

Computerrecht 2014/40

Rechtbank Gelderland 27 november 2013, nr. C-06-135238 - HA ZA 12-496

(Mr. S.A.M. Vrendenburg-Elsbeek)
m.nt. J.I. Krikke¹

(art. 7:401 en 7:403 BW)

ECLI:NL:RBGEL:2013:4796

Geen schending zorgplicht door software-onderhoudspartner. De softwaregebruiker heeft zelf wijzigingen aangebracht in de hardware-omgeving waardoor een licentietekort ontstond. De partij die het onderhoud verleende wist niet en hoefde niet te weten van deze wijzigingen en had daarom geen plicht om te waarschuwen voor het ontstane licentietekort.

uitspraak/vonnissen/arrest in de zaak van:
vonnissen

RECHTBANK GELDERLAND

Team kanton en handelsrecht

Zittingsplaats Zutphen

zaaknummer / rolnummer: C/06/135238 / HA ZA 12-496

Vonnissen van 27 november 2013

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

TAUW GROUP B.V.,

gevestigd te Deventer,

eiseres,

advocaat mr. drs. H. van der Perk te Apeldoorn,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

IMTECH ICT BUSINESS SOLUTIONS BV,

gevestigd te Zaltbommel,

gedaagde,

advocaat mr. drs. J.H. Hommel te Zoetermeer.

Partijen zullen hierna Tauw Group en Imtech genoemd worden.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- het tussenvonnissen van 22 mei 2013
- het proces-verbaal van comparitie van 2 september 2013.

¹ Judica Krikke is advocaat bij Stibbe te Amsterdam

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De feiten

2.1. Tauw Group is een financiële holding waarbinnen zij een advies- en ingenieursbureau heeft, gericht op ruimtelijke ontwikkeling, watermanagement en goed leefklimaat. Imtech drijft een groothandel in computers, randapparatuur en software. Eniac Essentials is onderdeel van Imtech.

2.2. In juli 2009 zijn partijen een overeenkomst van opdracht 'support' aangegaan voor supportdiensten gericht op de Lotus Domino omgeving (software van IBM en I-Series omgeving). Op grond van die overeenkomst (hierna: de supportovereenkomst) kan Tauw Group ook IBM producten, waaronder licenties, van IBM afnemen. Blijkens de considerans bestaan de support- en beheerdiensten uit servicedesk ondersteuning ingeval van calamiteiten en preventief en periodiek beheer van de in gebruik zijnde systeemomgeving.

2.3. In juli 2009 is tevens een mantelovereenkomst gesloten, waarin de bepalingen zijn vastgelegd waaronder door Tauw Group aan Imtech opdrachten zouden worden verstrekt.

2.4. Op 20 augustus 2009 heeft Tauw Group in de persoon van [naam 1], [naam 2] van Imtech benaderd met de vraag of hij met een WebSphere specialist van Imtech de mogelijkheden zou kunnen doornemen tot handhaving van de SSO-functionaliteit bij de ombouw van een IBM WebSphere omgeving naar een Microsoft omgeving. Imtech heeft vervolgens geadviseerd om de WebSphere software van Tauw Group te upgraden. Daarbij ging Imtech ervan uit dat er op nieuwe VM instances nieuwe installaties zouden worden uitgevoerd. Op 21 oktober 2009 heeft [naam 1] van Tauw Group aan Imtech gevraagd of de fysieke server waarop CRM draait, de T0059, kon worden vervangen door een VM instance. Hij vroeg op dezelfde datum aan de adviseur inkoop van Tauw Group, [naam 3], of laatstgenoemde bij Imtech een offerte wilde vragen voor de upgradekosten van met name genoemde licenties. [naam 3] antwoordde daarop dat volgens [naam 4] (van Imtech, rb) upgrades onderdeel uitmaken van Passport Advantage en daarom kosteloos zijn (producties 4, 5, 6, 7 en 9 bij dagvaarding).

2.5. Tauw Group heeft op 15 januari 2010 aan Imtech een opdracht verstrekt tot advisering door Imtech aan Tauw Group bij het opwaarderen van Tauws WebSphere-software. De opdracht was gebaseerd op een rapport van Imtech van dezelfde datum. (productie 12 bij dagvaarding).

2.6. In het rapport staat onder meer het navolgende vermeld:

“(…) 2.1. Infra werkzaamheden

Tijdens de inventarisatie is gekeken naar de huidige WebSphere omgeving. Hieronder treft u een overzicht aan van de servers welke momenteel operationeel zijn.

2.2.1. Huidige omgeving:

T0020 test WPS (...)

T0059 (fysiek) prod WPS (...)

T0123 (VM) test WAS (...)

Y0114 (fysiek) prod WAS

2.2.2. Nieuwe omgeving:

Voor alle servers gelden de volgende gedetailleerde systeemeisen;

CPU: idem als huidig; allen mogen virtueel uitgevoerd worden. (...)

3 Inschatting werkzaamheden

Er is overeengekomen tijdens de inventarisatie dat Tauw verantwoordelijk is voor de installatie van de hardware en operating system.

De uren in onderstaande tabel hebben dus alleen betrekking op de werkzaamheden van Imtech ICT Integrated Solutions, welke bestaan uit de installatie/upgrade van de Websphere Software en het deployen van de portlets welke specifiek voor Tauw zijn ontwikkelt (...)

3.1 Prijsstelling en voorwaarden

De werkzaamheden worden aangeboden op basis van de lopende mantelovereenkomst. (...)

2.7. Bij e-mail van 15-01-2010 (productie 13 bij dagvaarding) schreef Tauw Group aan Imtech:

“(...) Ik kan je meedelen dat Tauw opdracht gaat verlenen aan Imtech IIS voor uitvoeren van de werkzaamheden conform hetgeen opgenomen is in aanbieding Tauw Side Effects Deelproject Portal Upgrade Versie 1.1 van 15 januari 2010. [naam 3] zal begin volgende week één en ander formeel afhandelen met [naam 4].

Vorbereidende werkzaamheden aan de benodigde virtuele servers zullen plaats vinden onder leiding van Geb Kos. (...)”.

2.8. Op 3 november 2010 vond een controle plaats op de bij Tauw Group in gebruik zijnde licenties, namens IBM uitgevoerd door KPMG. Daarbij bleek dat Tauw Group voor de WebSphere Portal Express te weinig PVU's heeft gecontracteerd (100 in plaats van 200). Later is gebleken dat dit kwam doordat voor de WebSphere Portal Express een 100 PVU virtuele processor was gebruikt die was ondergebracht op een fysieke server van 200 PVU. Tauw Group ontving vervolgens een rekening van IBM van € 65.412,- exclusief BTW. Deze rekening is (mede door bemiddeling van Imtech) teruggebracht tot een bedrag van € 45.300,- exclusief BTW.

2.9. Een CPU is een Central Processing Unit, de hardware binnen een computer die de instructies van een computerprogramma uitvoert. Een PVU is een Processor Value Unit, een meetinstrument van IBM dat onder meer haar licentiecontracten stroomlijnt (bron: Wikipedia, rb).

2.10. In een brief van Imtech van 7 september 2011 (productie 18 bij dagvaarding) aan Tauw Group staat voor zover van belang het navolgende:

“(...) De Websphere omgeving die thans heeft geleid tot het geschil van Tauw met IBM wordt niet genoemd in de

opdrachtbevestiging. De gehele virtualisatie van Websphere Portal Express betrof een eigen project van Tauw. Imtech is niet bij dit project betrokken geweest.

Omdat Imtech met betrekking tot de virtualisatie van bedoelde Websphere omgeving geen werkzaamheden heeft verricht, kan zij ook niet aansprakelijk zijn voor de schade die Tauw stelt te hebben geleden. Imtech heeft geen onjuist advies gegeven en is dan ook niet toerekenbaar tekort geschoten. Ten aanzien van bedoelde Websphere omgeving had Tauw zelf moeten onderzoeken of extra licenties vereist waren, hetgeen Tauw dus heeft nagelaten. (...)”.

2.11. Daarop heeft Tauw Group bij brief van 29 september 2011 (productie 18 bij dagvaarding) als volgt gereageerd:

“(...) Uw oordeel dat Imtech niet bij de virtualisatie betrokken was deel ik niet. Uit het eerder door mij aangehaalde rapport ‘Tauw Side Effects’ blijkt dat Imtech zonder voorbehoud zegt dat alle CPU's gevirtualiseerd mogen worden. (...) U kunt dus niet volhouden dat Imtech niet bij de virtualisatie betrokken is geweest. Daarbij doet niet ter zake of zij daadwerkelijk werkzaamheden heeft uitgevoerd. Kortom, Imtech heeft er als deskundige over geadviseerd en een belangrijk onderdeel over het hoofd gezien. (...)”.

2.12. In een brief van Imtech aan Tauw Group van 9 augustus 2012 staat voor zover van belang het navolgende:

“(...) Zoals reeds eerder gemeld, is de virtualisatie van Websphere Portal Express door Tauw zelf uitgevoerd. Imtech is niet bij dat project betrokken geweest. Bij deze virtualisatie heeft Tauw zich niet geconformeerd aan het Side Effects Rapport. In het Side Effects Rapport staat dat voor alle servers geldt: ‘CPU: idem als huidig. Allen mogen virtueel uitgevoerd worden.(...)’”.

3. Het geschil

3.1. Tauw Group vordert dat de rechtbank bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

1. verklaart voor recht dat Imtech toerekenbaar tekortgeschoten is in de uitvoering van de opdracht, subsidiair dat zij onrechtmatig heeft gehandeld, door Tauw Group onjuist respectievelijk niet naar behoren te informeren over de gevolgen van de virtualisatie voor de IBM licenties van Tauw Group,
2. Imtech veroordeelt de schade te vergoeden, welke bestaat uit nodeloos gemaakte licentiekosten ten bedrage van € 45.300,00 (ex BTW),
3. Imtech veroordeelt tot het voldoen van de buitengerechtelijke kosten van € 1.178,00,
4. Imtech veroordeelt in de kosten van het geding.

3.2. Tauw Group legt aan haar vorderingen de vaststaande feiten en de navolgende stellingen ten grondslag. Het gaat om het uitvoeren van een overeenkomst van opdracht. De opdrachtnemer dient de werkzaamheden met zorg te verrichten en de norm waarnaar hij dient te handelen is die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot. Imtech beschikt over een grote deskundigheid en is al jaren bekend met de systemen van Tauw Group. Het beheer van de IBM licenties van Tauw Group is in handen van Imtech. Tauw Group heeft steeds aan Imtech gevraagd welke licenties benodigd zijn. Imtech was ervan op de hoogte dat Tauw Group voornemens was virtuele machines in gebruik te nemen. Imtech heeft aan Tauw Group meegedeeld dat zij recht heeft op gratis upgrades binnen het IBM Passport advantage licentiecontract. Imtech heeft op verzoek van Tauw Group een offerte opgesteld voor zowel de fysieke als de virtuele servers. In die offerte, die door Tauw Group is geaccepteerd, staat vermeld dat alle fysieke processoren (CPU's) virtueel mogen worden uitgevoerd. Daardoor is Tauw Group naar achteraf gebleken is onjuist geïnformeerd.

3.3. Imtech heeft zich niet gedragen zoals een goed adviseur betaamt waardoor Tauw Group schade heeft geleden. In het bijzonder heeft Imtech haar informatie- mededelings- en waarschuwingplicht geschonden door Tauw Group niet te wijzen op de gevolgen van het virtualiseren op een te grote machine.

3.4. Tauw Group heeft kosten gemaakt ten behoeve van het onderzoek naar de rechtmatigheid van de claim van IBM en zij heeft uitgebreid gecorrespondeerd met IBM en Imtech over de schade en de verdeling daarvan. Zij maakte aanspraak op de buitengerechtelijke kosten conform Voorwerk II.

4. Het verweer

4.1. Imtech concludeert tegen de achtergrond van de vaststaande feiten dat de rechtbank Tauw Group in haar vorderingen niet-ontvankelijk verklaart, althans haar vorderingen afwijst als ongegrond en onbewezen met veroordeling van Tauw Group in de kosten van de procedure. Imtech is niet toerekenbaar tekortgeschoten in de nakoming van de opdracht en zij heeft ook niet onrechtmatig gehandeld. Zij heeft Tauw Group geadviseerd bij het upgraden van WebSphere software bij de ombouw naar Microsoft Active Directory. Deze opdracht heeft zij met zorg verricht.

4.2. De onderhavige opdracht staat los van de supportovereenkomst, die Imtech (ook) correct is nagekomen. Tauw Group beheerde de licenties en Imtech verzorgde de aanvraag daarvan. Voor de opdracht is onder de mantelovereenkomst op 15 januari 2010 een afzonderlijke overeenkomst gesloten, conform de specificaties in het rapport. Nu Tauw Group zich beroept op het niet nakomen van de supportovereenkomst dient het primair gedeelte van haar vordering als ongegrond te worden afgewezen, temeer daar Tauw Group haar stellingname over de supportovereenkomst handhaaft en niet de grondslag van haar vordering wijzigt.

4.3. Tauw Group had recht op gratis updates binnen het bestaande contract. Imtech wist dat Tauw Group wilde virtualiseren, maar Tauw wilde dat zelf uitvoeren en dat kon zij ook, als ter zake deskundige. Het probleem van Tauw Group is het gevolg van het feit dat zij bij het virtualiseren niet een, maar twee CPU's heeft toegewezen aan een fysieke server zonder over de benodigde licenties te beschikken. Dit heeft zij nimmer aan Imtech meegedeeld. Had zij dat wel gedaan dan had Imtech gemeld dat meerder licenties noodzakelijk waren en dan was Imtech graag bereid geweest deze te leveren. Imtech had ook niet kunnen weten dat Tauw Group niet één, maar twee virtuele processors zou toewijzen. De gehele virtualisatie is buiten Imtech omgegaan en Imtech heeft daarbij geen betrokkenheid gehad.

4.4. Bovendien had Tauw Group kunnen weten dat het virtualiseren op meerdere servers gevolgen zou hebben voor het aantal licenties. Imtech heeft immers gemeld dat Tauw Group recht had op gratis upgrades binnen het IBM Passport advantage licentiecontract. Ook blijkt uit het rapport duidelijk dat Imtech ervan uitging dat het aantal servers gelijk zou blijven, immers was sprake van het virtueel uitvoeren van 'CPU idem als huidig'. Het enkele virtualiseren heeft geen gevolgen voor het aantal benodigde licenties. Het is het gebruik van niet één, maar twee processoren bij de virtualisatie dat ertoe leidt dat meer PVU's nodig waren. Voor het gebruik van de Websphere software dient de gebruiker per CPU een licentie (PVU) aan te vragen en te kopen bij IBM. Imtech verzorgde voor Tauw Group de aanvraag van dergelijke licenties.

4.5. De buitengerechtelijke kosten dienen te worden afgewezen. Imtech is nimmer aangeschreven door de raadsman van Tauw Group.

5. De beoordeling

5.1. Voor de beoordeling van dit geschil is in de eerste plaats relevant onder vigeur van welke overeenkomst de opdracht heeft plaatsgevonden. Tauw Group heeft aan haar primaire vordering beide overeenkomsten ten grondslag gelegd waartegen Imtech verweer heeft gevoerd.

5.2. De supportovereenkomst is blijkens de hiervoor onder 2.2 weergegeven considerans een abonnement op ondersteuning van de Lotus Domino omgeving en de I-Series omgeving bij onder meer calamiteiten. Het upgraden van bestaande software valt niet onder die overeenkomst, zodat voor het upgraden van de software een nieuwe overeenkomst noodzakelijk was, de overeenkomst van 15 januari 2010. Deze overeenkomst is, zo blijkt ook uit de offerte (hierboven onder 2.6), gesloten onder de werking van de mantelovereenkomst die betrekking heeft op specifieke overeenkomsten van opdracht en die niet ziet op ondersteuning en beheer. Het beroep van Tauw Group op de supportovereenkomst wordt derhalve gepasseerd.

5.3. De vraag die thans beantwoord dient te worden is of Imtech, door Tauw Group niet te waarschuwen voor de gevolgen van het uitbreiden van het aantal CPU's voor de bestaande IBM licenties, tekortgeschoten is in de nakoming van de overeenkomst van opdracht. Bij de beoordeling van

die vraag wordt vooropgesteld dat de overeenkomst van 15 januari 2010 alleen betrekking had op het door Imtech upgraden van de WebSphere omgeving van Tauw Group. Tauw Group voerde zelf de virtualisatie uit waartoe zij, naar zij niet heeft betwist, de deskundigheid had.

5.4. Niet in geschil is dat de software aanvankelijk liep op een computer met één CPU en dat dit na de virtualisatie is veranderd. Partijen twisten over de vraag of de virtualisatie heeft plaatsgevonden vóór of nadat het upgraden was uitgevoerd. Tauw Group voert daarover aan dat Imtech de upgrade heeft uitgevoerd nadat Tauw Group de WebSphere omgeving had gevirtualiseerd en dat Imtech bij het upgraden van die omgeving had moeten zien dat het aantal CPU's was toegenomen, hetgeen Imtech aan Tauw Group had moeten melden. Deze volgorde wordt door Imtech betwist. Echter, veronderstellenderwijs aangenomen dat de virtualisatie vóór de upgraden heeft plaatsgevonden, zoals Tauw Group stelt, is die vraag alleen van belang als dat betekent dat Imtech bij het upgraden had moeten zien dat zij dat uitvoerde op een VM instance die op hardware met twee processoren draaide.

5.5. Tegenover de gemotiveerde betwisting van Imtech, dat zij dit niet wist en ook niet kon weten, heeft Tauw Group haar stelling onvoldoende gemotiveerd gehandhaafd. Tauw Group heeft immers ter comparitie onder meer het navolgende verklaard:

“(…) Naar aanleiding van de opmerking van de wederpartij moet ik zeggen dat Imtech inderdaad strikt genomen niets deed met onze hardware, maar ze kwamen wel bij ons over de vloer. Ten tweede heeft Tauw Group Imtech opdracht gegeven tot een onderzoek naar de mogelijkheden van een upgrade. Dat onderzoek is uitgevoerd op computers van Tauw Group. Imtech heeft naar aanleiding van dat onderzoek geadviseerd dat een upgrade mogelijk was, ook op virtuele machines. Het onderzoek van Imtech op zich was niet op virtualisatie gericht maar Imtech heeft de upgradeomgeving gebouwd op de door Tauw Group gevirtualiseerde server. (...) Maar wij laten nooit een virtueel systeem draaien op een machine met één processor en Imtech had dat moeten weten of er naar moeten vragen. Wij virtualiseren bij Tauw Group altijd met meerdere virtuele servers op één hardware computer en daarvoor zijn er per definitie meerdere processoren nodig, want iedere virtuele server heeft een eigen processor. Het probleem is dat IBM bleek te kijken naar de hardware en niet naar de virtuele server voor het berekenen van het aantal CPU's en daarmee het aantal PVU's. Imtech heeft onvoldoende uitvoering gegeven aan de overeenkomst door Tauw Group niet te berichten dat de uitvoering van een upgrade op de door Tauw aangewezen machine een overtreding van de licentievoorwaarden zou opleveren.(...) Websphere kon pas op de virtuele server geplaatst worden toen die was gebouwd op hardware met twee CPU's (...) Tauw biedt aan te bewijzen dat Imtech wist, althans moest weten, dat de machine waarop de virtuele server in kwestie draaide er één was met twee CPU's. Er is sprake van een

samenstel van losse opdrachten dat bepaalde wetenschap bij Imtech veronderstelt (...).”

5.6. Uit voorgaande verklaring volgt dat Tauw Group erkent dat Imtech niets deed met de hardware van Tauw Group. Verder maakt zij niet concreet dat Imtech wist dat Tauw Group nooit een virtueel systeem liet draaien op een machine met één processor en op welke wijze Imtech had kunnen zien dat gebruik werd gemaakt van twee processoren voor het geval dat Imtech het niet wist. Zij stelt immers ook dat Imtech er naar had moeten vragen. Op grond hiervan is de rechtbank van oordeel Imtech niet wist of hoefde te weten dat virtualisatie zou plaatsvinden op hardware met twee virtuele servers. Dit zo zijnde, was er voor Imtech geen reden of aanleiding om Tauw Group te waarschuwen voor consequenties voor het benodigde aantal licenties. Het bewijsaanbod dat de virtualisatie heeft plaatsgevonden voordat Imtech de upgraden heeft uitgevoerd zal, gelet op het hiervoor onder 5.4 overwogene, worden gepasseerd.

5.7. Gelet op de meerdere keren gedane mededeling van Imtech dat alle CPU's in het huidige systeem mochten worden gevirtualiseerd en het feit dat Tauw Group haar stelling, na de betwisting door Imtech dat het toekennen van twee processoren aan een machine bij haar niet bekend was, niet nader heeft onderbouwd, wordt geoordeeld dat Imtech ervan uit mocht gaan dat het aantal CPU's hetzelfde zou zijn en blijven en dat Tauw Group het aantal CPU's niet zou verhogen. Imtech heeft derhalve niet gehandeld in strijd met enige contractuele of non-contractuele zorgplicht.

5.8. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de vorderingen van Tauw Group moeten worden afgewezen en dat zij, als de in het ongelijk gestelde partij, in de proceskosten zal worden veroordeeld. Die kosten zijn:

vast recht € 1.789,00
salaris advocaat € 1.788,00

totaal € 3.577,00

5.9. Om organisatorische redenen wijst een andere rechter dit vonnis dan de rechter die de comparitie heeft geleid.

6. De beslissing

De rechtbank wijst de vorderingen af, veroordeelt Tauw Group in de kosten van het geding aan de zijde van Imtech gevallen, tot op heden begroot op € 3.577,00.

Noot

Tauw Groep heeft een overeenkomst met Imtech voor het verlenen van software-onderhoud op IBM-software. Onder de overeenkomst kan Tauw Groep ook aanvullende licenties kopen voor IBM-software. In 2010 laat IBM een audit uitvoeren bij Tauw Groep om vast te stellen of Tauw Groep voldoende licenties heeft. Dat blijkt niet zo te zijn. Tauw Groep verwijt dit aan Imtech en betreft de stelling dat Imtech zich

niet heeft gedragen zoals het een goed adviseur betaamt. Tauw Groep meent dat Imtech niet heeft voldaan aan haar zorgplicht, door Tauw Groep niet te informeren dat zij additionele licenties nodig had. Imtech stelt dat zij niet behoefde te informeren en dat niet eens kon, omdat de additionele licentiebehoefte is ontstaan door een wijziging die Tauw Groep zelf heeft uitgevoerd en waarvan Imtech niet op de hoogte was.

Imtech trekt aan het langste eind. Het licentietekort is in casu ontstaan door een wijziging in de hardware-omgeving (een virtualisatie) waarbij tegelijkertijd meer rekencapaciteit (in de vorm van een additionele Central Processing Unit 'CPU') is toegewezen aan een fysieke server. Die uitbreiding van CPU's veroorzaakt het licentietekort. Tauw Groep heeft de virtualisatie zelf uitgevoerd zonder betrokkenheid van Imtech. De rechtbank is van oordeel dat Imtech niet wist of behoefde te weten dat Tauw Groep had gevirtualiseerd op zodanige wijze dat daardoor een licentietekort ontstond. Aldus was er voor Imtech ook geen aanleiding om Tauw Groep te waarschuwen voor consequenties van de wijze van virtualisatie zoals door Tauw Groep uitgevoerd. Imtech heeft niet gehandeld in strijd met een contractuele of non-contractuele zorgplicht.

De rol van onderhoudspartners en wederverkopers (resellers) van software wordt niet vaak aan het oordeel van de rechtbank onderworpen. Dat dit hier gebeurt, maakt deze uitspraak daarmee per definitie noemenswaardig.

Het komt veel voor dat softwareleveranciers derde partijen inschakelen voor het verlenen van ondersteunende diensten, zoals het verrichten van onderhoud. Ook schakelen leveranciers vaak derden in voor de verkoop en distributie van software. De functies van onderhoudspartner en wederverkoper worden vaak gecombineerd.

Wat mag worden verwacht van dit soort partijen? Heeft een wederverkoper of onderhoudspartner een zorgplicht waar het gaat om de licentiebehoefte van de klant en zo ja, wat houdt die plicht dan in en hoever gaat die plicht? Er is nog weinig jurisprudentie waarin dit is uitgekristalliseerd voor de specifieke situatie van de softwarewederverkoper en de onderhoudspartner. Jarenlang leefden dit soort partijen een vrij zorgeloos bestaan waarin ze noch door leverancier, noch door klant werden lastiggevallen als ze maar de bestelde pakketjes software afleverden en/of behoorlijk support verleenden. Bij eventuele geschillen over licenties en licentiebehoefte verwees de tussenpersoon de klant vriendelijk naar de leverancier en keerde zich vervolgens met gerust hart van de situatie af. De vraag is of die comfortabele positie nog lang houdbaar is. Voor de klant is deze partij vaak het enige aanspreekpunt voor alles wat betrekking heeft op de bedoelde software. Met de leverancier van de software heeft de klant vaak geen enkele relatie, anders dan – veelal – gebondenheid aan algemene voorwaarden die bij de software zijn verstrekt. Als de tussenpersoon zich dan afdraait als er problemen ontstaan, voelt de klant zich

bekocht en niet zonder reden. Tegelijkertijd is het ook niet zonder reden dat onderhoudspartners en wederverkoper niet betrokken wensen te raken in geschillen tussen klant en leverancier over licenties en eventuele licentietekorten.

Dat maakt de vraag naar de zorgplicht van dit soort partijen voor de praktijk zeer relevant. Mag van een partij die het onderhoud verricht van bepaalde software worden verwacht dat deze alert is op de licentiebehoefte van de klant? Moet deze dienstverlener de klant waarschuwen als hij zich realiseert dat er een tekort is of zou kunnen ontstaan? Gaat de zorgplicht zover dat hij zich actief over de licentiepositie van de klant moet laten informeren om daarover te kunnen adviseren? En in dit geval: wat mag een klant redelijkerwijs verwachten van een partij die zij in huis heeft voor de levering van ondersteunende diensten, bijvoorbeeld het installeren van updates en upgrades voor bepaalde programma's, als die partij ook optreedt als tussenpersoon voor de aanschaf van nieuwe licenties? De rechtbank spreekt zich daar in deze uitspraak niet in detail over uit, maar geeft toch wat richting. De rechtbank oordeelt dat er onvoldoende aanwijzingen zijn dat Imtech kon weten of zou moeten weten van de wijze van virtualisatie. Gezien die omstandigheden had Imtech geen aanleiding te waarschuwen voor consequenties. Tauw Groep betoogt nog dat Imtech de upgrades voor de software levert en dus had kunnen zien dat de infrastructuur was gewijzigd. Daarin gaat de rechtbank niet mee. De rechtbank acht niet relevant of Imtech upgrades heeft gedaan na of voor de virtualisatie. Het enkele feit dat Imtech misschien de hardwarewijziging had kunnen zien, acht de rechtbank kennelijk onvoldoende voor het aannemen van een schending van de zorgplicht. Tegelijkertijd suggereert de uitspraak dat als de onderhoudspartner wel op de hoogte is of had moeten zijn van veranderingen die tot een licentietekort leiden, de zorgplicht mogelijk met zich meebrengt dat de klant daarover dient te worden geïnformeerd.

J.I. Krikke