ECLI:NL:GHDHA:2014:1603

Instantie	Gerechtshof Den Haag
Datum uitspraak	20-04-2014
Datum publicatie	21-05-2014
Zaaknummer	200.096.246-01
Formele relaties	Cassatie: ECLI:NL:HR:2015:3237, (Gedeeltelijke) vernietiging met verwijzen
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	samenwerkingsovereenkomst software; uitleg overeenkomst; omzetgarantie; exclusiviteitsbeding; beëindigingsbepaling; doorbetaling na beëindiging; tekortkoming; schatting schade. Vervolg op ECLI:NL:GHDHA:2013:4430
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

GERECHTSHOF DEN HAAG

Afdeling Civiel recht

Zaaknummer : 200.096.246/01

Zaaknummer rechtbank : 366842

Arrest van 20 mei 2014

inzake

[naam],

gevestigd te [vestigingsplaats], gemeente [gemeente],

principaal appellante,

geïntimeerde in het incidenteel appel,

hierna te noemen: [B],

advocaat: mr. K.C. Mensink te Den Haag,

tegen

[naam],

wonende te [woonplaats], gemeente [gemeente],

geïntimeerde in het principaal appel,

incidenteel appellant,

hierna te noemen: [H],

advocaat: mr. R.A.W.J. van Eijck te Rotterdam.

Het geding

Het hof heeft in deze zaak op 10 december 2013 een tussenarrest gewezen. Het verwijst voor het procesverloop tot die datum naar dat arrest. [B] heeft vervolgens een akte overlegging producties (met producties) genomen. [H] heeft bij brief een productie in het geding gebracht. De in genoemd arrest bevolen comparitie van partijen heeft niet tot een schikking geleid. Van die comparitie is proces-verbaal opgemaakt. De zaak is ten slotte naar de rol verwezen voor arrest.

Verdere beoordeling

1. Het hof blijft bij hetgeen het in zijn arrest van 10 december 2013 heeft overwogen en beslist. In voormeld arrest heeft het hof geoordeeld dat [B] toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van de verplichtingen die uit hoofde van de door haar met [H] gesloten overeenkomst (verder wederom: de overeenkomst) op haar rustende verplichtingen, te weten het exclusiviteitsbeding, haar inspanningsverplichting tot verkoop van INCAM gedurende 2009 en haar verplichting tot afdracht van onderhoudsbijdragen vanaf 2010. Het hof heeft vervolgens overwogen dat het geen andere mogelijkheid ziet tot bepaling van de aan [H] te betalen schadevergoeding dan het schatten van de schade. Daarbij heeft het hof overwogen dat de door [B] te betalen schadevergoeding ertoe dient om [H] in een zodanige vermogenspositie te brengen als hij had gehad als [B] haar contractuele verplichtingen wel was nagekomen. Het heeft partijen vervolgens in de gelegenheid gesteld het hof in te lichten over wat aan een goede schatting kan bijdragen.

2. [H] heeft het hof doen weten dat hij niet kan aantonen hoeveel INCAM-licenties [B] had kunnen verkopen als zij zich wel had ingespannen, omdat hij geen inzage krijgt in de verkoopadministratie van [B]. [B] heeft in haar akte overlegging producties het standpunt ingenomen dat, zo [H] al schade heeft geleden, deze niet hoger is dan 3.742,70 aan onderhoudsgelden uit lopende contracten, welk bedrag nog tot de helft zou moeten worden gematigd. [B] stelt dat [H] geen schade heeft geleden doordat [B] het exclusiviteitsbeding heeft geschonden, omdat zij Offertespiegels hooguit een half jaar te vroeg op de markt heeft gebracht, [H] in dat halve jaar INCAM niet had kunnen verkopen omdat het nauwelijks verkoopbaar was en er betere alternatieven waren en [H] zou moeten aantonen dat hij in die periode verkoopinspanningen heeft verricht. Met betrekking tot de inspanningsverplichting die [B] in 2009 naar het oordeel van het hof niet is nagekomen, betoogt [B] onder overlegging van producties dat zij in 2009 een gelijke inspanning heeft geleverd als in 2008, maar dat de markt INCAM niet meer wilde. Het voert daartoe als reden aan dat [H] INCAM niet had doorontwikkeld. Haar slotsom is dat [H] geen schade heeft geleden doordat [B] haar inspanningsverplichtingen niet (geheel) is nagekomen.

3. Het hof stelt voorop dat een bepaling van de aan [H] te betalen schadevergoeding slechts mogelijk is door een schatting waarbij wordt uitgegaan van het gegeven dat het hof al heeft geoordeeld dat [B] op de drie aangegeven punten toerekenbaar is tekortgeschoten en dat het hof heeft geoordeeld dat [B] op een aantal, in rechtsoverweging 4 te bespreken, punten haar stellingen onvoldoende heeft onderbouwd, zodat zij niet tot bewijs is toegelaten.

4. Voor zover [B] in haar akte overlegging producties uitgangspunten voor de schatting van de schade naar voren brengt waarvan het hof in genoemd tussenarrest heeft geoordeeld dat zij deze onvoldoende heeft onderbouwd, zal het hof daarvan niet uitgaan, omdat zij anders in de gelegenheid zou worden gesteld feiten en omstandigheden in te brengen die zij in haar memorie van grieven uiteen had behoren te zetten. Daartoe zal [B] niet meer in de gelegenheid worden gesteld. Ter zake van haar stelling dat INCAM was verouderd en dat klanten van [B] INCAM niet meer wilden, heeft het hof geoordeeld dat [B] dat onvoldoende heeft onderbouwd, omdat zij in algemeenheden is blijven steken. Bij de schatting van de door [H] geleden schade zal het hof er dus vanuit moeten gaan dat INCAM gedurende heel 2009 een courant en up tot date product was. De gegevens die [B] heeft overgelegd ter zake van de wel door haar geleverde verkoopinspanningen over 2009 zijn voor de schadebepaling door het hof onbruikbaar, omdat reeds vast staat dat die onvoldoende zijn geweest. De verkoopinspanningen van [B] hadden in het licht daarvan moeten leiden tot een resultaat dat, gelet op verslechterende marktomstandigheden in 2009 waarvan het hof is uitgegaan, naar het oordeel van het hof ten minste circa 90% was van dat van 2008.

5. Het hof acht de stelling van [B] dat zij niet meer dan een half jaar te vroeg met Offertespiegels is begonnen, ongeloofwaardig. [B] heeft in haar memorie van grieven naar voren gebracht dat de verkoop van de module Offertespiegels van IBIS TRAD pas in maart 2010 op gang is gekomen. Het hof constateert dat Offertespiegels begin september 2009 al zover was uitontwikkeld, dat [B] een

presentatie aan het publiek aandurfde door een op 8 september 2009 verzonden aankondiging (zie rechtsoverweging 1.5 van het tussenarrest). Het hof acht het aannemelijk dat [B] met de ontwikkeling van Offertespiegels op zijn laatst in de eerste maanden van 2009 is begonnen. Het hof gaat ervan uit dat [B] voor het ontwikkelen en in verkoop brengen van Offertespiegels een jaar nodig heeft gehad. Gezien de omstandigheid dat [B] op grond van het exclusiviteitsbeding pas op 1 januari 2010 de eerste werkzaamheden ten behoeve van de ontwikkeling van Offertespiegels in gang had mogen zetten, had zij de verkoop van Offertespiegels, indien zij zich aan de overeenkomst had gehouden, pas op 1 januari 2011 kunnen laten beginnen.

6. Het ligt in de rede dat potentiële klanten van [B] niet een heel jaar op een nieuw product willen wachten. Daarom had het voor de hand gelegen dat [B] met [H] voor de overgangsperiode de afspraak had gemaakt dat zij gedurende 2010 INCAM nog als tijdelijke voorziening had mogen leveren, inclusief onderhoud, en dat daarbij tevens afspraken waren gemaakt over een vergoeding voor het nakomende onderhoud bij oude INCAM-gebruikers die niet overstapten naar Offertespiegels. Het hof zal daar bij de schatting van de schade van uitgaan.

7. Het hof passeert ook de stelling van [B] dat de schade moet worden geschat aan de hand van door [H] aan te tonen inspanningen zijnerzijds om tussen september 2009 en maart 2010 INCAM te verkopen. Door het exclusiviteitsbeding te schenden heeft [B] [H] effectief als concurrent op grote achterstand geplaatst, zo niet uitgeschakeld. Indien [B] het exclusiviteitsbeding niet had geschonden, had [H] tot 1 januari 2011 de tijd gehad om de markt voor INCAM te bewerken en daartoe desgewenst gelijktijdig aan de ontwikkeling van Offertespiegels een nieuwe versie van INCAM te ontwikkelen (zoals hij naderhand ook heeft gedaan).

8. Het hof komt op grond van het hierboven overwogene tot de volgende schattingen.

   a. Uitgangspunt bij de schatting ter zake van de tekortkoming van [B] bij haar verkoopinspanningen in 2009 is de door [H] als productie 7 bij de memorie van antwoord overgelegde factuur, waarin de totale opbrengst van de zgn. Van Wijnen-deal wordt afgerekend (licenties en onderhoud). Gelet daarop wordt de gemiste verkoop van nieuwe licenties in 2009 inclusief het daarbij behorende onderhoud in het eerste jaar geschat op (circa 90% van 76.414,12 =) 70.000,-. Het hof gaat ervan uit dat de onderhoudsgelden over 2009 betreffende licenties die vóór 2009 door [B] zijn verkocht, tussen partijen zijn verdeeld (zie daarover punt 33 van de akte overlegging producties van [B]).

   b. Ter zake van de schending door [B] van het exclusiviteitsbeding gaat het hof ervan uit dat [B] gedurende de eerste helft van 2010 op gelijke voet INCAM-licenties (inclusief eerste jaar onderhoud) zou hebben verkocht in afwachting van de bekendmaking van Offertespiegels, maar dat die afzet na 1 juli 2011 zou zijn teruggelopen, omdat Offertespiegels zijn schaduwen vooruit wierp. Het hof schat het aan [H] toekomende deel van de opbrengst daarvan op 50.000,-. Daarnaast komt het aandeel van [H] in onderhoudsgeld uit doorlopende contracten, waarbij er rekening mee moet worden gehouden dat partijen hebben beoogd [H] uit die onderhoudscontracten een redelijk deel van zijn inkomen te doen toekomen. Het hof schat dat aandeel op 30.000,- (méér dan in 2009, omdat ervan wordt uitgegaan dat [B] ook in 2009 nieuwe INCAM-licenties had moeten verkopen, waarvan de onderhoudscontracten in 2010 doorliepen).

   c. Het hof gaat er met betrekking tot de tekortkoming van [B] bij de afdracht voor onderhoud vanaf 2010 van uit dat [B] en [H] ten behoeve van de vergoeding voor doorlopend onderhoud na 2010 een afspraak zouden hebben gemaakt die ertoe zou hebben geleid dat [B] aan [H] een afkoopsom zou hebben betaald die afhankelijk was van het aantal bij [B] nog doorlopende onderhoudscontracten voor INCAM (zie productie 13 van [H] bij memorie van antwoord). Nu partijen niet meer samenwerken, gaat het hof ervan uit dat 100% van de INCAM-licenties wordt omgezet in Offertespiegels. Daarbij past dan, overeenkomstig het namens [B] aan [H] gedane voorstel, een schadevergoeding aan [H] van 61.050,-.

   Gelet op het hierboven overwogene schat het hof de totale door [B] aan [H] te betalen schadevergoeding op 211.050,-. Aangezien geen sprake is van een handelsovereenkomst in de zin van artikel 6:119 BW maar van een samenwerkingsovereenkomst, zal de rentevordering van [H] op basis

van artikel 6:119 BW worden toegewezen, en wel vanaf de dag waarop [H] de schade heeft geleden. Het hof stelt deze, de onderscheidene data voor de verschillende schadeposten middelend, vast op 1 januari 2010.

9. In het licht van het hierboven overwogene heeft [H] bij verdere behandeling van zijn grieven 7, 8 en 9 geen belang. De slotsom is dat met betrekking tot de beslissing van de rechtbank op de vordering in reconventie zowel de grieven van [B] als die van [H] falen. Omdat [H] in hoger beroep zijn vordering in reconventie heeft gewijzigd en het hof die gewijzigde vordering in voege als in rechtsoverweging 8 overwogen gedeeltelijk zal toewijzen, zal het hof het vonnis van de rechtbank, voor zover gewezen in reconventie, vernietigen voor zover het de punten 5.5, 5.12 en 5.13 betreft, en zal het terzake beslissen als na te melden. Aangezien de grieven van beide zijden niet tot resultaat leiden, zal het hof beslissen dat beide partijen de eigen kosten van het hoger beroep dragen.

Beslissing

Het hof:

- vernietigt het tussen partijen gewezen vonnis van de rechtbank 's-Gravenhage van 11 mei 2011, voor zover het de punten 5.5, 5.12 en 5.13 betreft,

en, in zoverre opnieuw rechtdoende,

- veroordeelt [B] aan [H] 211.050,- te betalen, vermeerderd met de wettelijke rente, bedoeld in artikel 6:119 BW, vanaf 1 januari 2010 tot aan de dag der algehele voldoening;

- verklaart deze veroordeling uitvoerbaar bij voorraad;

- bekrachtigt het vonnis voor het overige;

- bepaalt dat elk der partijen de eigen kosten van het hoger beroep draagt;

- wijst het in hoger beroep meer of anders gevorderde af.

Dit arrest is gewezen door mrs. S.A. Boele, A.V. van den Berg en S.J. Schaafsma en is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 20 mei 2014 in aanwezigheid van de griffier.