

# vonnis

5

## RECHTBANK AMSTERDAM

Sector civiel recht

zaaknummer / rolnummer: 161295 / HA ZA 98-3097

**Vonnis van 24 januari 2007**

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
**AUDAX A & I B.V.**,  
gevestigd te Gilze,  
eiseres in conventie,  
verweerster in reconventie,  
procureur: eerst mr. M.R. de Zwaan, daarna mr. R.S. Le Poole, thans mr. H.W. Wefers  
Bettink, ✓

tegen

de naamloze vennootschap  
**BULL BENELUX N.V.**,  
gevestigd te Amsterdam,  
gedaagde in conventie,  
eiseres in reconventie,  
procureur: mr. J.W. van Rijswijk.

Partijen zullen hierna Audax en Bull genoemd worden.

### 1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- het tussenvonnis van 28 januari 2004
- het deskundigenbericht
- de conclusie na deskundigenbericht van Audax
- de conclusie na deskundigenbericht van Bull, met bewijsstukken
- de akte tot herstel van de conclusie na deskundigenbericht van Audax
- de antwoordconclusie na deskundigenbericht van Audax, met bewijsstuk
- de antwoordconclusie na deskundigenbericht van Bull
- akte uitlating producties van Bull.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

### 2. De verdere beoordeling

**In conventie**

---

2.1. Bij genoemd tussenvonniss zijn prof. dr. P.M.A. Ribbers en J.M. Suerink RE RA tot deskundigen benoemd. Daarbij zijn de volgende vragen aan hen voorgelegd:

- I. Kan bij de Sagister M2 bij uitval van het computersysteem als gevolg van het falen van enige component van dat systeem het productieproces, eventueel na een onderbreking van korte duur, doorgang vinden? Wilt u voor de beantwoording van deze vraag als uitgangspunten hanteren dat de uitval van het systeem niet is veroorzaakt door een 'niet-alledaagse calamiteit' (zoals bijvoorbeeld brand), dat het systeem wordt gebruikt conform de instructies en dat systeem gemiddeld wordt onderhouden?
- II. Heeft, naar uw deskundig oordeel, de Sagister M2 in het algemeen ten minste een gelijkwaardige performance als een DPS 8000-systeem?
- III. Kan, naar uw deskundig oordeel, de Sagister M2 een separate testomgeving bieden in die zin dat tegelijkertijd productie- en testruns kunnen worden uitgevoerd en zo ja, welke aanpassingen zijn hiervoor dan nodig?
- IV. Bent u in staat om de voorgelegde vragen aan de hand van de thans beschikbare gegevens te beantwoorden?
- V. Wenst u nog opmerkingen te maken die voor de beoordeling van het geschil van belang kunnen zijn?

2.2. De deskundigen hebben hierop –kort samengevat – als volgt geantwoord:

- I. De DPS8000 is een 'fault tolerant' systeem en de Sagister M2 is een 'high availability' systeem. Bij de Sagister M2 kan bij uitval van het computersysteem in enge zin door het falen van een component binnen het computersysteem in enge zin na een korte onderbreking het productieproces doorgang vinden. Het productieproces kan niet of na een lange onderbreking doorgang vinden als gevolg van het falen van enige component van het computersysteem, dat niet tot het computersysteem in enge zin hoort, faalt, zoals uitval van het netwerk of en indien het falen het gevolg is van een softwarefout. Een fault tolerant systeem is ook niet bestand tegen falen van componenten door softwarefouten. Een fault tolerant systeem blijft wel draaien wanneer het hoofdsysteem uitvalt.
- II. 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 ten minste 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.
- III. De architectuur van Sagister M2 maakt het mogelijk een separate fysieke testomgeving te bieden, zodat tegelijkertijd, maar niet ten allen tijde, immers als de testomgeving in gebruik is als productieomgeving door het falen van een component in het computersysteem dan is deze omgeving niet beschikbaar, productie- en testruns kunnen worden uitgevoerd. De aanpassingen, die hiervoor nodig zijn, zijn het inrichten van de beide omgevingen. Te typeren als een routineklus voor een AIX-system engineer. Is te allen tijde een gescheiden testomgeving nodig, dan dienen er extra investeringen in hardware te worden gedaan.
- IV. Nee, wij zijn door het niet beschikbaar zijn van relevante pre-implementatiemetingen, die wij verwachten aan te treffen in de sizing-dossiers, niet in staat geweest vraag II te beantwoorden.
- V. Wij geven hierbij een analyse van de casus.

---

2.3 Bull heeft het deskundigenbericht betwist en baseert zich daarbij op een contra-expertise van de heer B.W. Slijk (hierna: Slijk). Audax betwist de stellingen van Bull en stelt dat uit het deskundigenbericht volgt dat Audax is geslaagd in het bewijs dat Sagister M2 niet voldeed en niet zou kunnen voldoen aan de daaraan te stellen eisen.

2.4 Bull maakt een aantal formele bezwaren die de rechtbank allereerst zal bespreken. Het deskundigenbericht is niet gedateerd of ondertekend. Bull stelt dat zij daardoor niet weet of zij het juiste deskundigenbericht heeft of dat beide deskundigen het eens zijn met het deskundigenbericht. Nu het deskundigenbericht aan haar is toegestuurd via de griffie van de rechtbank bestaat er geen enkele reden om aan te nemen dat Bull een andere versie zou hebben gekregen dan de rechtbank dan wel dat zij en/of de rechtbank een onjuiste versie zouden hebben ontvangen. Ook overigens brengt het feit dat het deskundigenbericht niet is gedateerd of ondertekend, niet mee dat hier een gebrek aan kleeft.

2.5 Bull stelt dat zij niet bekend is met de inhoud van de gesprekken tussen de deskundigen en Audax, en welke correspondentie en overig contact er is geweest tussen de deskundigen en Audax omdat zij geen gespreksverslagen van de deskundigen heeft ontvangen en niet is gespecificeerd welke correspondentie en/of contact er is geweest. Het deskundigenbericht verwijst onder het kopje 'geraadpleegde stukken' naar 'correspondentie met partijen en commentaar op conceptrapportages'. Ook vermeldt het deskundigenbericht een aantal interviews en gesprekken. Bull geeft zelf aan dat de deskundigen partijen in de gelegenheid hebben gesteld om reacties te geven op de concepten van het deskundigenbericht. Hiermee is genoegzaam duidelijk waarop de deskundigen zich hebben gebaseerd alsmede dat zij beide partijen de gelegenheid hebben gegeven hun zienswijze naar voren te brengen. Het feit dat niet alle reacties en door partijen verstrekte informatie ook expliciet zijn behandeld, maakt het voorgaande niet anders. Hiertoe waren de deskundigen niet gehouden.

2.6 De rechtbank komt thans toe aan de inhoudelijke beoordeling. De rechtbank heeft voorlichting aan de deskundigen gevraagd ten aanzien van een aantal eigenschappen van het Sagister M2 systeem, te weten high availability/full redundancy, performance en separate testomgeving.

#### 2.7 *High availability/full redundancy*

2.7.1 De deskundigen stellen dat het DPS8000-systeem een fault-tolerant systeem is, in tegenstelling tot de Sagister M2, dat een high availability systeem is. De deskundigen beschrijven het verschil in architectuur tussen beide systemen, die wezenlijk anders is. High availability toepassingen helpen ondernemingen sneller te herstellen na een crash waar fault tolerant systemen beloven dat het systeem altijd beschikbaar is, waarbij de herstelstap geëlimineerd wordt, aldus de deskundigen. De rechtbank leidt hieruit af dat de beschikbaarheid van de Sagister M2 lager is dan die van het DPS8000-systeem. Dit gegeven op zich is echter onvoldoende omdat – zoals in het tussenvonnis van 28 januari 2004 in rechtsoverweging 5.2 is overwogen – er ook sprake is van full redundancy indien het systeem na een onderbreking van korte duur weer kan draaien.

2.7.2 De deskundigen hebben aangegeven dat bij de inrichting van een systeem als Sagister M2 binnen tijdseenheden, die te meten zijn in seconden, de ene "node" door het

---

afsluiten van externe databases en het laden van alle programmatuur de functie van de andere "node" kan overnemen. Bij fault tolerante systemen treedt een dergelijke onderbreking niet op, omdat daar redundante hardwarecomponenten de falende component vervangen. De rechtbank begrijpt, mede uit N.B.2 van de deskundigen onder hun conclusie bij vraag I, dat door het afsluiten van de ene "node" en het laten overnemen door de andere "node" wel gegevens verloren kunnen gaan. Weliswaar kan door het nemen van diverse maatregelen getracht worden dit te voorkomen, maar of deze maatregelen toereikend zijn zal alleen in de praktijk vast te stellen zijn. Van full redundancy is naar het oordeel van de rechtbank geen sprake indien het systeem weliswaar na een onderbreking van korte duur weer kan draaien, maar niet vaststaat dat de gegevens die nodig zijn voor een ongestoorde onderbreking van het productieproces niet (deels) verloren zijn gegaan. Geconcludeerd moet dan ook worden dat de Sagister M2 niet aan het vereiste van full redundancy voldoet. De discussie over de vraag of al dan niet uitgegaan moet worden van het systeem in enge zin – wat daar ook van zij – is dan niet meer relevant.

## 2.8. *Performance*

2.8.1. De deskundigen hebben aangegeven dat zij deze vraag niet kunnen beantwoorden doordat de empirische meetgegevens die Bull nodig moet hebben gehad om de capaciteit van de vervanger van het DPS8000-systeem te berekenen, niet aanwezig zijn, terwijl het, zo begrijpt de rechtbank, gebruikelijk is dat aanbieders van computersystemen bij het opstellen van offertes gebruik maken van kentallen, heuristieken, metingen van de bezettingsgraad van het te vervangen systeem en dergelijke om te komen tot een technische onderbouwing van de offerte.

2.8.2. Bull heeft in haar brief van 15 november 2004 aan de deskundigen gemeld dat haar Italiaanse dochteronderneming wel berekeningen gemaakt heeft, waarvan de resultaten in bijlage 7 bij die brief zijn vastgelegd, maar dat de detailgegevens niet meer achterhaald kunnen worden.

2.8.3. Bull heeft wel andere documentatie ter beschikking gesteld aan de deskundigen, waaronder informatie ten aanzien van een vergelijking tussen de performance van een Bull Sagister multiframe en een Bull DPS8000 mainframe. Ook op basis daarvan hebben de deskundigen niet kunnen vaststellen dat de Sagister M2 in het algemeen een gelijkwaardige performance als een DPS8000-systeem heeft.

2.8.4. Partijen trekken uit het antwoord van de deskundigen een tegengestelde conclusie. Volgens Bull betekent het voorgaande dat Audax niet is geslaagd in het bewijs dat de Sagister M2 geen gelijkwaardige performance heeft als een DPS8000-systeem. Bovendien is het oordeel van de deskundigen ook overigens onjuist volgens Bull. Zij baseert zich daarbij op de contra-expertise van Slijk.

2.8.5. Volgens Slijk heeft Bull voldoende informatie verstrekt om de vraag van de rechtbank in positieve zin te beantwoorden. Slijk gaat daarbij uit van een andere uitleg van het begrip performance dan de deskundigen. Volgens Slijk gaat de rechtbank niet uit van de performance van de apparatuur, in combinatie met het besturingssysteem, de overige besturingsprogramma's en dergelijke. Dit is onjuist. Het gaat hier nu juist wel om de vraag of Sagister M2 als geheel en in combinatie met de overige onderdelen van het computersysteem vergelijkbaar als het DPS8000-systeem functioneert. Het gaat immers om

---

de vergelijking van het te vervangen DPS8000-systeem door een systeem dat – zoals de rechtbank in rechtsoverweging 12.4 van het tussenvonnis van 1 augustus 2001 heeft overwogen – geen vermindering in de performance zou meebrengen.

2.8.6. De vraag naar de performance in zijn algemeenheid ziet veeleer op hetgeen Bull heeft aangevoerd in punt 12 van haar antwoordakte van 21 november 2001, namelijk dat de performance niet dient te worden vastgesteld aan de hand van slechts één type verwerking, maar in zijn geheel. De rechtbank heeft naar aanleiding hiervan bedoeld te zeggen dat de performance van het systeem in zijn geheel en niet op één bepaald aspect moet worden bekeken. Nu het rapport van Slijk is gebaseerd op een andere uitleg van het begrip performance dan de rechtbank heeft bedoeld, gaat de rechtbank hieraan voorbij.

2.8.7. De deskundigen komen tot de conclusie dat de vraag naar de gelijkwaardige performance niet te beantwoorden is op grond van het ontbreken van de sizing-dossiers van Bull. De rechtbank is met Audax van oordeel dat het voor risico van Bull komt dat deze dossiers, thans niet meer beschikbaar zijn. Weliswaar is het deskundigenonderzoek 8 jaar na dato uitgevoerd, maar de onderhavige procedure is aangevangen in 1998, zodat het op de weg van Bull had gelegen om alle ter zake relevante gegevens, waaronder de detailberekeningen die door haar Italiaanse dochter zijn gemaakt, te bewaren. Volgens de hoofdregel van artikel 177 (oud) Wetboek van Rechtsvordering (Rv) rust de bewijslast ter zake van de niet gelijkwaardige performance van de Sagister M2 op Audax. Onder de gegeven omstandigheden mag echter van Bull worden verlangd dat zij voldoende feitelijke gegevens verschaft ter motivering van haar betwisting dat de Sagister M2 geen gelijkwaardige performance zou hebben. Het aan de deskundigen ter beschikking stellen van de andere gegevens is in dit kader naar het oordeel van de rechtbank onvoldoende. Temeer nu Bull wel detailgegevens had, maar deze thans niet meer beschikbaar zijn. Bull heeft naar het oordeel van de rechtbank in het onderhavige geval waar zij als leverancier de automatiseringsdeskundigheid bezit, en zij alleen sizing-onderzoek kan doen, niet voldaan aan de hiervoor genoemde verzwaarde motiveringsplicht. De betwisting door Bull dat de Sagister M2 tenminste dezelfde performance heeft als de DPS8000 wordt dan ook als onvoldoende gemotiveerd terzijde gesteld.

2.8.8. Bull merkt nog op dat het in 1996 niet meer gebruikelijk was om gedetailleerde performancestudies te doen zoals waarvan de deskundigen zijn uitgegaan. Voor zover dit al juist is, maakt dit de beoordeling niet anders omdat Bull ook overigens geen gegevens tot haar beschikking had waaruit blijkt dat de performance van de Sagister M2 vergelijkbaar was met die van het DPS8000-systeem. De door Bull verstrekte informatie, waaronder maar niet beperkt tot de per brief van 19 november 2004 (gedateerd 15 november 2004) aan de deskundigen gestuurde informatie, achten de deskundigen hiertoe immers niet afdoende.

## 2.9. *Separate testomgeving*

2.9.1. De deskundigen hebben aangegeven dat de architectuur van de Sagister M2 het mogelijk maakt een separate fysieke testomgeving te bieden, zodat tegelijkertijd productie- en testruns kunnen worden uitgevoerd. De aanpassingen, die hiervoor nodig zijn, zijn het inrichten van de beide omgevingen, hetgeen gezien kan worden als een routineklus. Ingeval de testomgeving in gebruik is als productieomgeving door het falen van een component in het computersysteem dan is deze omgeving niet beschikbaar als testomgeving. Is te allen tijde een gescheiden testomgeving nodig, dan dienen er extra investeringen in hardware te

---

worden gedaan. Audax heeft weliswaar gesteld dat zij er vanuit mocht gaan dat er ten alle tijden een gescheiden testomgeving beschikbaar was, maar zij heeft dit onvoldoende onderbouwd zodat de rechtbank er vanuit gaat dat de testomgeving die Bull bij de Sagister M2 via een eenvoudige ingreep kon realiseren, afdoende was.

#### 2.10. *Ontbinding wegens toerekenbare tekortkoming*

2.10.1. Nu vaststaat dat Bull toerekenbaar te kort is geschoten ten aanzien van haar verplichting een systeem aan te bieden met voor wat betreft van high availability/full redundancy en performance, de eigenschappen die Audax daarvan mocht verwachten en die ook vooraf aan de aanbidding als zodanig vastgesteld konden worden, en er sprake is van een blijvende onmogelijkheid alsnog aan de overeenkomst te voldoen zodat geen ingebrekestelling was vereist, heeft Audax rechtsgeldig ontbonden overeenkomstig artikel 6:265 lid 1 en 2 BW. De gevorderde verklaring voor recht zal derhalve worden toegewezen.

#### 2.11. *Ongedaanmaking*

2.11.1. Doordat de ontbinding terugwerkende kracht mist, zijn de reeds verrichte prestaties niet zonder rechtsgrond verricht. De reeds verrichte werkzaamheden en met derden afgesloten licentieovereenkomsten kunnen ook niet ongedaan gemaakt worden. Bij ongedaanmaking die naar de aard van de prestatie niet mogelijk is, treedt een verbintenis tot waardevergoeding in de plaats ervan. Nu de verrichte werkzaamheden voor Audax uiteindelijk geen enkele waarde hebben gehad, omdat ze uiteindelijk een ander systeem heeft aangeschaft, wordt die waardevergoeding op nihil gesteld zodat de verplichting tot terugbetaling van de reeds betaalde diensten en goederen ad f 3.562.833,- zullen worden toegewezen.

#### 2.12. *Schadevergoeding*

2.12.1. Onduidelijk is of en zo ja wat de schade is die Audax heeft geleden ten gevolge van het ontbreken c.q. het niet vaststaan van de eigenschappen op het gebied van high availability / full redundancy en performance. Zoals in rechtsoverweging 18.5 van het tussenvonnis van 1 augustus 2001 is overwogen zal Audax in de gelegenheid worden gesteld aan te geven waaruit haar schade bestaat. De zaak zal daartoe naar de rol verwezen worden voor akte aan de zijde van Audax, waarna Bull in de gelegenheid zal worden gesteld hierop bij antwoordakte te reageren.

#### 2.13. *Buitengerechtelijke kosten en proceskosten*

2.13.1. De vordering tot vergoeding van buitengerechtelijke kosten zal worden afgewezen. Audax heeft niet (voldoende onderbouwd) gesteld dat zij deze kosten daadwerkelijk heeft gemaakt en dat die kosten betrekking hebben op verrichtingen die meer omvatten dan een enkele aanmaning, het enkel doen van een schikkingsvoorstel, het inwinnen van eenvoudige inlichtingen of het op gebruikelijke wijze samenstellen van het dossier.

2.13.2. De beslissing ten aanzien van de proceskosten zal worden aangehouden.

**In reconventie**

2.14. In het licht van voorgaande wordt de vordering tot schadevergoeding wegens onrechtmatige ontbinding, de vordering tot betaling van de factuur van f 117.500,- voor verrichte werkzaamheden en de vordering tot vergoeding van buitengerechtelijke kosten afgewezen.

2.15. 2.16. Bull zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van Audax worden begroot op:  
- salaris procureur EUR 2.842,00 (4,0 punten × factor 0,5 × tarief EUR 1.421,00)  
Totaal EUR 2.842,00

### **In conventie en in reconventie**

2.17. Om redenen van proceseconomische aard zal de rechtbank tussentijds hoger beroep van dit vonnis toestaan.

### **3. De beslissing**

De rechtbank

#### **in conventie**

3.1. verklaart voor recht dat de tussen partijen op 5 juli 1996 gesloten letter of intent, de op 13 augustus 1996 gesloten overeenkomst voor de koop en het onderhoud van de benodigde hardware en tevens de op 13 augustus 1996 gesloten overeenkomst voor licentiering en ondersteuning van de bijbehorende software, de op 20 september 1996 gesloten dienstverleningsovereenkomst, de op 30 september 1996 gesloten mantelovereenkomst, de op 16 december 1996 gesloten dienstverleningsovereenkomst voor fase 2 en de op 4 maart 1997 gesloten overeenkomst voor de levering van de zogenaamde "Specials" wegens toerekenbare tekortkoming aan de zijde van Bull in de nakoming daarvan, ex artikel 6:265 lid 1 BW per 31 december 1997 ontbonden zijn

3.2 veroordeelt Bull om aan Audax te betalen een bedrag van EUR 1.616.743,13 (een miljoen zeshonderd zestienduizend zeventienveertig euro en dertien eurocent), vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW over het nog niet betaalde deel van het toegewezen bedrag vanaf 31 december 1997 tot de dag van volledige betaling,

3.3. verklaart dit vonnis in conventie tot zover uitvoerbaar bij voorraad,

3.4. bepaalt dat de zaak weer op de rol zal komen van **21 februari 2007** voor het nemen van een akte door Audax over hetgeen is vermeld onder 2.12.1, waarna Bull in de gelegenheid wordt gesteld hierop bij antwoordakte te reageren

3.5. houdt iedere verdere beslissing aan,

#### **in reconventie**

3.6. wijst het gevorderde af,

---

3.7 veroordeelt Bull in de proceskosten, aan de zijde van Audax tot op heden begroot op EUR 2 842,00,

**In conventie en in reconventie**

3.8 bepaalt dat van dit vonnis hoger beroep kan worden ingesteld voordat het eindvonnis is gewezen.

Dit vonnis is gewezen door mr. H.C. Hoogeveen en in het openbaar uitgesproken op 24 januari 2007.



UITGEGEVEN VOOR GROSSE  
De Griffier van de  
Rechtbank in het arrondissement Amsterdam.

