

zaaknummers 106.007.066/01 en 106.006.893/01

27 april 2010

AFSCHRIFT

GERECHTSHOF TE AMSTERDAM

TWEEDE MEERVOUDIGE BURGERLIJKE KAMER

ARREST

in de zaak van:

de naamloze vennootschap BULL NEDERLAND N.V., voorheen
genaamd Bull Benelux N.V.,
gevestigd te Amsterdam,
APPELLANTE in het principale hoger beroep, GEÏNTIMEERDE in
het incidentele hoger beroep,
advocaat: mr. A. van Hees, gevestigd te Amsterdam,

t e g e n

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
AUDAX A&I B.V.,
gevestigd te Gilze, gemeente Gilze en Rijen,
GEÏNTIMEERDE in het principale hoger beroep, appellante in
het incidentele hoger beroep,
V advocaat: mr.H.W. Wefers Bettink, gevestigd te Amsterdam.

De partijen worden hierna Bull en Audax genoemd.

1. Het geding in hoger beroep

1.1 Voor het verloop van de procedure tot 17 april 2008 verwijst het hof naar het op die datum uitgesproken arrest in de zaak onder zaaknummer 106.006.893, waarbij wordt volhard. Bij dat arrest is de onder zaaknummer 106.006.893 aanhangige zaak gevoegd met de zaak die aanhangig is onder zaaknummer 106.007.066.

1.2 Bull heeft van grieven gediend en daarbij bescheiden in het geding gebracht en bewijs aangeboden, met conclusie zoals weergegeven in de desbetreffende memorie.

1.3 Daarop heeft Audax een memorie van antwoord, tevens memorie van grieven in het incidentele hoger beroep genomen met conclusie zoals weergegeven in die memorie. Daarbij heeft Audax haar eis in die zin gewijzigd dat zij (meer) subsidiair vordert dat de overeenkomsten worden vernietigd op grond van dwaling. Bij de memorie heeft Audax tevens bescheiden in het geding gebracht en bewijs aangeboden,

1.4 Vervolgens heeft Bull geantwoord in het incidentele hoger beroep.

1.5 De partijen hebben de zaak op 23 oktober 2009 doen bepleiten, Bull door mrs. J. Slager en A.K. Korteweg, advocaten te Haarlem, Audax door mr. Wefers Bettink voornoemd en mr. B.J.V. Lukaszewcz, advocaat te Amsterdam. Bij die gelegenheid zijn van weerszijden pleitnotities overgelegd.

1.6. Ten slotte is wederom arrest gevraagd.

2. Grieven

Bull heeft achttien grieven aangevoerd en Audax zeven grieven, waarvoor wordt verwezen naar de desbetreffende memories.

3. Feiten

De rechtbank heeft in het tussenvonnis van 1 augustus 2001 onder 1 a tot en met l een aantal feiten als in deze zaak vaststaand aangemerkt. Daaromtrent bestaat geen geschil zodat ook het hof van die feiten zal uitgaan.

4. Beoordeling

4.1 Het gaat in deze zaak om het volgende.

a. Audax maakt deel uit van een concern, waarvan een van de kernactiviteiten is de distributie van dag- en weekbladen, tijdschriften en ander drukwerk.

b. Bull levert hardware en software en begeleidt automatiseringsprojecten.

c. Tot april 1998 maakte Audax op leasebasis gebruik van een zogeheten mainframesysteem -de DPS8000- van Bull. Audax heeft de DPS8000 gedurende acht jaren gebruikt. Het desbetreffende leasecontract had een looptijd tot juni 1997.

d. Op 5 juli 1996 hebben partijen een 'letter of intent' getekend betreffende de aanschaf door Audax bij Bull van nieuwe hardware, genaamd de Sagister startconfiguratie M1, en de voortzetting van het onderhoud van het DPS 8000 systeem.

e. Op 13 augustus 1996 hebben partijen een koop- en onderhoudsovereenkomst gesloten met betrekking tot de Sagister met toebehoren en een overeenkomst voor licentie en ondersteuning van de bijbehorende software. De koopprijs van de hardware bedroeg f 1.368.095,--.

f. Op 20 september 1996 hebben partijen een bijbehorende dienstverleningsovereenkomst gesloten en op 30 september 1996 een zogenoemde mantelovereenkomst.

g. De mantelovereenkomst voorziet in de migratie in vijf fases van de software van Audax van het DPS 8000 systeem naar het Sagister systeem.

h. Artikel 13.2 van die overeenkomst luidt: "*BULL garandeert dat in de nieuwe UNIX omgeving, na de conversie met betrekking*

tot de GCOS8 applicaties, dezelfde functionaliteiten worden geboden als in de oude omgeving".

i. Artikel 14.2 van de mantelovereenkomst luidt: "De door opdrachtgever geleden directe schade wegens een eventueel niet, niet tijdig of niet behoorlijk nakomen door BULL van zijn uit deze overeenkomst voortvloeiende verplichtingen, zal door BULL worden vergoed tot een maximum van FL. 400.000,-. Iedere verdere aansprakelijkheid van BULL uit hoofde van dit artikel is uitgesloten, tenzij sprake is van opzet of grove schuld van de kant van BULL."

j. Op 21 november 1996 werd fase 1 opgeleverd. Op 18 december 1996 heeft Audax fase 1 geaccepteerd, zonder dat de systeemconfiguratie voor de productieomgeving was vastgesteld.

k. In november 1996 is gestart met fase 2. Daartoe hebben partijen op 16 december 1996 een dienstverleningsovereenkomst gesloten.

l. Bij brief van 15 september 1997 heeft Audax aan Bull onder meer het volgende geschreven:

"(...) In uw schrijven wijst u bovendien een aantal essentiële Audax-voorwaarden af, c.q. u gaat daaraan voorbij. Verder vinden wij dat u absoluut onterecht de ondersteuning van het Sagister-team van Audax als onvoldoende kwalificeert.

Aangezien de gevoerde discussies niet tot een oplossing hebben geleid en Audax veel tijd heeft verloren, komt de continuering van de bedrijfszekerheid in gevaar. Daarom hebben wij besloten uw voorstel af te wijzen en ons voorstel in te trekken.

Ingevolge het voorgaande, hebben wij besloten, te kiezen voor een DPS9000-oplossing.

Ten aanzien van het rehosting traject van Audax, zullen de testen conform de eerder gemaakte afspraken worden gecontinueerd. Indien de performance van het huidige afgeleverde M1-systeem niet leidt tot het gewenste resultaat, is Audax bereid het M1-systeem uit te breiden tot een volwaardige M1-configuratie (het aantal CPU's tot 8, het type processor te upgraden van 604 naar 604^B en het geheugen te verhogen tot 2 gigabyte) voor f 153.000,-, volgens uw offerte.

Audax zal zich houden aan de overeengekomen contracten en zal haar ondersteuning aan het rehostingproces blijven leveren, zoals tot nu toe is geschied.

Audax zal Bull eveneens houden aan invulling en naleving van haar contracten, opleveringstermijnen en verdere toezeggingen. Met name de toezegging dat de performance-prestatie van de uitgebreide M1 Sagister-configuratie vergelijkbaar is met de DPS9000 (als vervanger van de DPS8000)".

m. Op 3 oktober 1997 hebben partijen een overeenkomst gesloten betreffende de verkoop en levering door Bull aan Audax van een DPS9000.

n. Bij brief van 31 december 1997 heeft Audax aan Bull onder meer het volgende geschreven: "In vervolg op mijn brieven van 18 augustus en 15 september 1997 stel ik vast dat Bull niet heeft voldaan aan haar verplichtingen onder de mantelovereenkomst van 30 september 1996. Inmiddels is duidelijk dat de oplevering van het Sagister-systeem niet alleen zal plaatsvinden na de overeengekomen opleveringsdatum, maar ook ver na de voor de Audax-organisatie kritische (continuïteit bedrijfsprocessen; beschikbaarheid Audax-werknemers) datum van 1 januari 1998. Voorts mist het op te leveren Sagister-systeem essentiële functionaliteiten (full redundancy; testomgeving), terwijl de exploitatiekosten aanzienlijk hoger liggen dan bij het huidige systeem. Ook heeft de gang van zaken in het afgelopen jaar geleid tot een ernstig verlies aan vertrouwen bij de Audax-organisatie in het Sagister-systeem.

Dit alles is voor ons reden Bull hierbij, voor zover vereist, in gebreke te stellen en voor zover mogelijk hierbij alle lopende overeenkomsten in het kader van het Sagister-project te beëindigen tegen de eerst mogelijke datum dan wel te ontbinden, een en ander onder de ontbindende voorwaarde dat wij op korte termijn overeenstemming bereiken over de voortzetting van het Sagister-project. Gezien deze situatie moeten wij Bull aansprakelijk houden voor de door Audax geleden en nog te lijden schade en maken wij aanspraak op de wettelijke rente. Met het oog op het voorkomen van verdere kosten en schade stoppen wij tot nader order de uitvoering van

de verschillende overeenkomsten die op het Sagister-project betrekking hebben en stellen u voor van uw kant hetzelfde te doen."

4.2 De rechtbank heeft bij vonnis van 28 januari 2004 een deskundigenonderzoek bevolen met betrekking tot -kort gezegd- de eigenschappen van het systeem Sagister M2 en daartoe prof. dr. P.M.A. Ribbers en J.M. Suerink RE RA als deskundigen benoemd.

De deskundigen hebben gerapporteerd over de aan hen voorgelegde vragen, zoals weergegeven in het vonnis van 24 januari 2007 onder 2.1 en 2.2.

Gevraagd naar de vergelijking van de performance van de Sagister M2 en een DPS8000 (vraag II) hebben de deskundigen geantwoord: *"Wij zijn van mening dat we op basis van het statement en aanvullende literatuur niet tot de conclusie kunnen komen, dat de Sagister M2 in het algemeen tenminste een gelijkwaardige performance heeft als een DPS8000-systeem. Wij kunnen door het ontbreken van relevante informatie, met name het sizing dossier, uw vraag niet beantwoorden."*

De rechtbank heeft in rechtsoverweging 2.8.7 overwogen dat van Bull mag worden verwacht dat zij voldoende feitelijke gegevens verschaft ter motivering van haar betwisting dat de Sagister M2 geen gelijkwaardige performance zou hebben. Bull heeft naar het oordeel van de rechtbank, waar zij als leverancier de automatisering-deskundigheid bezit en zij alleen sizing onderzoek kan doen, niet voldaan aan haar verzwaarde motiveringsplicht. De betwisting door Bull dat de Sagister M2 tenminste dezelfde performance heeft als de DPS8000 wordt door de rechtbank dan ook als onvoldoende gemotiveerd terzijde gesteld.

De rechtbank concludeert in het tussenvonnis van 24 januari 2007 in rechtsoverweging 2.10.1 dat Bull toerekenbaar is tekortgeschoten ten aanzien van haar verplichting een systeem aan te bieden met, voor wat betreft high availability/full redundancy en performance, de eigenschappen die Audax daarvan mocht verwachten en dat Audax de tussen partijen gesloten overeenkomsten rechtsgeldig heeft ontbonden. De rechtbank

heeft vastgesteld dat Bull tegenover Audax een ongedaanmakingsverplichting heeft en Bull daarom Audax veroordeeld een bedrag te betalen van € 1.616.743,13 (f 3.562.833,--), vermeerderd met rente. De reconventionele vordering, die vooronderstelt dat de overeenkomsten niet waren ontbonden, is in dat vonnis afgewezen.

In het vonnis van 18 juli 2007 heeft de rechtbank de vordering van Audax strekkende tot aanvullende schadevergoeding afgewezen omdat niet is komen vast te staan dat Audax voor vergoeding in aanmerking komende schade heeft geleden.

4.3 Partijen verschillen van mening over de vraag of Bull in de nakoming van de overeenkomst(en) tekort is geschoten en, zo ja, of Bull daarbij in verzuim verkeerde zodat Audax de bevoegdheid had de overeenkomsten te ontbinden.

4.4 Voorzover Audax zich in dat verband op het standpunt stelt dat Bull niet tijdig heeft gepresteerd, wordt dat standpunt verworpen omdat niet is komen vast te staan dat partijen een - fatale- termijn zijn overeengekomen waarbinnen Audax zou moeten presteren, noch dat Audax Bull ter zake in gebreke heeft gesteld.

Met betrekking tot de termijn heeft Audax gewezen op de in de mantelovereenkomst van 30 september 1996 opgenomen fases. Zij heeft echter geen feiten of omstandigheden gesteld waaruit afgeleid kan worden dat de in genoemde fases besloten liggende termijnen moeten worden aangemerkt als fatale in de zin van art. 6:83 onder a BW.

Audax schreef in haar brief van 31 december 1997 weliswaar dat zij Bull in gebreke stelt, maar in de brief wordt Bull geen termijn gesteld om alsnog deugdelijk te presteren, zodat geen sprake is van een ingebrekestelling in de zin van art. 6:82 lid 1 BW.

Audax heeft nog aangevoerd dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat Bull zich beroept op het ontbreken van een ingebrekestelling. Dat standpunt wordt verworpen omdat Audax geen feiten of omstandigheden heeft gesteld, die zulks kunnen rechtvaardigen.

Die rechtvaardiging volgt ook niet uit het daartoe door Audax gestelde feit dat de onderhoudsgarantie op vitale componenten van het DPS8000-systeem per 1 januari 1998 zou vervallen, omdat niet valt in te zien waarom Audax niet op een redelijke termijn voor 1 januari 1998 een ingebrekestelling zou kunnen hebben doen uitgaan.

4.5 Uit het voorgaande volgt dat de ingeroepen buitengerechtelijke ontbinding alleen effect zou kunnen sorteren als de te verrichten prestatie blijvend onmogelijk is. In dit verband merkt het hof op dat Bull weliswaar bij pleidooi in hoger beroep (pleitnota onder 33 en 34) heeft aangevoerd dat de brief van 31 december 1997 niet als een ontbindingsverklaring in de zin van art. 6:267 eerste lid BW kan worden beschouwd, maar daaraan moet voorbij worden gegaan omdat ter zake geen grief is aangevoerd.

4.6 Betreffende de vraag wat partijen met betrekking tot de prestaties van de Sagister zijn overeengekomen heeft de rechtbank in het vonnis van 1 augustus 2001 in rechtsoverweging 12.4 overwogen dat als uitgangspunt heeft te gelden dat de performance van het Sagister M2 systeem minstens gelijk moet zijn aan die van het DSP8000-systeem. Daartegen richten zich de grieven III en V van Bull.

Bull heeft in dit verband aangevoerd dat niet duidelijk is wat de rechtbank met het begrip 'performance' heeft bedoeld. Verder betwist Bull dat partijen de eis van gelijkwaardigheid van de performances van beide systemen zijn overeengekomen. Volgens haar is door de verschillen in architectuur vergelijking tussen beide systemen ook niet goed mogelijk. Daarvoor acht zij in elk geval noodzakelijk dat de applicatiesoftware van Audax op beide systemen geïnstalleerd zou worden en dat kan volgens haar niet meer doordat Audax de DSP8000 buiten gebruik heeft gesteld en de applicatieprogramma's van Audax niet meer gemigreerd zijn naar de Sagister als gevolg van de ontbinding van de overeenkomsten door Audax.

4.7 Het hof constateert met partijen dat de voor de onderscheiden eigenschappen van de Sagister en de DPS8000 gebruikte begrippen 'performance', 'redundancy', 'fault tolerant' en 'high available' voor meerderlei uitleg vatbaar zijn.

Vast staat evenwel dat Audax voor haar bedrijfsvoering een opvolger zocht voor haar DPS8000, welk systeem zij acht jaren gebruikt had. Het is een feit van algemene bekendheid dat de computertechnologie in die acht jaren een enorme ontwikkeling heeft doorgemaakt. Tegen die achtergrond is het hof van oordeel dat, voor zover niet al uit art. 13.2 van de mantelovereenkomst (zie onder 4.1 sub h) zou volgen dat partijen uitdrukkelijk zijn overeengekomen dat de Sagister minimaal dezelfde prestaties zou kunnen leveren als de DPS 8000, Audax er in redelijkheid vanuit mocht gaan dat de prestaties van de Sagister met betrekking tot de voor haar bedrijfsvoering van belang zijnde toepassingen -gebruikmakend van de daartoe te installeren software- qua snelheid, bedrijfszekerheid en functionaliteit niet zou onderdoen voor de DPS8000. Hierbij neemt het hof in aanmerking dat gesteld noch gebleken is dat Bull Audax heeft gewaarschuwd dat zij van de Sagister op een of meer van die punten minder zou mogen verwachten dan haar voorgangster, hetgeen onder voormelde omstandigheden op de weg van Bull had gelegen.

De grieven III en V in het principale hoger beroep falen derhalve.

4.8 Vervolgens dient de vraag te worden beantwoord of de Sagister voldoet aan hetgeen partijen zijn overeengekomen, met andere woorden of de Sagister op de voor de bedrijfsvoering van Audax van belang zijnde punten niet minder presteert dan de DPS8000. In dit verband is van belang dat Audax weliswaar een Sagister M1 heeft besteld, maar de vraag mede dient te worden beantwoord in het perspectief van de mogelijkheid het systeem op te waarderen naar een Sagister M2. Zou laatstbedoeld systeem toereikend zijn, dan zou er immers geen sprake van zijn dat op 31 december 1997 deugdelijke prestatie door Bull blijvend onmogelijk was.

4.9 De door de rechtbank benoemde deskundigen hebben de desbetreffende vraag niet kunnen beantwoorden vanwege het ontbreken van relevante informatie, met name het sizing dossier.

Bull heeft een rapport van een door haar zelf aangezochte deskundige B.W. Slijk d.d. 7 januari 2009 in het geding gebracht. Slijk concludeert, kort samengevat, dat de Sagister M2 minder afbreukrisico's kent dan de DPS8000 en dat de Sagister beter scoort dan de DPS8000 ten aanzien van de continuïteit, de integriteit van de gegevens en het risico van dataverlies.

4.10 Partijen verschillen van mening over de vraag of het onder de gegeven omstandigheden mogelijk is een vergelijking te maken tussen de prestaties van de Sagister en de DPS8000 zonder de beschikking te hebben over de sizing dossiers van de Sagister. Voor de beantwoording van die vraag acht het hof het inwinnen van een deskundigenbericht noodzakelijk.

Als de vraag bevestigend zou worden beantwoord zou de vraag betreffende de vergelijking van de performance van de Sagister met die van de DPS8000, die door de door de rechtbank benoemde deskundigen niet is beantwoord -en eventueel opnieuw dient te worden geformuleerd, waarover partijen zich zullen kunnen uitlaten- alsnog moeten worden beantwoord.

Mocht de bedoelde vergelijking zonder beschikbaarheid van de sizing dossiers niet mogelijk zijn, dan wenst het hof te worden voorgelicht over de -door partijen verschillend beantwoorde- vraag of het destijds, in 1996-1997, uit oogpunt van goed vakmanschap geboden was om sizing dossiers op te (laten) maken, en, zo ja, door wie, en die te bewaren, en, zo ja, hoe lang, in aanmerking nemende dat het eind 1997 duidelijk was dat tussen partijen een geschil bestond over de te verwachten prestaties van de Sagister.

4.11 Naar aanleiding van hetgeen Bull in dit verband ter toelichting op grief XI heeft aangevoerd, overweegt het hof thans reeds dat, zo zou moeten worden geconcludeerd dat Bull

als leverancier van de Sagister de desbetreffende sizing files had moeten bewaren, het risico van het ontbreken van die stukken voor rekening van Bull komt, ongeacht of het ontbreken aan Bull zelf of een andere vennootschap binnen het concern waarvan zij deel uitmaakt moet worden toegerekend.

4.12 De zaak zal naar de rol worden verwezen om partijen de gelegenheid te geven zich uit te laten over de te benoemen deskundige(n) en de vraagstelling waarover zal worden gerapporteerd.

4.13 In afwachting van het deskundigenbericht zal de bespreking van de overige grieven in het principale en incidentele appel worden aangehouden.

4.14 Het bij eisvermeerdering door Audax gedane beroep op dwaling kan thans worden afgedaan. Terecht heeft Bull aangevoerd dat dat beroep ingevolge het bepaalde in art. 3:52 eerste lid onder c BW is verjaard, omdat -naar als onbetwist vast staat- de vordering niet is ingesteld binnen drie jaren nadat de gestelde dwaling is ontdekt.

5. Beslissing

Het hof:

in het principale en incidentele hoger beroep:

- verwijst de zaak naar de rolzitting van 25 mei 2010 met het onder 4.12 weergegeven doel;
- houdt elke verdere beslissing aan.

Dit arrest is gewezen door mrs. A.D.R.M. Boumans, M. Koopmann en P.J. Duinkerken en in het openbaar uitgesproken op 27 april 2010 door de rolraadsheer.



Mr. W.J.J. Los

Voor afschrift conform
~~De wet van het~~
Gerechtshof te Amsterdam