

0206737733

zaaknummer 200.068.692/01

9 oktober 2012

## GERECHTSHOF AMSTERDAM

TWEEDE MEERVOUDIGE BURGERLIJKE KAMER

## ARREST

in de zaak van:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
WAFO B.V.,  
gevestigd te Aalsmeer,  
APPELLANTE,  
advocaat: mr. M. Weij te Amsterdam,

t e g e n

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
SAP NEDERLAND B.V.,  
gevestigd te 's-Hertogenbosch,  
GEÏNTIMEERDE,  
advocaat: mr. I.M.C.A. Reinders Folmer te Amsterdam.

1. Het geding in hoger beroep

De partijen worden hierna Waterdrinker en SAP genoemd.

0206737733

zaaknummer 200.068.692/01

2

1.1. Voor de loop van het geding tot 14 februari 2012 verwijst het hof naar het op die datum uitgesproken tussenarrest en de daarin vermelde stukken.

1.2. Na dat tussenarrest heeft eerst Waterdrinker en vervolgens SAP een akte houdende uitlating genomen. Aan de akte van SAP zijn producties gehecht.

1.3. Vervolgens hebben partijen wederom arrest gevraagd.

## 2. Verdere beoordeling

2.1. Bij voormeld tussenarrest heeft het hof deskundige voorlichting aangewezen geacht over de vraag of sprake was van blijvende onmogelijkheid van SAP om aan haar verplichtingen jegens Waterdrinker te voldoen. In rechtsoverweging 3.8 heeft het hof overwogen dat in het onderhavige geval van blijvende onmogelijkheid kan worden gesproken indien komt vast te staan dat met de basisstructuur van de tot dan toe door SAP ontwikkelde software in het geheel geen redelijk werkbaar systeem voor de bedrijfsvoering van Waterdrinker valt te bereiken. In rechtsoverweging 3.10 heeft het hof de vragen geformuleerd die het hof voornemens was te stellen. De zaak is naar de rol verwezen om partijen in de gelegenheid te stellen zich uit te laten over de te benoemen deskundige(n) en de te stellen vragen.

2.2. Partijen hebben geen eensluidend voorstel gedaan voor de te benoemen deskundige(n). Waterdrinker heeft een tweetal deskundigen voorgedragen en voorgesteld deze twee deskundigen (gezamenlijk) te benoemen. SAP heeft een voorkeur uitgesproken voor drie deskundigen, waarbij in haar visie minimaal een van dezen kennis dient te hebben van de functionele omgeving van een agro-bedrijf als Waterdrinker, minimaal één kennis dient te hebben van SAP-software en met name van de door SAP gebruikte programmeertaal ABAP en minimaal één ingeschreven dient te zijn in het landelijk register van gerechtelijke

0206737733

zaaknummer 200.068.692/01

3

deskundigen. Zij heeft twee deskundigen voorgedragen en laten weten bezwaar te hebben tegen één van de door Waterdrinker genoemde deskundigen, maar er geen bezwaar tegen te hebben indien de andere door Waterdrinker genoemde persoon als derde deskundige wordt benoemd.

2.3. Het hof is van oordeel dat kan worden volstaan met de benoeming van één deskundige, die zo veel mogelijk beschikt over de door partijen gewenste eigenschappen en hoedanigheden. Waterdrinker heeft zich niet kunnen uitlaten over de door SAP voorgestelde deskundigen. Aangezien niet is gebleken van voorafgaand overleg tussen partijen of instemming van Waterdrinker met het voorstel van SAP, heeft het hof aanleiding gezien een ander dan een van de door partijen genoemde personen aan te zoeken. Het hof heeft prof. dr. ir. J.L.G. Dietz benaderd, die zich bereid en in staat heeft verklaard het onderzoek te verrichten en heeft laten weten geen banden te hebben met partijen. Partijen hebben de gelegenheid gekregen zich uit te laten over de persoon van prof. Dietz en het voorgestelde voorschot en zij hebben dit op respectievelijk 7 september 2012 (SAP) en 12 september 2012 (Waterdrinker) gedaan. Waterdrinker heeft laten weten geen bezwaar te hebben tegen het voornemen van het hof prof. Dietz te benoemen en evenmin tegen de kostenbegroting. SAP heeft haar voorkeur voor benoeming van drie deskundigen gehandhaafd. Het hof handhaaft echter zijn hiervoor weergegeven oordeel op dit punt. Het hof verzoekt prof. Dietz, met het oog op het voorkomen van procedurele gebreken bij de totstandkoming van het deskundigenbericht, kennis te nemen van de Leidraad deskundigen in civiele zaken en bij vragen, twijfel of gerezen problemen van procedurele aard contact op te nemen met de griffie van het hof. Indien prof. Dietz nadere voorlichting nodig acht op het punt van agro-bedrijfsvoering, heeft hij de vrijheid zich daarvan te voorzien, waarbij geldt dat hij daarvan in dat geval melding dient te maken in zijn rapport en dat hij zelf volledig verantwoordelijk blijft voor de inhoud van het rapport en de wijze waarop het onderzoek is uitgevoerd. Het hof zal het voorschot vaststellen zoals dat

0206737733

zaaknummer 200.068.692/01

4

door prof. Dietz is opgegeven. Mocht dit, gelet op de omvang van het te verrichten onderzoek, niet toereikend blijken te zijn, dan zal prof. Dietz een aanvullend voorschot kunnen verzoeken.

2.4. Met betrekking tot de formulering van de vragen heeft Waterdrinker voorgesteld de vragen 1 enerzijds en 2 en 3 anderzijds te ontkoppelen. Waterdrinker stelt vervolgens voor de deskundige in vraag 1 een algemeen oordeel te vragen over de kwaliteit van het tot dan toe door SAP ontwikkelde systeem. Het hof zal dit voorstel niet volgen. Een algemeen oordeel over de kwaliteit van het systeem is niet aan de orde; het gaat er uitsluitend om of met de basisstructuur van de tot dan toe ontwikkelde software al dan niet een redelijk werkbaar systeem kan worden bereikt (zie rechtsoverweging 3.8 van het tussenarrest). Waterdrinker heeft - onder verwijzing naar de rapporten van de door haar ingeschakelde deskundigen - aangevoerd dat dit niet het geval is. De vragen 1 en 2, in onderling verband bezien, dienen ertoe te weten te komen of de te benoemen deskundige de mening van de deskundigen van Waterdrinker omtrent de kwaliteit van het systeem deelt alsmede de daaraan door Waterdrinker dan wel haar deskundigen verbonden conclusie dat op basis van dat systeem geen redelijk werkbaar systeem valt te bereiken.

2.5. Ook SAP heeft wijzigingen in de te stellen vragen voorgesteld. SAP acht onjuist de rapporten van de partijdeskundigen van Waterdrinker tot uitgangspunt te nemen "en er een soort marginale toetsing op los te laten". Anders dan SAP veronderstelt, gaat het echter niet om een soort marginale toetsing van die rapporten. Het gaat erom dat de door Waterdrinker gestelde tekortkomingen concreet in die rapporten zijn omschreven (en het verweer van SAP in haar eigen commentaren) en dat het hof de visie van de deskundige daarop wenst te vernemen. Het spreekt vanzelf dat de deskundige zich daaromtrent een eigen zelfstandig oordeel heeft te vormen. Met betrekking tot de tweede vraag en het commentaar van SAP daarop verwijst het hof naar

0206737733

zaaknummer 200.068.692/01

5

rechtsoverweging 3.12 van het tussenarrest, waarin is overwogen dat het hof het debat van partijen over de vraag naar de precieze inhoud en omvang van de overeenkomst nog onbesproken laat. De door SAP voorgestelde aanvulling in de eerste alinea van vraag 2 gaat aan deze overweging voorbij. De voorgestelde aanvulling met betrekking tot eventuele verwijtbaarheid van Waterdrinker heeft geen betrekking op een aspect dat zich leent voor deskundigenonderzoek. De strekking van vraag 3 is inzicht te verkrijgen in de beheersbaarheid van het onderhoud. Het is het hof erom te doen te weten te komen of, ook als het systeem als zodanig deugdelijk is, de aan het onderhoud te besteden kosten van dien aard zijn dat het systeem om die reden niet geschikt is voor de bedrijfsvoering van Waterdrinker. Het hof zal vraag 3 echter in die zin wijzigen dat daarin niet rechtstreeks wordt gerefereerd aan de kosten van het onderhoud, maar aan de omvang van het onderhoud. Ten slotte merkt het hof naar aanleiding van punt 9 van de akte van SAP nog het volgende op. De in dat punt voorgestelde toevoeging grijpt terug op rechtsoverweging 3.8 van het tussenarrest. SAP lijkt die overweging echter anders uit te leggen dan deze is bedoeld. Ter verduidelijking merkt het hof op dat bedoeld is dat als mocht blijken dat het systeem in de basis ondeugdelijk is, maar deze ondeugdelijkheid niet absoluut is, in die zin dat het systeem (met - veel - extra tijd) deugdelijk kan worden gemaakt door het fundamenteel te wijzigen en de ontwikkelde software bijvoorbeeld geheel of voor een belangrijk deel te vervangen, dit in de gegeven omstandigheden niet afdoet aan het oordeel dat van blijvende onmogelijkheid sprake is.

2.6. Slotsom is dat het hof de vragen 1 en 2 zal handhaven en vraag 3 zal wijzigen in de hiervoor vermelde zin. Het hof gaat ervan uit dat, met de toelichting die hiervoor naar aanleiding van de opmerkingen van partijen is gegeven, de bedoeling van de vraagstelling in ieder geval thans duidelijk is. De onder 10 door SAP in haar akte voorgestelde bepalingen zullen deels in het dictum worden opgenomen. Voor het overige laat het hof

0206737733

zaaknummer 200.068.692/01

6

aan de deskundige over te bepalen wat hij voor zijn onderzoek nodig acht en hoe hij zijn onderzoek wil inkleden.

2.7. Het hof ziet geen aanleiding af te wijken van zijn voornemen het voorschot voor rekening van Waterdrinker te doen komen. De omstandigheid dat Waterdrinker reeds zelf deskundigen heeft ingeschakeld doet het hof niet van mening veranderen.

### 3. Beslissing

Het hof:

gelast een onderzoek door een deskundige ter beantwoording van de volgende vragen:

1. Wat is uw visie - mede gelet op de reactie daarop van SAP in haar commentaren op deze rapporten - omtrent het standpunt van de deskundigen J. Honkoop en/of B.W. Slijk in de overgelegde rapporten van 6 mei 2009 en 24 september 2010 over de kwaliteit van het door SAP ten behoeve van Waterdrinker ontwikkelde systeem?
2. Indien u dit standpunt geheel of gedeeltelijk deelt, is naar uw oordeel de basisstructuur van de door SAP ontwikkelde software (naar de stand van zaken in oktober/november 2008) dan van dien aard dat daarmee in het geheel geen redelijk werkbaar systeem voor de bedrijfsvoering van Waterdrinker valt te bereiken?
3. Wilt u bij uw antwoord op de vraag onder 2 tevens de omvang van het te verwachten onderhoud aan het systeem betrekken?
4. Heeft u overigens nog opmerkingen die voor deze zaak van belang kunnen zijn?

benoemt tot deskundige om dit onderzoek te verrichten:

Prof. dr. ir. J.L.G. Dietz,

Tulpentuin 93,

2272 BP Voorburg.

0206737733

zaaknummer 200.068.692/01

7

bepaalt dat de griffier een afschrift van dit arrest aan de deskundige zal toezenden;

bepaalt dat partijen vóór 30 oktober 2012 kopieën van de overige gedingstukken aan de deskundige zullen doen toekomen en dat zij de deskundige voorts zullen voorzien van aanvullende gegevens indien hij dit noodzakelijk acht voor zijn onderzoek;

bepaalt dat de deskundige het onderzoek zelfstandig - dat wil zeggen niet onder leiding van het hof - zal verrichten en dat dit zal plaatsvinden op een door de deskundige te bepalen tijd en plaats;

bepaalt dat aan de deskundige een bedrag groot € 12.100,- incl. btw als voorschot op zijn loon toekomt;

bepaalt dat Waterdrinker € 12.100,- incl. btw, zal overmaken op rekeningnummer 56.99.90.505 t.n.v. Ministerie van Justitie MvJ ontvangsten Gerechtshof, onder vermelding van code 80 51 H en zaaknummer 200.068.692/01 (WAFO/SAP);

bepaalt dat de griffier onmiddellijk na deponering van dit voorschot de deskundige hiervan in kennis zal stellen en dat de deskundige pas dan met het onderzoek behoeft te beginnen;

bepaalt dat de deskundige een schriftelijk, ondertekend bericht zal inleveren ter griffie van het hof vóór 26 februari 2013, onder indiening van zijn declaratie onder vermelding van zaaknummer 200.068.692/01 (WAFO/SAP);

verstaat dat de deskundige bij het onderzoek de partijen in de gelegenheid moet stellen opmerkingen te maken en verzoeken te doen, dat uit het schriftelijke bericht van de deskundige moet blijken of aan dit voorschrift is voldaan en dat van de inhoud

0206737733

zaaknummer 200.068.692/01

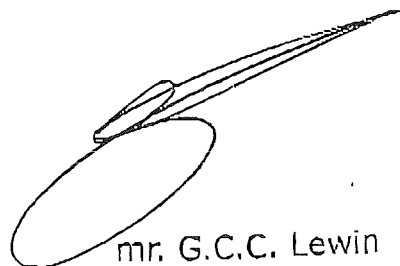
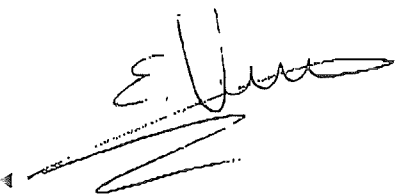
8

van de eventuele opmerkingen en verzoeken in dit schriftelijke bericht melding wordt gemaakt;

verwijst de zaak naar de rol van 26 februari 2012 voor deskundigenbericht;

houdt iedere verdere beslissing aan.

Dit arrest is gewezen door mrs. M.M.M. Tillema, R.J.F. Thiessen en J.E. Molenaar, en in het openbaar uitgesproken op 9 oktober 2012 door de rolraadsheer.



mr. G.C.C. Lewin

Voorzitter  
Gerechtshof te Amsterdam