoemd worden.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- het tussenvonnis van 10 september 2003;
- de processen-verbaal van getuigenverhoor van 16 januari 2004, 6 februari 2004, 16 april 2004, 22 juni 2004 en 1 oktober 2004;
- de conclusie na getuigenverhoor ;
- de antwoordconclusie na getuigenverhoor, tevens houdende wijziging van eis in conventie
- de akte houdende uitlating producties en tevens overlegging producties, houdende bezwaar wijziging eis in conventie tevens overlegging producties en houdende voorwaardelijk antwoord wijziging eis in conventie tevens uitlating producties en overlegging productie en houdende voorwaardelijk wijziging van eis in reconventie tevens overlegging producties van de zijde van Jaeger;
- de akte uitlating producties, tevens houdende reactie op bezwaar eisenwijziging in conventie en houdende antwoord op de (voorwaardelijke) eisenwijziging in reconventie;
- de pleidooien en de ter gelegenheid daarvan overgelegde stukken.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De wijzigingen van de vorderingen

in conventie

2.1. SBI heeft haar vordering aldus gewijzigd dat de vordering tot nakoming van de overeenkomst komt te vervallen en wordt vervangen door een verklaring voor recht dat Jaeger niet gerechtigd was de overeenkomst te beëindigen, aan haar verplichtingen had moeten blijven voldoen en wegens het tekortschieten in de nakoming schadeplichtig is. Voorts wordt de vordering terzake van buitengerechtelijke kosten verhoogd tot een bedrag van € 51.865,60 en de vordering tot schadevergoeding op te maken bij staat vervangen door een vordering tot betaling van een schadevergoeding van € 19.473.000,-.

2.2. Jaeger heeft zich tegen deze wijziging van eis verzet en de wijziging ook inhoudelijk gemotiveerd bestreden.

2.3. Het bezwaar tegen de wijziging van eis wordt ongegrond verklaard, omdat die wijziging niet in strijd is met de eisen van een goede procesorde. Nadien is er nog voldoende gelegenheid geweest daarop te reageren, hetgeen ook is gedaan.

in reconventie

2.4. Jaeger heeft haar vordering in reconventie aangevuld met de vordering tot veroordeling van SBI tot een bedrag van € 4.488.000,- als vergoeding van geleden schade, vermeerderd met de wettelijke rente en de reputatieschade vanaf de datum van de eis in reconventie, althans vanaf 23 maart 2005, en voorts met de vordering tot betaling van € 32.250,- (excl. BTW), vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 23 maart 2005, met veroordeling van SBI in de kosten in reconventie.

2.5. SBI heeft de gewijzigde vordering gemotiveerd bestreden.

3. De verdere beoordeling

in conventie

3.1. De rechtbank blijft bij hetgeen is overwogen en beslist in het tussenvonnis van 10 september 2003. In rechtsoverweging 3.2 van het tussenvonnis is beslist dat op de overeenkomst Nederlands recht van toepassing is. De rechtbank voegt hieraan het volgende toe. Een dergelijke rechtskeuze sluit toepasselijkheid van het Weens Koopverdrag niet uit, als dat formeel en materiaal gezien van toepassing is. Dat is het geval, omdat Nederland en Duitsland partij zijn bij het verdrag (artikel 1 lid 1 onder a Weens Koopverdrag), software een roerende zaak is in de zin van het Verdrag (artikel 2 Weens Koopverdrag, R.I.V.F. Bertrams, Enige Aspecten van het Weens Koopverdrag, Preadvies Vereniging voor burgerlijk recht 1995, p. 27 e.v.) en ook overeenkomsten betreffende te vervaardigen of voort te brengen roerende zaken door het Verdrag worden bestreken (artikel 3 lid 1 Weens Koopverdrag). Het Weens Koopverdrag is van toepassing voor zover partijen daarvan niet zijn afgeweken in hun overeenkomst. Hierna zal blijken dat het vooral gaat om de vraag of Jaeger al of niet terecht de overeenkomst heeft ontbonden. Hiervoor hebben partijen een regeling getroffen in artikel 13.2 van de overeenkomst (*Material Breach*) die (enigszins)

afwijkt van de artikelen 25 en 49 lid 1 sub a Weens Koopverdrag. De rechtbank zal de vordering daarom beoordelen op basis van artikel 13.2 van de overeenkomst.

3.2. In het tussenvonnis is Jaeger opgedragen te bewijzen dat de door SBI aan haar in het kader van de overeenkomst van 23 december 1999 geleverde software niet voldeed aan de daaraan in artikel 4.1 van die overeenkomst gestelde eisen ("functional products according the user manual and product description (see documents man0013a.doc and man0015a.doc from December 1, 1999)"). Jaeger heeft hiertoe 10 getuigen doen horen. In contra enquête heeft SBI vervolgens 4 getuigen doen horen.

3.3. Uit de getuigenverhoren – in onderling verband beschouwd – komt naar voren dat de door SBI geleverde software niet probleemloos functioneerde.

3.4. *Getuige Imhoff* geeft aan dat er van meet af aan problemen waren op het gebied van de stabiliteit. Deze problemen waren zeer moeilijk reproduceerbaar. Het systeem was met name instabiel waar het betreft het oproepen van gegevens, maar er waren ook problemen van andere aard. Sommige fouten zijn door SBI opgeheven, maar daar kwamen weer andere voor in de plaats. De fouten waren zodanig dat op volstrekt onvoorspelbare momenten gegevens van patiënten niet werden opgenomen doordat het systeem vastliep en niet te voorzien was op welk moment het systeem kon vastlopen. Een ander probleem was dat gegevens van gedane metingen niet meer konden worden opgeroepen. Een diagnose kon dan pas gesteld worden nadat de gegevens – vaak na grote inspanningen van Jaeger – waren teruggehaald. Getuige Imhoff werd door deze problemen volledig in beslag genomen. In Bad Mergentheim is getracht de problemen op te lossen door de server en het netwerk te vervangen, maar dat heeft de problemen niet opgelost. Bij het draaien van een andere software op dezelfde hardware traden de problemen niet op. Nieuwe versies van de SBI-software losten de problemen maar ten dele op: soms was een probleem in een nieuwe versie opgelost, maar keerde het weer terug in de daaropvolgende versie. Problemen deden zich onder andere voor in de ziekenhuizen in Bochum, Detmold, Meerbusch, Weiden en in enkele klinieken in Nederland. Ofschoon de getuige niet kan uitsluiten dat de fouten samenhangen met de instabiliteit van Windows 98, heeft hij soortgelijke problemen niet met andere software gehad die draaide op Windows 98.

3.5. *Getuige Grunert* geeft aan dat de fouten pas werkelijk zijn gebleken bij de installatie van het product in de ziekenhuizen en in de praktijk. Hoe meer installaties er waren, hoe vaker er meldingen kwamen van fouten die niet reproduceerbaar waren. De klachten betroffen het feit dat EEG data niet konden worden opgeroepen en dat het systeem vastliep bij het opslaan van gegevens.

3.6. *Getuige Stump* verklaart dat het ziekenhuis in Bad Mergentheim van meet af aan problemen met het systeem had waar het betreft de archivering van de meetgegevens. Opgeslagen gegevens waren niet meer bereikbaar, bewaarde gegevens waren niet meer op te roepen. Steeds moest de hotline van Viasys gebeld worden en dan moest er een supportmedewerker komen om het systeem weer gebruiksklaar te maken. Dit geschiedde op een voor het ziekenhuis onaanvaardbare frequentie. Voorts merkt de getuige op dat het systeem tijdens het EEG onderzoek vastliep. Dat gebeurde ook bij kritieke situaties, zoals noodgevallen. Er zijn steeds updates gekomen en dan leek het beter te gaan, maar dan kwamen er weer andere fouten. Het ziekenhuis Bad Mergentheim heeft op initiatief van Viasys de omgeving veranderd – de snelheid van het netwerk werd verhoogd en de databank

werd op een andere server geplaatst – maar kon het systeem niet in een stabiele toestand krijgen. De getuige kan niet zeggen dat er significante verschillen waren in de mate waarin fouten optraden vóór en na de wisseling van de server. Volgens de getuige is het Nicoletsysteem in de oorspronkelijke omgeving van een 10 Mb netwerk geïnstalleerd en zijn bij dat systeem geen gegevens verloren gegaan.

3.7. *Getuige Enthoven* verklaart dat Jaeger vanaf het begin af aan veel problemen heeft gehad, veel crashes. Deze berichten kwamen van de klanten. Er kwamen veel klachten dat het systeem niet stabiel was. Demonstraties van de RDA functie liepen bijna steeds mis omdat het systeem vastliep. Met name in Delft en Boxmeer hebben de problemen ongeveer anderhalf jaar geduurd. In Antwerpen stond het systeem niet in een netwerk omgeving, maar ook daar ondervond men problemen. Ook daar kon het systeem vastlopen. Volgens de getuige waren de ziekenhuizen aanvankelijk tolerant ten aanzien van de gebreken, maar werden de reacties na een aantal maanden heftiger.

3.8. *Getuige Derix*, werkzaam in het ziekenhuis te Boxmeer, verklaart dat van meet af aan dingen mis gingen met de apparatuur. De problemen waren heel complex. De files verdwenen van het scherm, maar volgens de applicatiebeheerder werden de gegevens wel opgenomen, alleen je kon er niets bijzetten. Dat aspect is ook vervelend gebleven. Uiteindelijk konden de gegevens wel weer worden opgehaald. Het kwam vaak voor dat de gegevens van het scherm verdwenen. Het gebeurde zo regelmatig dat men het personeel zelf leerde om de gegevens weer terug te halen. Op deze manier kon men geen goed onderzoek doen bij de patiënt. Een ander probleem deed zich voor als het apparaat werd losgekoppeld om off-line te worden gebruikt. Het was de bedoeling dat bij terugkeer in het basisstation de gegevens konden worden opgeroepen, maar dat leverde vaak problemen op. Het was dan niet duidelijk in welke gevallen het goed ging en in welke gevallen het niet goed ging. De problemen zijn blijven bestaan in de hele periode dat het Cephalo Pro systeem is gebruikt. Het meekijken tijdens een opname in een ander vertrek kwam in Boxmeer niet voor. Daarmee wordt nu pas begonnen. Er is niet eerder gebruik van gemaakt omdat de problematiek met de apparatuur zo groot was.

3.9. *Getuige Jacobs-Urselmann*, eveneens werkzaam in het streekziekenhuis te Boxmeer, verklaart dat zij daar met de apparatuur erg veel storingen hadden en dat dit het personeel erg onzeker maakte omdat je altijd maar moest afwachten of het goed ging. Het kwam voor dat tijdens de opname het beeld stil bleef staan zodat je niet meer kon zien wat er gebeurde. Wel zag je aan de klok dat de opname doorging. Tijdens de opname kon je dus niets doen met de patiënt. Na afsluiting van de opname kon je de opname weer oproepen. Deze storing kwam herhaaldelijk, naar de inschatting van de getuige zo'n vier keer per maand voor, bij een aantal van circa 45 opnames per maand. Een andere fout was dat het systeem, hoewel je een uniek patiëntnummer invoerde, de gegevens koppelde aan een andere patiënt met dezelfde naam. Die fout heeft men er nooit uitgekregen. Een ander probleem was dat gegevens verloren gingen die men niet terug kon krijgen als het apparaat werd afgekoppeld om een opname op de intensive care te maken. Het duurde dan lang voordat de gegevens teruggevonden waren, hetgeen vervelend was bij spoedeisende gevallen.

3.10. *Getuige Ebben*, medisch elektronicus in het ziekenhuis in Boxmeer, verklaart dat hij verschillende malen is geraadpleegd voor problemen met de EEG apparatuur. Hij verklaart dat hij met een lijst met klachten naar het hoofd inkoop is gegaan en hem verzocht

heeft contact op te nemen met de leverancier. Hij herinnert zich dat er problemen waren als er op twee stations werd gewerkt. In dat geval werden de gegevens weggeschreven en was het niet duidelijk waar ze terecht kwamen. Het probleem was niet structureel en daarom moeilijk op te lossen.

3.11. *Getuige Rol*, laborante in Zoetermeer, verklaart dat er een probleem was dat de kanalen instabiel waren en de curven over het beeld zweefden. De ene keer was er wel een stabiel beeld, de andere keer niet. Dat was volledig onverklaarbaar. Een ander probleem was dat als zowel het opnamestation als de reader aanstond en zij gegevens in het opnamestation wilde opslaan, de gegevens altijd verdwenen. Dat probleem is nooit opgelost. Voorts zijn op onverklaarbare wijze gegevens kwijt geraakt. Na afloop van een opname werden de gegevens opgeslagen en bleken dan verdwenen te zijn. Ook de firma kon deze gegevens niet terughalen. Een ander probleem was dat gegevens aan verkeerde patiënten werden gekoppeld: gewiste gegevens werden aan de opname van een volgende patiënt gekoppeld. Toen men de Cephalo Pro had, moest men elke week de firma bellen omdat er problemen waren.

3.12. *Getuige Spoelder* heeft verklaard dat de database instabiel was en dat de koppeling tussen de database en de EEG-bestanden een serieus probleem vormde. Ook viel de koppeling soms weg als je in de EEG analyses ging maken. De verbeteringen van de updates van de software waren niet echt merkbaar: de grote problemen bleven bestaan omdat men er geen vinger achter kon krijgen. Het belangrijkste probleem was volgens de getuige dat de database steeds weer vastliep. Het is niet gelukt de oorzaak hiervan op te sporen. In Boxmeer is het systeem geïnstalleerd met een extra zware fileserver die vele malen groter was dan volgens de specificaties, maar ondanks dat bleef de database problemen vertonen.

3.13. *Getuige Migchelbrink* verklaart dat het Cephalo Pro systeem niet stabiel bleek te zijn. Als het systeem in een netwerk gebruikt werd viel het te vaak uit, maar ook als het zonder netwerk werd gebruikt, kon het uitvallen. Meestal viel het uit omdat tijdens de meting op een ander station gegevens werden geraadpleegd. Bij het opslaan van de data kreeg je dan een foutmelding en dan moest je opnieuw beginnen. Volgens de getuige waren in de laatste versie die hij heeft gezien de fouten nog niet opgelost. Bij de gebruikers ontstond steeds meer ongeduld. Het systeem bleef plat gaan. Volgens de getuige konden de gegevens, als het systeem werd losgekoppeld van het netwerk om bijvoorbeeld bij een operatie gebruikt te worden, wel worden opgeslagen. Zij werden dan opgeslagen op een bepaalde plaats in het apparaat en het was niet eenvoudig de gegevens vervolgens weer te voorschijn te krijgen en te koppelen aan de juiste persoon. Volgens de getuige bespeurde hij onrust bij de klanten nadat ze een paar maanden met het systeem hadden gewerkt en werd dit steeds erger.

3.14. In contra-enquête heeft *getuige Meijs* verklaard dat aan SBI nooit is gemeld dat data wegvielen en dat SBI dat probleem daarom niet goed heeft kunnen onderzoeken. Meijs zijn met betrekking tot dit probleem twee meldingen bekend, van het ziekenhuis in Bad Mergentheim en het ziekenhuis in Boxmeer, en bij één daarvan (Boxmeer) bleek het om een gebruikersfout te gaan. Volgens de getuige heeft SBI in juni 2001 een verbeterde versie van de software uitgebracht, gebaseerd op een gezamenlijk met Jaeger opgestelde lijst van problemen. In een telefoongesprek van 30 juli 2001 heeft Thomas Imhoff van Jaeger de getuige bevestigd dat alle bugs en items van die lijst waren opgelost en dat de nieuwe

toepassingsmogelijkheden van de verbeterde software geen aanleiding tot problemen gaven. Volgens Meijs heeft Thomas Imhoff hem gezegd dat alle klanten tevreden waren over de software die op dat moment bij hen draaide. Van de 23 ziekenhuizen die de software gebruikten waren er 3 (Duitse) ziekenhuizen met nog wat problemen en bij twee daarvan waren de problemen geïdentificeerd als hardware gerelateerd.

De getuige vermoedt dat de versie van 2001 niet aan alle gebruikers is geleverd omdat daarvoor eerst een kopie van de database zou worden uitgeprobeerd door SBI en dit is slechts in zes gevallen gebeurd.

De problemen bij het ziekenhuis in Bad Mergentheim waren volgens de getuige te wijten aan de server en na vervanging van de server zou er geen wezenlijk probleem meer zijn teruggekomen.

Volgens Meijs heeft SBI slechts in één geval rechtstreeks contact met de klant gehad, namelijk in Voorburg, en heeft na onderzoek geconstateerd dat het probleem daar veroorzaakt werd door een defect koelsysteem van de server.

3.15. *Getuige Los*, die als software ontwikkelaar in dienst is geweest bij SBI, heeft verklaard dat de beëindiging van de relatie door Jaeger voor hem als een complete verrassing kwam. Het regelmatige contact dat hij had met de heer Imhoff van Jaeger gaf geen aanleiding om die stap te vermoeden. De getuige heeft met de ziekenhuizen in Voorburg en Delft rechtstreeks contact gehad over het oplossen van problemen en die problemen waren geen onoplosbare problemen, maar eigenlijk simpele problemen. In het contact met de ziekenhuizen is hem gebleken dat men tevreden was met het systeem als zodanig en ook van Imhoff heeft hij begrepen dat deze tevreden was en dat het systeem steeds beter werd. Volgens de getuige zaten er in juli 2001 geen ernstige problemen in de software. Dat in het systeem data verloren gingen herkent de getuige niet als een hardnekkig probleem. Het is steeds vrij eenvoudig geweest om verloren gegevens terug te vinden. De getuige verklaart ten slotte dat als er grote problemen zijn geweest, die in ieder geval niet aan SBI zijn doorgegeven.

3.16. *Getuige Pleiter*, laborante in het ziekenhuis in Voorburg, verklaart uitstekende ervaringen te hebben opgedaan met het SBI systeem. Het ziekenhuis in Voorburg heeft tot juni 2003 gewerkt met aanvankelijk Onyx en later Cephalo Pro. De Cephalo Pro voorziening Review during acquisition liep vlekkeloos. Ook de opslag van gegevens verliep zonder problemen. Ook in Delft waren volgens de getuige de ervaringen positief.

3.17. *Getuige Jonker*, die zowel voor SBI als later voor Jaeger heeft gewerkt, kenschetst de software als een goed product. De getuige was destijds nauw betrokken bij het product van SBI en verkocht het aan de eindgebruikers. Het opzeggen van het contract door Jaeger had volgens hem niet met de kwaliteit van de software te maken, maar meer met het bedrijf dat Jaeger heeft overgenomen. De getuige kan zich wel herinneren dat er wat problemen waren, maar dat is volgens hem normaal. Het was zeker niet zo dat Jaeger er om die reden mee wilde stoppen. Die geluiden heeft de getuige nooit opgevangen. Het bleek dat er bij de ziekenhuizen wel wat problemen waren in de sfeer van de bediening van het systeem en de nieuwe aanpassingen die daarvoor nodig waren. Met het maken van het EEG zelf waren zelden problemen. Een specifiek probleem met het wegschrijven van data had volgens de getuige te maken met de netwerkomgeving en niet met de software van SBI. De problemen in Delft bleken te zijn terug te voeren op de netwerkomgeving en ook het probleem in Zoetermeer, dat iets mis ging bij de opslag van de gegevens, was terug te voeren op het netwerk. Het zoekraken van gegevens is nooit als probleem bij de getuige

aangemeld. Hetzelfde geldt voor het probleem dat gegevens aan een verkeerde patiënt werden gekoppeld.

3.18. Uit deze getuigenverklaringen komt, in onderling verband, naar voren dat een belangrijk probleem van de door SBI ontwikkelde software was dat zij instabiel was. Op onregelmatige momenten kon het systeem vastlopen bij het opslaan van gegevens en opgeslagen gegevens konden regelmatig niet worden opgeroepen of niet worden teruggevonden. Om gegevens terug te vinden moest veelal een beroep worden gedaan op technische ondersteuning van Jaeger. De problemen deden zich met name voor indien het systeem in een netwerk omgeving stond, maar ook bij stand-alone systemen waren er dergelijke problemen. Een ander probleem was dat tijdens de opname de files van het scherm verdwenen, waardoor het EEG niet onmiddellijk kon worden bekeken. Voorts maken de getuigen melding van problemen als het apparaat werd losgekoppeld en later weer werd aangekoppeld. In dat geval raakten gegevens zoek. Ook werden gegevens gekoppeld aan verkeerde patiënten. Aan aard en omvang van de aldus genoemde klachten doet niet af dat problemen wellicht niet aan SBI zijn doorgegeven en dat sommige gebruikers geen klachten hadden en tevreden waren.

3.19. Tegen deze getuigenverklaringen heeft SBI onder meer een deskundigenrapportage van B.W. Slijk overgelegd. In deze rapportage worden de afgelegde verklaringen van de getuigen over de ondervonden problemen geanalyseerd en geconcludeerd dat de Cephalo Pro software voldeed aan de daaraan gestelde eisen. Slijk signaleert dat geen van de getuigen een relatie legt tussen de ondervonden problemen en het User Manual of de Product Description en voorts dat op de buglist geen fouten voorkomen die het bedrijfsmatig gebruik van de Cephalo Pro software verhinderen. Verder blijkt volgens Slijk uit de verklaringen dat op drie locaties probleemloos met Cephalo Pro werd gewerkt, dat de problemen in de andere ziekenhuizen incidenteel voorkwamen en dat naar de oorzaak ervan geen adequaat onderzoek is ingesteld. De ernst van de problemen is volgens Slijk dan ook bij gebrek aan feitelijke informatie niet in te schatten, maar hij meent kennelijk dat uit het feit dat de problemen niet op de buglijst zijn geplaatst en dat nog lang met de apparatuur is doorgewerkt en Jaeger geen initiatief heeft getoond om de fouten te herstellen (bijvoorbeeld door het opvragen van de broncode) kan worden afgeleid dat de problemen niet zo groot waren. Het antwoord op de vraag, waaraan de problemen te wijten zijn, kan volgens Slijk op basis van de beschikbare informatie niet worden gegeven. Er zijn volgens hem tal van mogelijke oorzaken aan te wijzen. Hij acht het echter aannemelijk dat de oorzaak van de problematiek niet gelegen was in de Cephalo Pro software, maar in (de instellingen, respectievelijk configuratie van) het netwerk. In dit verband plaatst hij zijn twijfels bij de deskundigheid van de netwerkbeheerders in de diverse ziekenhuizen. Volgens hem is voor een automatiseringsdeskundige duidelijk dat als fouten niet reproduceerbaar zijn en vaker voorkomen in netwerken dan in andere gevallen, de oorzaak heel wel gelegen kan zijn buiten de toepassingsprogrammatuur.

3.20. SBI heeft zich bij het standpunt van Slijk aangesloten en tevens aangevoerd dat geen van de gehoorde getuigen voldoende (IT-)kennis heeft om de deugdelijkheid van de software te kunnen beoordelen. Evenmin hebben de getuigen eigen onderzoek gedaan naar de deugdelijkheid van de software. Voorts zou uit de verklaringen blijken dat geen van de klanten op omwisseling van de software heeft aangedrongen en dat deze software nog langdurig en intensief is gebruikt.

3.21. Verder heeft SBI er op gewezen dat in artikel 7.1 van de overeenkomst is bepaald: *"supplier does not warrant that operation of the Products will be error free or uninterrupted, or that all non-conformities can be corrected"*. Dit duidt er volgens haar op dat alleen substantiële gebreken aanleiding kunnen geven tot ontbinding, hetgeen ook zou voortvloeien uit de aard van het product software. Voorts zijn volgens haar slechts de gebreken die zich hebben voorgedaan vóór het moment van opzegging relevant en zij merkt op dat veel van de door de getuigen genoemde problemen dateren van na dat moment. Tenslotte zou moeten worden gekeken naar de functionaliteit van de laatste versie van de software voorafgaande aan de beëindiging.

3.22. Ook heeft SBI een rapport overgelegd van de deskundige D. Binnekamp van Nucletron B.V. (een onderdeel van de Delft Instruments Groep). Deze heeft voor SBI de buglijst onderzocht op fouten die volgens de normen van medische software het welzijn of het leven van patiënten zou kunnen bedreigen. Binnekamp concludeert op basis van de gecategoriseerde buglijst dat er met deze software geen ernstige onregelmatigheden hebben kunnen optreden.

3.23. Ter gelegenheid van de pleidooien heeft Jaeger een deskundigenrapportage van de deskundige R. Hensbroek van TNO overgelegd. Deze deskundige heeft de Cephalo Pro software in verschillende proefopstellingen getest en onderzocht of deze voldoet aan de specificaties van het User Manual en de Product Description. De conclusie van dit onderzoek is dat in de testen bij verschillende typen hardware en in verschillende configuraties van de hardware – die alle voldeden aan de specificaties die genoemd worden in de User Manual, Product Description en Minimum Specifications – een aantal fouten optrad. Deze fouten zijn hetzij toe te schrijven aan de Cephalo Pro software alleen, hetzij aan een combinatie van Cephalo Pro met andere software (Windows NT, Windows 98 of Word 2000), waarbij de deskundige opmerkt dat normaliter de producenten van speciale software de bekende, gepubliceerde fouten in deze andere software in hun eigen applicatie verhelpen. De gevonden fouten variëren volgens de deskundige van "gevaarlijk voor de patiënt" tot "lastig voor de gebruiker". De fouten traden op bij normaal klinisch gebruik van de software en bij gebruik op alle geteste hardware configuraties. Naarmate de tests langer duurden, traden er meer fouten op. Voorts kwam het voor dat bij een test in eerste instantie geen fouten optraden, maar bij een herhaling van de test wel. Er was zowel sprake van reproduceerbare als van niet-reproduceerbare fouten.

3.24. Jaeger heeft voorts een deskundigenrapport overgelegd van M.J.A.M. van Putten, waarin commentaar wordt geleverd op de rapporten van Binnekamp en Slijk. Volgens Van Putten onderkent Binnekamp niet dat EEG apparatuur in een therapeutische setting wordt gebruikt en gaat hij bij zijn conclusies uit van een diagnostische setting. Voorts wijst Van Putten erop dat in een drukke medische omgeving niet gewerkt kan worden met "work-arounds" en dat daar ook geen gelegenheid is de software op een ander systeem te installeren. Een fout als het toewijzen van gegevens aan een verkeerde patiënt wordt door hem gezien als een ernstige fout en niet – zoals Binnekamp doet – als een "modest" fout. Anders dan Slijk is Van Putten van oordeel dat niet reproduceerbare fouten in netwerkomgevingen vaak worden veroorzaakt door applicatiesoftware die onvoldoende rekening houdt met specifieke problemen die in een multi-user netwerkomgeving kunnen optreden. Ook zouden de door Slijk in zijn rapport gemaakte indelingen van fouten niet juist en niet standaard zijn. Voorts zouden er verwarrende en misleidende definities worden gebruikt. Verschillende uitspraken van Slijk zijn volgens Van Putten onjuist. Ten slotte

benadrukt Van Putten dat software, en zeker medische software, rekening moet houden met de mogelijkheid dat de gebruiker fouten maakt. Bovendien is het volgens hem volstrekt onaanvaardbaar dat gegevens – hoe weinig ook – verloren gaan.

3.25. Vervolgens zijn nog een aantal aanvullende rapportages overgelegd, waarin commentaar wordt gegeven op de visie van de verschillende deskundigen.

3.26. De partijdeskundige van SBI, Slijk, heeft kritiek geleverd op het rapport van TNO. Volgens hem heeft TNO geen aandacht besteed aan het feit dat fouten vaker optreden in netwerken dan in andere gevallen. De rechtbank acht dit bezwaar ongegrond. Uit het TNO rapport blijkt dat ook tests in een configuratie met een netwerkserver zijn uitgevoerd. Bovendien blijkt uit het rapport dat de software van SBI ook zonder de invloed van een netwerk fouten veroorzaakt. Daaruit blijkt dat de fouten niet uitsluitend door een netwerk worden veroorzaakt. Ook de kritiek dat voor sommige fouten een zogenaamde workaround beschikbaar is, is niet ter zake doende, omdat dit feit niet wegneemt dat het programma niet werkt zoals is beschreven in de User Manual. Dat TNO niet ingaat op sommige in de procedure genoemde klachten is niet verwonderlijk nu TNO slechts heeft onderzocht welke fouten bij normaal gebruik van de software optraden en niet wat de mogelijke oorzaak is van eerder genoemde klachten. Voorts wordt de stelling van Slijk dat een fout in het programma die door een zorgvuldige gebruiker kan worden gecorrigeerd, (deels) is aan te merken als een gebruikersfout, door de rechtbank niet onderschreven. Ook de opvatting van Slijk dat TNO ten onrechte slechts de single user versie van de software heeft getest, wordt door de rechtbank niet gedeeld, nu dit in het pleidooi namens Jaeger overtuigend weersproken is.

3.27. De rechtbank signaleert dat het beeld, dat uit de getuigenverklaringen naar voren komt, wordt bevestigd door de tests die de TNO deskundige Hensbroek heeft uitgevoerd. Uit de verschillende tests in opstellingen die voldeden aan de systeemvereisten, die worden vermeld in het User Manual, de Product Description en de Minimum Specifications, blijkt dat het gebruik van de software tot fouten leidt. De gevonden fouten zijn deels gelijk aan de fouten die door de getuigen worden genoemd en aan de fouten die op de buglijsten staan vermeld, maar deels ook andersoortig. Het TNO rapport maakt melding van fouten als het niet kunnen starten van een nieuwe EEG opname, het niet kunnen starten van het terugkijken van de laatste opname, het koppelen van een opname aan de verkeerde patiënt en het verlies van informatie die essentieel kan zijn voor een diagnose. Getuigen noemen het niet opnemen van gegevens door het herhaaldelijk vastlopen van het systeem en het niet kunnen oproepen van gedane metingen (Imhoff, Grunert, Stump), de regelmatige crashes (Enthoven, Migchelbrink), het onbereikbaar zijn van gegevens (Derix, Rol), het niet het niet kunnen meekijken op het beeldscherm gedurende de opname waardoor geen goed onderzoek mogelijk was (Derix, Jacobs-Urselmann, Rol), verlies van gegevens bij off-line gebruik (Derix, Jacobs-Urselmann, Migchelbrink), het koppelen van gegevens aan een verkeerde patiënt (Jacobs-Urselmann) en het wegschrijven van gegevens naar een onbekende plaats (Ebben).

3.28. Naar het oordeel van de rechtbank zijn de genoemde fouten (waaronder het koppelen van gegevens aan een verkeerde patiënt, het tijdelijk onbereikbaar worden van gegevens, het regelmatig vastlopen van het systeem) zodanig ernstig dat gesproken moet worden fouten die het normale, elementaire gebruik van de software voor de toepassing waarvoor zij is ontworpen (gebruik in de veeleisende omgeving van een ziekenhuis)

belemmeren. In zoverre is de software dus niet functioneel als bedoeld in de User Manual en de Product Description. Volgens de User Manual moeten met de Cephalo Pro opnamen te maken zijn en moeten die opnamen ook weer (gelijktijdig met de opname of erna) bekeken kunnen worden. Uit de tests en de verklaringen blijkt dat dit herhaaldelijk niet mogelijk was. Ofschoon naar het oordeel van de rechtbank bij nieuw ontwikkelde software in zeker mate getolereerd kan worden dat zich in de beginfase “kinderziektes” of “aanloopproblemen” voordoen – in dit licht leest de rechtbank de bepaling in artikel 7.1 van de overeenkomst dat “Supplier does not warrant that operation of the Products will be error free or uninterrupted, or that all non-conformities can be corrected” –, sluit dit niet uit dat in beginsel een normaal gebruik van de software mogelijk moet zijn. Uit de getuigenverklaringen komt naar voren dat dit laatste hier niet het geval was, nu met grote regelmaat storingen optraden en gegevens zonder bijstand van technici niet konden worden geraadpleegd.

3.29. De rechtbank volgt niet de opvatting van de deskundige Slijk, volgens welke het aannemelijk is dat de geconstateerde fouten niet aan de software van SBI zijn te wijten, maar aan netwerk- en randapparatuur. Uit de tests van TNO blijkt dat de fouten optraden, ondanks het feit dat de hardware volledig overeenkwam met de vereisten die daaraan gesteld worden in het User Manual, de Product Description en de Minimum Specifications. TNO heeft de door haar gebruikte randapparatuur voor gebruik gecontroleerd en aangenomen mag worden dat in deze setting geen sprake was van gebruikersfouten ten aanzien van de randapparatuur. Van de software mag worden verwacht dat zij probleemloos functioneert in de aldaar gespecificeerde hardwareomgeving. Eveneens mag worden verwacht dat de software zonder problemen werkt in samenwerking met het – aan de Minimum Specifications beantwoordende – besturingssysteem Windows 98 en de – eveneens aan deze specificaties beantwoordende – netwerkbesturingssoftware. Zelfs indien de storingen niet (alleen) zouden zijn te wijten aan gebreken in de Cephalo Pro software, maar aan een gebrekkig samenwerken van deze software met het besturingssysteem en/of de netwerksoftware, dan nog kan dit worden gezien als een gebrek in de Cephalo Pro software nu naar het oordeel van de rechtbank hiervan verwacht mag worden dat de daarin aangegeven functionaliteiten probleemloos zonder – niet in de handleiding voorgeschreven – aanpassingen in de aan de minimum vereisten beantwoordende omgevingssoftware kunnen functioneren. Aan een en ander kan niet afdoen dat er kennelijk ook tevreden gebruikers waren (zoals onder meer blijkt uit de verklaring van getuige Pleiter), nu het beslissende criterium niet is de subjectieve ervaring van de gebruikers, maar de in het gebruik optredende fouten in de functionaliteit van de software.

3.30. De conclusie is dan ook dat de rechtbank Jaeger geslaagd acht in het leveren van het haar opgedragen bewijs dat de software niet voldeed aan de daaraan in de overeenkomst gestelde eisen.

3.31. Jaeger heeft in haar brief van 11 april 2001 haar klachten over de software uiteengezet en SBI gesommeerd om uiterlijk in week 26 van 2001 te zorgen voor stabiele en in de zin van de Product Manual functionerende software. Vervolgens heeft zij in haar brief van 27 juli 2001 de ontbinding van de overeenkomst ingeroepen. Naar het oordeel van de rechtbank was de tekortkoming in de software – die volgens de getuigen en het TNO rapport ook na week 26 van 2001 aanwezig was, zodat SBI na die datum in verzuim was – zodanig ernstig dat niet gesproken kan worden van een “functional product according to the user manual and product description” en rechtvaardigt deze tekortkoming niet alleen opzegging, maar ook de ontbinding van de overeenkomst. De tekortkoming was immers een “material

breach” als bedoeld in artikel 13.2 van de overeenkomst. Bovendien heeft Jaeger SBI bij brief van 11 april 2001 een termijn gegund om alsnog na te komen, waardoor zij in dat opzicht artikel 13.2 heeft nageleefd. Derhalve moet worden aangenomen dat de overeenkomst door de brief van 27 juli 2001 rechtsgeldig is ontbonden. Vanaf die datum is Jaeger van haar verbintenissen bevrijd.

3.32. Ingevolge artikel 4.1 van de overeenkomst vervalt de gegarandeerde afnameverplichting van Appendix 8 (*de rechtbank neemt aan dat met Appendix 9 bedoeld wordt Appendix 8, nu Appendix 9 geen guaranteed sales forecast bevat*) indien vertragingen in de verkopen het gevolg zijn van gebreken in de software. De rechtbank neemt aan dat dit laatste het geval is, nu gebleken is dat zich gedurende de gehele looptijd van de overeenkomst ernstige problemen zijn blijven voortdoen. Dat betekent dat de vorderingen van SBI, voor zover zij zijn gebaseerd op de gegarandeerde afnameverplichtingen, moeten worden afgewezen.

3.33. De gevorderde schadepost van € 19.473.000,- is gebaseerd op de stelling dat Jaeger ten onrechte de samenwerking heeft verbroken en dat daardoor de onderneming van SBI te gronde is gegaan. Deze vordering kan niet worden toegewezen omdat – zoals uit het voorgaande (rechtsoverweging 3.31) blijkt dat Jaeger de overeenkomst op goede gronden heeft ontbonden. Derhalve is zij niet aansprakelijk voor wat er na de beëindiging van de samenwerking met het bedrijf van SBI is gebeurd.

3.34. Nu geen vergoeding van de gevorderde schade kan worden toegewezen, kunnen ook de kosten tot vaststelling van deze schade niet worden toegewezen.

3.35. De gevorderde verklaringen voor recht dat Jaeger niet gerechtigd was de overeenkomst op 27 juli 2001 te beëindigen, dat zij derhalve gehouden was tot 12 december 2002 aan de verplichtingen uit de distributieovereenkomst te voldoen en dat zij na 27 juli 2001 is tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen uit de overeenkomst, moeten worden afgewezen omdat geoordeeld wordt dat Jaeger de overeenkomst op 27 juli 2001 op goede gronden heeft ontbonden.

3.36. Ten slotte heeft SBI een verklaring voor recht gevorderd dat Jaeger vóór 27 juli 2001 is tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen en uit dien hoofde schadeplichtig is jegens SBI. Voor zover SBI heeft gesteld dat dit tekortkomen bestaat uit het niet voldoen aan de gegarandeerde afnameverplichting, stuit deze stelling af op hetgeen hiervoor (rechtsoverweging 3.32) is overwogen. Nu SBI geen “functional products” heeft geleverd, bestond er voor Jaeger geen verplichting tot afname van gegarandeerde aantallen van het product.

3.37. Voor zover SBI heeft gesteld dat de tekortkoming van Jaeger heeft bestaan uit het feit dat Jaeger gedurende de looptijd van de overeenkomst het verbod van artikel 2.3 van de overeenkomst heeft overtreden en concurrerende producten heeft verkocht, geldt het volgende. SBI heeft zich beroepen op een verklaring van Schwind Medizin-technik van 16 oktober 2001, waaruit blijkt dat Jaeger in de periode november 1999 tot oktober 2000 concurrerende software van Schwind heeft afgenomen en heeft doorverkocht aan haar afnemers. Volgens Jaeger waren deze leveringen slechts te zien als leveringen ten behoeve van het onderhoud aan reeds voordien door haar geleverde systemen. Dit is door SBI in zoverre weersproken dat deze erop wijst dat volgens Schwind de leveringen op 17 december

1999, 20 december 1999, 21 december 1999, 4 januari 2000, 21 februari 2000 en 31 augustus 2000 “Neugeräte-Kompletsoftware” betroffen. Naar het oordeel van de rechtbank kan in deze gevallen niet worden gesproken van een handelen in strijd met de verplichting uit artikel 2.3 van de overeenkomst om geen “competing products” te verkopen aangezien SBI niet weersproken heeft dat zij Jaeger eerst op 21 juli 2000 in het bezit heeft gesteld van een gecertificeerde versie van de software, waarmee Jaeger de markt op kon. Het is niet aannemelijk dat partijen met het verbod van artikel 2.3 de bedoeling hadden om het Jaeger onmogelijk te maken haar klanten te bedienen in de periode voordat SBI haar marktgerede producten had verschaft.

3.38. Ook het enkele voorkomen van de concurrerende producten van Nicolet naast de (van SBI betrokken) producten van Jaeger in een brochure van het moederconcern Viasys van april 2001 is onvoldoende om een schending aan te nemen van het verbod om concurrerende producten te verkopen. Er is immers niet gebleken dat Jaeger vóór het einde van de overeenkomst daadwerkelijk concurrerende producten van Nicolet aan derden heeft verkocht. In tegendeel blijkt uit de getuigenverklaringen dat het na de beëindiging van de overeenkomst nog vrij lang heeft geduurd voordat Jaeger haar klanten van Nicolet-apparatuur voorzag.

3.39. Uit het voorgaande blijkt dat ook de gevorderde verklaring voor recht dat Jaeger vóór 27 juli 2001 is tekortgeschoten in haar verplichtingen uit het concurrentieverbod en deswege schadeplichtig is, moet worden afgewezen.

3.40. SBI zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van Jaeger worden begroot op:

- explootkosten	€	0,00	
- vast recht		3.632,00	
- getuigenkosten		167,20	
- deskundigen		0,00	
- overige kosten		0,00	
- salaris procureur		<u>30.504,50</u>	(9,5 punten × tarief € 3.211,00)
Totaal	€	34.303,70	

in reconventie

3.41. Uit hetgeen in conventie is overwogen, blijkt dat Jaeger op 27 juli 2001 de overeenkomst tussen partijen rechtsgeldig heeft ontbonden. De gevorderde verklaring voor recht die hierop betrekking heeft kan dan ook worden gegeven.

3.42. De ontbinding van de overeenkomst brengt mee dat Jaeger van haar verplichtingen uit die overeenkomst is bevrijd. Ook dit kan door de rechtbank worden uitgesproken.

3.43. Aan de gevorderde zekerheidstelling komt de voorwaarde te ontvallen dat Jaeger tot betaling van enig bedrag jegens SBI is veroordeeld. Hierop hoeft de rechtbank dus geen uitspraak te doen.

3.44. Jaeger heeft vergoeding gevorderd van een bedrag van € 4.488.000,- wegens geleden schade. Dit betreft zowel directe als indirecte schade (gevolgschade). Hiertegen heeft SBI aangevoerd dat de overeenkomst zich in de artikelen 7 en 8 verzet tegen een

dergelijke schadevergoeding. De rechtbank volgt SBI in dit standpunt. Artikel 7 beperkt de aansprakelijkheid van SBI (the supplier) tot het herstel van de non conforme software. Elke verdere aansprakelijkheid is uitgesloten. Artikel 8 sluit uitdrukkelijk elke aansprakelijkheid van SBI voor gevolgschade uit. Anders dan Jaeger in haar pleidooi aanvoert, kan niet worden gezegd dat redelijkheid en billijkheid zich in het onderhavige geval verzetten tegen een beroep op de overeengekomen beperking van aansprakelijkheid. De beperking is juist bedoeld voor gevallen zoals het onderhavige, waarin het geleverde product gebreken vertoont, en met het oog daarop overeengekomen. De gevorderde schadevergoeding kan dan ook niet worden toegewezen.

3.45. Jaeger heeft ten slotte de veroordeling van SBI gevorderd tot vergoeding van de kosten die Jaeger tot vaststelling van de in reconventie gevorderde schade en bestrijding van de schadeopstelling van SBI. Deze schade bestaat uit de facturen die zij heeft voldaan aan ESJ accountants ten bedrage van € 32.250,-. De facturen zijn niet uitgesplitst naar de werkzaamheden ten behoeve van het verweer in conventie, waarvan de vergoeding toewijsbaar is, en de werkzaamheden ten behoeve van de eis in reconventie, welke niet vergoed kunnen worden. De vordering kan dan ook niet in haar geheel worden toegewezen. Naar redelijkheid en billijkheid zal de helft van het gevorderde bedrag, oftewel € 16.125,-, worden toegewezen.

3.46. Nu beide partijen gedeeltelijk in het ongelijk zijn gesteld, zal de rechtbank de kosten in reconventie compenseren, in dier voege dat ieder zijn eigen kosten draagt.

in conventie en in reconventie

3.47. Een van de rechters, ten overstaan van wie de pleidooien zijn gehouden, heeft dit vonnis niet mede kunnen wijzen in verband met benoeming elders.

4. De beslissing

De rechtbank

in conventie

4.1. wijst de vorderingen af;

4.2. veroordeelt SBI in de proceskosten, aan de zijde van Jaeger tot op heden begroot op € 34.303,70;

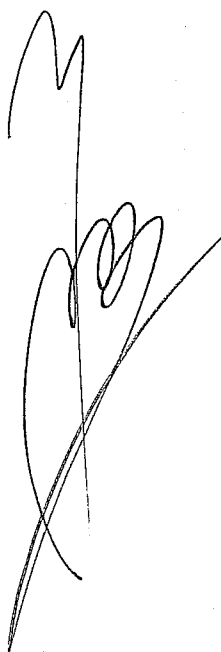
in reconventie

4.3. verklaart voor recht dat Jaeger de distributieovereenkomst tussen partijen rechtsgeldig heeft ontbonden en dat Jaeger mitsdien is bevrijd van haar verplichtingen uit deze overeenkomst;

4.4. veroordeelt SBI om aan Jaeger te betalen een bedrag van EUR 16.125,00 (zestienduizend honderd vijftig euro), vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6: 119 BW over het nog niet betaalde deel van het toegewezen bedrag vanaf 23 maart 2005 tot de dag van volledige betaling;

- 4.5. verklaart de veroordeling uit het vonnis in reconventie uitvoerbaar bij voorraad;
- 4.6. compenseert de kosten van deze procedure tussen partijen, in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt;
- 4.7. wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit vonnis is gewezen door mr. F.J. de Vries, mr. G. Noordraven en mr. C.M.E. Lagarde en in het openbaar uitgesproken op 28 juni 2006.

A large, stylized handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke at the bottom.A large, stylized handwritten signature in black ink, featuring a prominent loop at the top and a long horizontal stroke at the bottom.