

LJN: BN3619, Rechtbank Amsterdam , 394965 / HA ZA 08-1044

Datum 21-04-2010
uitspraak:
Datum 10-08-2010
publicatie:
Rechtsgebied: Handelszaak
Soort procedure: Eerste aanleg - enkelvoudig
Inhoudsindicatie: Toerekenbare tekortkoming; conformiteit; ondeugdelijk ontharingsapparaat; strijd met W.E.P.; veiligheidseisen; CE-certificatie; geen verwijzing naar schadestaatprocedure.

Uitspraak

vonnis
RECHTBANK AMSTERDAM

Sector civiel recht

zaaknummer / rolnummer: 394965 / HA ZA 08-1044

Vonnis van 21 april 2010

in de zaak van

[A],
wonende te Mijdrecht,
eiseres,
advocaat mr. I.A.J.M. van Eijk- Fransen,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
MEDCOS B.V.,
gevestigd te Blaricum,
gedaagde,
advocaat mr. M.N. de Groot.

Partijen zullen hierna [A] en Medcos genoemd worden.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van 26 maart 2008, met producties,
- de conclusie van antwoord, met producties,
- het tussenvonnissen van 16 juli 2008, waarin een comparitie van partijen is gelast die geen doorgang heeft gevonden in verband met een gezamenlijk verzoek van partijen om de zaak naar de parkeerrol te verwijzen,
- de akte van 1 juli 2009, waarin [A] heeft aangegeven de procedure te willen voortzetten en waarin zij producties in het geding heeft gebracht, waaronder het tussenvonnissen van deze rechtbank van 17 juni 2009 in de zaak [B]/Medcos (met zaak- en rolnummer 334987/HA ZA 06-358),
- het tussenvonnissen van 25 november 2009 waarin wederom een comparitie van partijen is gelast,
- het proces-verbaal van comparitie van 11 december 2009,
- de akte uitlating tevens houdende aanvulling grondslag eis, met als producties foto's van het apparaat van [A],
- de antwoordakte van Medcos.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De feiten

Als enerzijds gesteld en anderzijds erkend dan wel niet (voldoende) betwist, alsmede op grond van de in zoverre niet bestreden inhoud van overgelegde bewijsstukken, staat het volgende vast.

2.1. [A] drijft een eenmanszaak onder de namen 'Pedicurepraktijk [X]' en 'Beautysalon [Y]' te [--]. [A] verricht onder meer pedicure, voetverzorgings- en gezichtsbehandelingen, alsmede permanente ontharingsbehandelingen.

2.2. Medcos is op 27 mei 2004 opgericht en heeft als doel het produceren van medische-cosmetische technische apparatuur die onder andere gebruikt kan worden voor ontharingsbehandelingen, alsmede het tegengaan van acne, couperose en huidveroudering. Medcos heeft van de Belgische fabrikant Libinvest S.A.(hierna: Libinvest) ontharingsapparaten betrokken en doorverkocht die werken volgens de zogenaamde IPL (Intense Pulsed Light)-methode. Deze apparaten worden aangeduid als de eerste generatie IPL-apparaten.

2.3. Op 25 maart 2005 heeft [A] met Medcos een koopovereenkomst gesloten ter zake van een Medcos IPL-apparaat voor een koopprijs van EUR 45.850,-- exclusief btw (hierna: de koopovereenkomst). Bij de koopprijs was een Marketing Super Plus Pakket begrepen, op grond waarvan Medcos verplicht was gedurende 2 jaar marketingondersteuning te bieden. De levering en plaatsing van het IPL-apparaat met serienummer MED 1021 (met maximale pulsetellerstand 200) heeft op of omstreeks 22 april 2005 plaatsgevonden.

2.4. Bij brief van 19 september 2005 heeft Medcos [A] uitgenodigd voor een bespreking om 'uitgebreid en eerlijk te spreken over de wederzijdse positieve, maar ook vooral over de wederzijdse negatieve ervaringen en constateringens sinds de start van ons partnership'.

2.5. Bij brief aan Medcos van 21 september 2005 heeft [A] de door haar geconstateerde gebreken en tekortkomingen aan het IPL-apparaat uiteengezet. Deze betroffen onder meer de klacht dat de behandelingen met het apparaat geen dan wel onvoldoende effect hadden, dat verbrandingen van de huid waren opgetreden en klachten ten aanzien van het koelingsstelsel en ten aanzien van filters die verbrandden.

2.6. Bij brief van 12 oktober 2005 heeft Medcos aan [A] een conversievoorstel doen toekomen, inhoudende dat het IPL-apparaat van [A] tegen bijbetaling van een zeker bedrag kon worden geruild voor een tweede generatie IPL-apparaat van een andere fabrikant. Partijen hebben geen overeenstemming bereikt over een dergelijke conversie.

2.7. In een brief van 15 juni 2006 heeft [A] samen met een collega, [C], de klachten over de werking van het IPL-apparaat en de marketingondersteuning nogmaals uiteengezet en hebben zij voorts – voor zover hier van belang – het volgende medegedeeld:

"(...)

Het aanbieden van het "nieuwe" model IPL van Medcos is voor ons geen optie.

Herhaaldelijk hebben we verzocht om technische gegevens en testrapporten en testresultaten.

Technische gegevens zijn heel summier verstrekt, maar gegevens over b.v. de pulsopbouw worden niet overlegd. Net zomin hebben we iets gezien van testrapporten of testresultaten. Medcos belooft ook bij dit IPL apparaat weer dat het geschikt is voor behandeling van acne, couperose en huidverjonging maar kan dit niet onderbouwen d.m.v. een klinisch rapport. Omdat wij niet opnieuw voor Medcos het nieuwe apparaat willen gaan testen en uitproberen, is deze nieuwe versie voor ons geen acceptabele oplossing voor onze problemen.

(...)"

2.8. Op 6 november 2007 heeft de Voedsel- en Waren Autoriteit (hierna: de VWA) naar aanleiding van een klacht van een collega van [A], [B], een Medcos IPL-apparaat onderzocht. In het proces-verbaal van bevindingen en het daarbij behorende schrijven van 28 november 2007 wordt gesteld dat de elektrische veiligheid van het IPL-ontharingsapparaat ontoereikend is en niet voldoet aan de eisen

gesteld in artikel 3 eerste lid van het Warenwetbesluit Elektrotechnische Producten (hierna: WEP).

2.9. Bij brief van 28 december 2007 heeft (de raadsman van) [A] de koopovereenkomst buitengerechtelijk ontbonden.

2.10. In België heeft fabrikant Libinvest Medcos in 2005 gedagvaard en betaling van openstaande facturen gevorderd. Medcos heeft verweer gevoerd en in een conclusie van 4 mei 2006 onder meer het volgende citaat opgenomen uit een in haar opdracht opgesteld rapport van 'Unitron Electronics Group' van 1 september 2005.

"Niet alleen lijken de vermelde temperaturen in het testrapport ver naast de werkelijkheid, de gemeten temperaturen bij de geleverde IPL-systemen betekenen een aanmerkelijk risico voor de persoonlijke veiligheid."

"Door de positie van het waterreservoir kan de elektronische veiligheid niet gegarandeerd worden."

"De tekortkomingen en onvolledigheden in het testrapport zijn van dusdanige aard dat de validiteit en werkelijkheid van de informatie in het testrapport ernstig in twijfel moeten worden getrokken.

Conclusie is dat dit testrapport niet kan dienen als basis voor CE-certificatie."

2.11. In de onder 2.10 bedoelde procedure in België heeft Medcos ter onderbouwing van haar stellingen onder meer als productie in het geding gebracht een brief van 6 september 2005 waarin Consultants Europe B.V. – voor zover hier van belang – aan Medcos heeft geschreven:

"(...)

Consultants Europe bv was commissioned by MedCos Skin Solutions to determine if the MedCos®IPL machine was in compliance with the essential requirements out of the European product regulations and the CE marking requirements.

(...)

After the investigation a safety inspection rapport was compiled indicating that the MedCos®IPL did not comply to the essential requirements out of the European product regulations and that modifications had to be brought onto the MedCos®IPL machine to ensure compliance. (...)

(...) Consultants Europe can only complete the CE marking certification (...) once the modifications have been brought onto the product and the final verifications have been carried out. (...)"

3. Het geschil

3.1. [A] vordert bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

I. te verklaren voor recht dat Medcos aansprakelijk is voor de door [A] geleden en nog te lijden schade, op grond van de toerekenbare tekortkoming in de nakoming en/of dwaling en/of productaansprakelijkheid en/of het doen/gedaan hebben van misleidende mededelingen omtrent het product en/of onrechtmatige daad ter zake de door partijen gesloten koopovereenkomst van 25 april 2005;

II. te verklaren voor recht dat de koopovereenkomst buitengerechtelijk is ontbonden, althans de koopovereenkomst te ontbinden danwel te vernietigen, alsmede Medcos te veroordelen om ten titel van ongedaanmaking dan wel wegens onverschuldigde betaling te voldoen aan [A] het door haar reeds betaalde bedrag van de koopsom, te vermeerderen met de wettelijke handelsrente vanaf de opeisbaarheid tot aan de dag der algehele voldoening, waartegenover [A] zich bereid verklaart mee te werken aan teruglevering van het gekochte, voor zoveel nodig op kosten van Medcos;

III. Medcos te veroordelen om aan [A] ten gevolge van de toerekenbare tekortkoming in de nakoming en/of dwaling en/of productaansprakelijkheid en/of misleidende mededelingen en/of onrechtmatig handelen te vergoeden de door [A] geleden en nog te lijden schade, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, een en ander te vermeerderen met de verschuldigde wettelijke handelsrente vanaf de opeisbaarheid tot aan de dag van voldoening;

IV. Medcos te gebieden de gedane mededelingen niet (meer) openbaar te (laten) maken c.q. te uiten alsmede Medcos te veroordelen ter zake deze mededelingen een rectificatie openbaar te (laten) maken, een en ander op straffe van een dwangsom van EUR 500,-- per overtreding;

V. Medcos te veroordelen in de kosten van deze procedure, te vermeerderen met de wettelijke handelsrente over deze proceskosten vanaf de 15de dag na de dag van de uitspraak.

3.2. [A] legt het volgende aan haar vorderingen ten grondslag. Het geleverde IPL-apparaat vertoont gebreken en beantwoordt niet aan de overeenkomst. Het apparaat functioneert niet deugdelijk en niet conform hetgeen door Medcos is voorgesteld aangezien permanente ontharing niet mogelijk is

gebleken en ook andere behandelingen niet met succes konden worden verricht met het apparaat. Het apparaat heeft zelfs schade c.q. letsel in de vorm van verbranding veroorzaakt. Daarnaast voldoet het IPL-apparaat volgens een rapport van de VWA niet aan de wettelijke veiligheidseisen en is het apparaat, anders dan werd voorgesteld, niet CE-gecertificeerd. [A] was gerechtigd de overeenkomst met Medcos buitengerechtelijk te ontbinden en wenst de schade die zij heeft geleden dan wel nog zal lijden op Medcos te verhalen.

3.3. Medcos voert verweer. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

4.1. Volgens [A] vormt de non-conformiteitseis van artikel 7:17 BW de grondslag voor de ontbinding van de overeenkomst. [A] heeft gesteld dat het IPL-apparaat niet aan de gesloten overeenkomst beantwoordt nu het apparaat niet de eigenschappen bezit die zij op grond van de overeenkomst mocht verwachten. De non-conformiteit bestaat enerzijds uit de ondeugdelijke werking van het apparaat en anderzijds uit het niet voldoen aan wettelijke veiligheidseisen waardoor het apparaat ingevolge het WEP niet op de markt gebracht had mogen worden.

4.2. Medcos wordt niet gevolgd in haar stelling dat de 'aanvulling grondslag eis' bij akte van 13 januari 2010 van [A] in strijd is met de goede procesorde. [A] heeft reeds bij dagvaarding aan haar stellingen ten grondslag gelegd dat de elektrische veiligheid van het IPL-apparaat ontoereikend is en niet voldoet aan de wettelijke eisen van het WEP. Het VWA-rapport is ook reeds bij dagvaarding in het geding gebracht. Vervolgens heeft [A] ter onderbouwing van haar stellingen bij akte van 1 juli 2009 nog de volgende stukken in het geding gebracht: het VWA-rapport met de aanvullingen daarop van 19 en 24 februari 2009, de relevante processtukken en het tussenvonnissen in de zaak [B]/Medcos. Hoewel Medcos nog vóór de comparitie in de gelegenheid is gesteld om hierop bij antwoordakte te reageren, heeft zij hiervan geen gebruik gemaakt.

Onder deze omstandigheden kan worden geconcludeerd dat bij akte van 13 januari 2010 [A] haar eis niet heeft gewijzigd en dat ook de feiten die [A] aan haar eis ten grondslag heeft gelegd niet nieuw zijn. Medcos is dan ook op generlei wijze overvallen door de wijze waarop [A] in januari 2010 de grondslag van haar vordering heeft aangevuld dan wel verduidelijkt. Bovendien is Medcos ruimschoots in de gelegenheid geweest om haar verweer op dit punt toe te lichten en te onderbouwen zodat zij geenszins is geschaad in haar belangen. Voor zover de inhoud van de akte van [A] van 13 januari 2010 derhalve al kan wordt aangemerkt als 'eiswijziging', wordt deze toegestaan.

4.3. Medcos heeft betwist dat het aan [A] geleverde apparaat niet deugdelijk is en heeft gesteld dat het VWA-rapport (zie hierboven onder 2.8) niet ter onderbouwing van de stellingen van [A] kan worden gebruikt. Het apparaat van [B] is immers niet identiek aan dat van [A] en bovendien heeft het VWA-onderzoek uitsluitend op instructie van [B] plaatsgevonden, aldus Medcos.

Deze verweren van Medcos worden verworpen.

Als onbetwist is komen vast te staan dat beide apparaten 'eerste generatie' IPL-apparaten zijn, van dezelfde fabrikant zijn, op dezelfde dag, te weten op 22 april 2005, zijn geleverd en opeenvolgende serienummers hebben (MED 1021 en MED 1022). De gebreken die de VWA heeft geconstateerd, hebben betrekking op het ontwerp van het apparaat zodat aangenomen mag worden dat alle 'eerste generatie' IPL-apparaten dezelfde gebreken vertonen, behoudens tussentijdse modificaties van het ontwerp op deze punten. Onder deze omstandigheden was het dan ook aan Medcos om te stellen en concreet te onderbouwen dat het apparaat van [A] op de door de VWA genoemde punten is aangepast en verbeterd ten opzichte van het apparaat van [B]. De algemene stelling van Medcos dat de leverancier telkens modificaties in techniek en behuizing van het IPL-apparaat heeft aangebracht is daartoe onvoldoende. Daarmee moet er ten processe van worden uitgegaan dat de apparaten van [B] en [A] op de door de VWA geconstateerde punten niet verschilden zodat de conclusies van het VWA-rapport ook gelding hebben voor het door Medcos aan [A] geleverde apparaat.

Ook de omstandigheid dat Medcos in eerste instantie niet is betrokken bij het onderzoek aan het IPL-apparaat van [B] kan er niet toe leiden dat het VWA-rapport in deze procedure onbruikbaar is. Zoals blijkt uit de overgelegde processtukken is Medcos immers wel degelijk in de gelegenheid gesteld om te reageren op de bevindingen van de VWA en heeft de VWA inhoudelijk op de bezwaren van Medcos gereageerd in haar deskundigenverklaring. Aan het bezwaar van Medcos dat geen hoor- en wederhoor heeft plaatsgevonden is dan ook tegemoet gekomen.

4.4. Voor zover [A] haar verweer handhaaft dat het onderzoek van de VWA uiterst summier was en om die reden de bevindingen van het rapport niet kunnen worden onderschreven, wordt het volgende overwogen.

Dit verweer heeft de VWA reeds weerlegd in haar brief van 19 februari 2009, waarin zij onder meer vermeldt: "Het is zonder meer mogelijk om conclusies te verbinden aan beperkt onderzoek, voor zover het deelonderzoek geen ruimte laat voor twijfel. U vindt een toelichting in de bijgevoegde verklaring van onze deskundige." Uit deze toelichting blijkt dat er bij de VWA geen twijfel over bestaat dat het apparaat niet voldoet aan diverse toepasselijke normen en bepalingen van het WEP. De deskundigenverklaring bevat, voor zover hier relevant, de volgende beoordeling:

"Als de bevindingen worden getoetst aan het door de VWA gehanteerde interventiebeleid is het zonder behulp van gereedschap aanraakbaar worden van onder gevaarlijke spanning staande delen na het wegnemen van met de hand verwijderbare afschermingen in te delen in de categorie van ernstige overtredingen en worden direct corrigerende interventies toegepast. Het is daarmee een ernstige overtreding van de eerder genoemde wettelijke bepalingen en een dergelijk product mag alleen al op basis van deze tekortkoming niet worden verhandeld."

Hieruit kan worden afgeleid dat volgens de VWA het apparaat niet mocht worden verhandeld en dat er geen noodzaak was om nader onderzoek naar eventuele andere tekortkomingen te doen.

Nu Medcos niet met zoveel woorden de conclusie heeft bestreden dat het apparaat wegens strijd met het WEP niet verhandeld had mogen worden, maar zich beperkt tot haar bezwaren tegen het gebruik van dit rapport als bewijsmiddel in déze procedure, neemt de rechtbank de conclusies van de VWA over en maakt die tot de hare. Zoals onder 4.3 reeds is overwogen ziet de rechtbank geen aanleiding om de conclusies van de VWA niet van toepassing te laten zijn op het aan [A] geleverde IPL-apparaat zodat het voorgaande tot de slotsom leidt dat ook het aan [A] geleverde IPL-apparaat niet beantwoordde aan de overeenkomst.

4.5. Daarbij komt dat Medcos zich blijkens een door [A] overgelegde conclusie in een procedure jegens haar fabrikant Libinvest (zie hiervoor onder 2.10) op het standpunt heeft gesteld dat de door Libinvest geleverde IPL-apparaten niet goed functioneren (zie onder '1.2.1 Dysfonctionnements'), niet voldoen aan Europese normen (zie onder '1.2.2 Conformité aux normes européennes') en niet veilig zijn. Het door Medcos ingeschakelde bureau Unitron heeft volgens een door Medcos weergegeven citaat uit een rapport van 1 september 2005 niet alleen geconcludeerd dat de gemeten temperaturen bij de geleverde IPL-systemen een aanmerkelijk risico voor de persoonlijke veiligheid betekenen, maar ook dat het door Libinvest ter hand gestelde testrapport vanwege tekortkomingen en onvolledigheden niet kan dienen als basis voor CE-certificatie.

Uiteraard is dit rapport van Unitron en deze procedure tegen Libinvest ook voor de onderhavige procedure van belang, niet alleen omdat de veiligheid van het apparaat door [A] wordt betwist maar ook omdat [A] heeft gesteld dat Medcos ten onrechte heeft voorgespiegeld dat het IPL-apparaat een CE-keurmerk had. De weigering van Medcos om het rapport van Unitron in het geding te brengen en nadere toelichting te verstrekken omtrent de (uitkomst van) de procedure in België, kan dan ook slechts als een bevestiging van het standpunt van [A] worden uitgelegd.

De conclusie dat het aan [A] geleverde IPL-apparaat niet voldeed aan de toepasselijke veiligheidseisen en daarmee non-conform was, is dan ook niet alleen gerechtvaardigd op grond van het VWA-rapport maar ook op grond van de eigen stellingen van Medcos en haar verwijzingen naar het rapport van Unitron in de Belgische procedure.

4.6. Daarbij komt voorts nog dat uit de brief van 6 september 2005 van Consultants Europe blijkt dat ten tijde van de verkoop aan [A] de CE-certificering nog niet rond was en dat Medcos de stelling van [A] dat het apparaat ten onrechte werd gepresenteerd als CE-gecertificeerd, niet heeft betwist. Daarmee is komen vast te staan dat het IPL-apparaat ook vanwege de ontbrekende CE-certificering niet de eigenschappen bezat die [A] op grond van de overeenkomst mocht verwachten.

4.7. De slotsom van het hiervoor onder 4.3 – 4.6 overwogene is dat Medcos wanprestatie heeft gepleegd. De hierop gegronde vorderingen zijn dus toewijsbaar.

4.7.1. Dit brengt mee dat de onder I gevorderde verklaring voor recht dat Medcos aansprakelijk is voor de door [A] geleden en te lijden schade op grond van de toerekenbare tekortkoming in de nakoming ter zake van de door partijen gesloten koopovereenkomst zal worden toegewezen.

4.7.2. Gelet op de omstandigheid dat de aard van de tekortkoming ontbinding rechtvaardigt en

Medcos niet heeft betwist dat [A] de overeenkomst bij brief van 28 december 2007 heeft ontbonden, zal ook de gevorderde verklaring voor recht dat de koopovereenkomst buitengerechtelijk is ontbonden worden toegewezen.

4.7.3. Medcos zal worden veroordeeld om ten titel van ongedaanmaking aan [A] terug te betalen de reeds betaalde koopsom, zijnde EUR 45.850,-- exclusief btw, te vermeerderen met de onbestreden wettelijke handelsrente vanaf 28 december 2007 tot aan de voldoening. De rechtbank gaat er daarbij van uit dat [A] de door haar betaalde btw kan verrekenen.

4.7.4. Voorts heeft [A] gevorderd Medcos te veroordelen om aan [A] te vergoeden de ten gevolge van de toerekenbare tekortkoming in de nakoming door [A] geleden en nog te lijden schade, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet. Nu niet is gesteld of gebleken dat de schade niet nu reeds kan worden vastgesteld, zal de zaak naar de rol worden verwezen opdat [A] bij akte haar schadestaat kan overleggen waarin zij haar schade dient te specificeren en te onderbouwen. De eventuele schade die zij zal lijden als gevolg van de teruglevering van het apparaat aan Medcos kan zij in deze specificatie opnemen. Medcos zal in de gelegenheid worden gesteld om bij antwoordakte te reageren op de akte van [A].

4.7.5. Het onder IV gevorderde gebod en de rectificatie op straffe van een dwangsom zullen worden afgewezen bij gebrek aan belang. Ontharingsapparaten van het type dat [A] van Medcos heeft gekocht, worden door Medcos niet meer verhandeld.

4.7.6. Alle verdere beslissingen zullen worden aangehouden.

5. De beslissing

De rechtbank

5.1. verklaart voor recht dat Medcos aansprakelijk is voor de door [A] geleden en nog te lijden schade op grond van de toerekenbare tekortkoming in de nakoming ter zake van de tussen partijen gesloten koopovereenkomst;

5.2. verklaart voor recht dat de koopovereenkomst buitengerechtelijk is ontbonden en veroordeelt Medcos tot betaling aan [A] van een bedrag van EUR 45.850,-- exclusief btw, te vermeerderen met de wettelijke handelsrente vanaf 28 december 2007 tot de dag van de voldoening;

5.3. verklaart dit vonnis ten aanzien van de betalingsveroordeling uitvoerbaar bij voorraad;

5.4. bepaalt dat de zaak weer op de rol zal komen van 19 mei 2010 voor akte aan de zijde van [A] tot het in rechtsoverweging 4.7.4 vermelde doel;

5.5. houdt iedere verdere beslissing aan.

Dit vonnis is gewezen door mr. G.W.K. van der Valk Bouman en in het openbaar uitgesproken op 21 april 2010.?