

zaaknummer 200.068.692/01  
14 februari 2012

AFSCHRIJF  
GERECHTSHOF AMSTERDAM  
ZEVENTIENDE 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 XXXXXXXXXX en SAP genoemd.

1.1. Bij dagvaarding van 4 juni 2010 is [REDACTED] in hoger beroep gekomen van een vonnis van de rechtbank Amsterdam van 10 maart 2010, in deze zaak onder zaaknummer/rolnummer 428190/HA ZA 09-1563 geweest tussen haar als eiseres en SAP als gedaagde.

1.2. [REDACTED] heeft van grieven gediend en daarbij bescheiden in het geding gebracht en bewijs aangeboden, met conclusie - kort gezegd - (begrijpt het hof) dat het hof bij arrest, uitvoerbaar bij voorraad, het vonnis waarvan beroep zal vernietigen en haar vorderingen alsnog zal toewijzen, met veroordeling van SAP in de kosten van het geding in beide instanties.

1.3. Daarop heeft SAP geantwoord en daarbij bescheiden in het geding gebracht en bewijs aangeboden, met conclusie (begrijpt het hof) dat het hof het vonnis waarvan beroep zal bekrachtigen, met veroordeling van [REDACTED] in de kosten van het geding in hoger beroep.

1.4. De partijen hebben de zaak doen bepleiten, [REDACTED] door haar voormelde advocaat en SAP door mr. D.T.L. Oosterbaan, advocaat te Haarlem, beiden aan de hand van pleitnotities.

1.5. Ten slotte is arrest gevraagd op de stukken van beide instanties.

## 2. Feiten

De rechtbank heeft in het bestreden vonnis onder 2 (2.1 tot en met 2.14) een aantal feiten als in deze zaak vaststaand aangemerkt. [REDACTED] heeft met haar grieven IX tot en met XIII bezwaar gemaakt tegen de feitenvaststelling. Voor zover het bezwaar van [REDACTED] inhoudt dat de rechtbank de feiten onvolledig heeft vastgesteld, ziet zij eraan voorbij dat de rechtbank niet gehouden was meer feiten vast te stellen

dan zij voor haar oordeel nodig achtte. Waar nodig zal het hof hierna nog nader ingaan op de door [REDACTED] naar voren gebrachte feiten. [REDACTED] heeft voorts in grief XI aangevoerd dat de rechtbank in rechtsoverweging 2.10 ten onrechte heeft vastgesteld dat [REDACTED] onderdelen van het systeem heeft getest aan de hand van een viertal "testcases". Zij stelt dat slechts sprake is geweest van een demo ten behoeve van de directie van [REDACTED]. Het bezwaar van [REDACTED] is er kennelijk op gericht dat de term "testcases" mogelijk suggereert dat sprake was van formele testen in het kader van de oplevering van het systeem. Er is echter geen aanwijzing dat de rechtbank de term in die zin heeft opgevat; het gebruik van aanhalingstekens suggereert eerder het tegendeel. Ook het hof vat de term niet op in de door [REDACTED] bedoelde zin, maar gaat ervan uit dat sprake is geweest van een tussentijdse demo/test van het systeem. Grief XII keert zich tegen rechtsoverweging 2.11 waarin de rechtbank heeft vastgesteld dat [REDACTED] op 9 oktober 2008 te kennen heeft gegeven niet langer door te willen gaan met het project. Volgens [REDACTED] heeft zij dit tijdens bedoelde bespreking niet te kennen gegeven; volgens SAP was dit wel het geval, maar zij ziet het belang van de grief niet in. Nu de inhoud van de bespreking van 9 oktober 2008 ter discussie staat, zal het hof niet uitgaan van de juistheid van het feit zoals dat is vastgesteld in rechtsoverweging 2.11. Voor het overige bestaat omtrent de vastgestelde feiten inhoudelijk geen geschil zodat ook het hof van die feiten zal uitgaan.

### 3. Beoordeling

3.1 Het gaat in dit geding, kort gezegd, om het volgende.

- (i) [REDACTED] is een internationale handelaar in kamer- en tuinplanten. SAP houdt zich bezig met het ontwikkelen, leveren en onderhouden van bedrijfsmatige software.
- (ii) In september 2004 zijn [REDACTED] en SAP overeengekomen dat SAP aan [REDACTED] een geïntegreerd computersysteem ten

behoefte van haar bedrijfsvoering zou leveren. Dit systeem zou door SAP in samenwerking met [REDACTED] worden ontwikkeld en projectmatig bij [REDACTED] worden geïmplementeerd. In eerste instantie is geprobeerd het systeem te ontwikkelen op basis van SAP's standaard ERP software. Gaandeweg is ingezien dat deze software niet geschikt was voor toepassing op de specifieke bedrijfsprocessen van [REDACTED]. Op 27 december 2005 hebben partijen een vaststellingsovereenkomst (hierna: de vaststellingsovereenkomst) gesloten waarin, naar aanleiding van het mislukken van de eerste poging, partijen zich hebben verbonden om een tweede poging te doen het systeem te ontwikkelen. Daarbij zou gebruik worden gemaakt van een [REDACTED] template die was ontwikkeld door een derde partij, [REDACTED] (hierna: [REDACTED]). De vaststellingsovereenkomst bevat onder meer de verplichting van SAP om het systeem tegen een vaste prijs van EUR 850.000,- te leveren, alsmede de bepaling dat het onderhoud aan het systeem in de eerste vijf jaren door [REDACTED] zal worden gedaan tegen een jaarlijkse vergoeding van maximaal EUR 20.000,-. Voorts is in de vaststellingsovereenkomst bepaald dat SAP de eindverantwoordelijkheid voor het project draagt. In de loop van 2006 is gebleken dat ook de door [REDACTED] ontwikkelde [REDACTED] template niet geschikt was voor de bedrijfsvoering van [REDACTED]. In de periode van december 2006 tot en met maart 2007 heeft tussen [REDACTED] en SAP overleg plaatsgevonden over het al dan niet voortzetten van het project. Dit heeft ertoe geleid dat een derde poging tot ontwikkeling van het systeem is gedaan, met gebruikmaking van nieuwe, door SAP ontwikkelde (standaard) software. In maart 2008 verkeerden SAP en [REDACTED] in de veronderstelling dat het haalbaar was om het systeem op 1 september 2008 te implementeren.

(iii) De notulen van het stuurgroepoverleg (een regelmatig overleg tussen SAP en [REDACTED] aangaande het project) van 20 mei 2008 bevatten onder meer de volgende passages:

- Conclusie uit de twee bovenstaande punten is dat de [REDACTED] op 1 september niet mogelijk is.

- [REDACTED], verbonden aan SAP, opm. hof) heeft gesproken met het Management Team van SAP Nederland. Uitkomst van deze bespreking

is dat SAP tot 1 september 2008 budget heeft voor het [redacted] project. Na 1 september is er -met uitzondering van [redacted] en [redacted]- support- geen budget meer beschikbaar. Alle overige werkzaamheden (voortkomend uit testresultaten, realisatie etc.) die door SAP na 1 september verricht worden, dienen door [redacted] betaald te worden.

• [redacted] ([redacted], toenmalig directeur van [redacted] opm. hof) geeft aan hij in deze setting verder praten niet zinvol acht. Project management geeft enerzijds aan dat 1 september niet haalbaar is. Anderzijds is er de boodschap van [redacted] dat SAP na 1 september 2008 geen budget meer voor het project beschikbaar stelt.

• Besloten wordt dat [redacted] ([redacted], [redacted] van SAP, opm. hof) en [redacted] ([redacted], [redacted] van [redacted] opm. hof) een plan uitwerken (nieuwe Livedatum, Aanpak, randvoorwaarden, etc) Plan dient asap aan de stuurgroep gepresenteerd te worden."

(iv) De notulen van het stuurgroepoverleg van 18 juni 2008 bevatten onder meer de volgende passages:

**"Hoe nu verder**

- [redacted] geeft aan 4 scenario's te zien:
  - o [redacted] dwingt het contract met SAP af
  - o Voorstel SAP volgen: Budget SAP is snel eindig. [redacted] financiert rest project volledig.
  - o Alternatief met eindigheid onderzoeken/vaststellen
  - o Direct stoppen met project en schadeclaim WA->SAP
- [redacted] opteert voor scenario drie (Alternatief met eindigheid) [redacted] moet nu verder gaan met het bepalen van de oplossing. (...)
- [redacted] blijft met de vraag zitten of de oplossing goed genoeg is. Waar is de integrale oplossing geborgd?

(...)

• [redacted] ([redacted], [redacted] van SAP, opm. hof) stelt dat 85%-90% van de oplossing nu gerealiseerd is. Op de vraag van [redacted] hoe zeker dat is, antwoordt [redacted] dat dit nu aan [redacted] is om te beoordelen.

(...)

• Afgesproken wordt dat [redacted] een vervolgplanning inclusief beslismomenten opstelt."

(v) Van juli tot oktober 2008 heeft [redacted] een aantal onderdelen van het systeem getest aan de hand van een viertal 'testcases'.

(vi) Op 9 oktober 2008 heeft een bespreking plaatsgevonden tussen [REDACTED] en SAP. Bij die gelegenheid heeft [REDACTED] tussentijdse beëindiging van het project aan de orde gesteld. SAP heeft de mededelingen van [REDACTED] aldus opgevat dat zij had besloten met het SAP-project te stoppen (brief van 15 oktober 2008). [REDACTED] heeft zich op het standpunt gesteld dat SAP de rol en uitgangspunten voor het project op een voor [REDACTED] onacceptabele wijze veranderde en dat SAP daarmee het project zoals het was had gestopt (brief van 20 oktober 2008). SAP heeft herhaaldelijk (onder meer bij brieven van 15 oktober en 21 november 2008) verklaard dat zij nog steeds bereid was om haar verplichtingen aangaande het project na te komen. SAP heeft daarbij steeds om inzage in de testresultaten gevraagd. [REDACTED] heeft die inzage geweigerd.

(vii) Bij brief van 4 november 2008 heeft [REDACTED] SAP aansprakelijk gesteld voor de door [REDACTED] als gevolg van het mislukken van het Project geleden schade. Voornoemde brief bevat voorts een ingebrekestelling, die als volgt luidt:  
" (...)

Ingrekestelling voor zover vereist

27. Enkel indien en voorzover juridisch noodzakelijk, kwalificeert deze brief als een formele ingebrekestelling, waarbij SAP een allerlaatste mogelijkheid wordt geboden om terug te komen van haar eerdere mededeling/bevestiging haar afspraken niet meer na te willen komen.

28. Daartoe ziet [REDACTED] graag een harde toezegging/bevestiging zijdens SAP tegemoet omtrent:

- het voldoen van het computersysteem aan de overeengekomen specificaties;
- het voldoen van het systeem aan de eisen van (i) geïntegreerd, (ii) maakbaar, (iii) werkbaar en (iv) beheersbaar;
- doorlooptijd en eindoplevering van het computersysteem;
- de overeengekomen vaste prijs voor oplevering;
- de overeengekomen onderhoudskosten;
- de onvoorwaardelijk beschikbaarheid van de huidige - naar SAP's eigen zeggen - top consultants.

29. Een schriftelijke bevestiging/toezegging zijdens SAP met voornoemde strekking dient dan binnen 24 uur na heden te zijn ontvangen door ondergetekende.

(...) "

(viii) Bij brief van 24 februari 2009 heeft ██████████ SAP onder meer het volgende medegedeeld:

" (...)

Zoals u ook weet, hebben de bevindingen van ██████████ naar aanleiding van de demo van het systeem (zoals tot dan toe ontwikkeld) ertoe geleid dat het vertrouwen in de oplossing zeer laag is geworden. Daarbij is het vertrouwen in SAP als contractspartner ook tot vlakbij het nulpunt gedaald, omdat SAP immers is weggelopen van haar eindverantwoordelijkheid, alsmede van de fixed price afspraak, als beide vastgelegd in de overeenkomst.

(...)

In het licht van het bovenstaande, zet ik hierdoor, namens ██████████ de verbintenis tot ontwikkeling, levering en implementatie van een deugdelijk computersysteem als nader omschreven in voornoemde overeenkomst, om in een verbintenis tot vervangende schadevergoeding, één en ander op de voet van artikel 6:87 BW.

(...) "

3.2. ██████████ heeft SAP in rechte betrokken en een verklaring voor recht gevorderd a) dat SAP toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van haar contractuele verplichtingen tot het ontwikkelen, leveren, implementeren en onderhouden van een geïntegreerd computersysteem voor ██████████, b) dat voornoemde (oorspronkelijke) verbintenis door ██████████ rechtsgeldig is omgezet in een verbintenis tot vervangende schadevergoeding op de voet van art. 6:87 BW althans dat nakoming door SAP blijvend onmogelijk is en SAP van rechtswege in verzuim is en c) dat SAP in verzuim is van de nakoming van haar verplichting tot betaling van de (vervangende en aanvullende) schadevergoeding. ██████████ heeft voorts gevorderd dat SAP wordt veroordeeld tot betaling aan haar van een bedrag van € 10.458.000,- ter zake van schadevergoeding, te vermeerderen met de wettelijke handelsrente. De rechtbank heeft de vorderingen van ██████████ afgewezen. Kort gezegd was de rechtbank van oordeel dat de vorderingen van ██████████ reeds daarop afstuitten dat geen sprake was van blijvende onmogelijkheid en SAP niet in verzuim was geraakt. ██████████ komt met

tweeëntwintig grieven op tegen de beslissing van de rechtbank en de gronden waarop deze berust.

3.3. Met haar grieven I tot en met VIII stelt [REDACTED] in hoger beroep (wederom) aan de orde of sprake was van blijvende onmogelijkheid (waarbij zij onder meer onderscheid maakt tussen enerzijds de nakoming van contractuele verbintenissen en anderzijds de nakoming van verbintenissen tot schadevergoeding) en/of is voldaan aan de voorwaarden voor het intreden van verzuim (in welk verband zij betoogt dat sprake is van een mededeling als bedoeld in art. 6:83 (c) BW en een geldige ingebrekestelling en voorts dat het verzuim op meer wijzen dan de rechtbank heeft onderkend kan intreden). Bij de beoordeling van deze grieven stelt het hof het volgende voorop.

3.4. Tussen partijen was geen vaste datum overeengekomen waarop het systeem zou moeten zijn opgeleverd. In het voorjaar van 2008 is op enig moment de datum 1 september 2008 genoemd voor de "go live" maar gesteld noch gebleken is dat deze datum als fatale termijn moet worden beschouwd. Toen bleek dat 1 september 2008 niet haalbaar was, hebben partijen zich over het vervolgtraject beraden, mede naar aanleiding van de op 20 mei 2008 gedane mededeling van SAP dat de door SAP na 1 september 2008 te verrichten werkzaamheden afzonderlijk door [REDACTED] betaald dienden te worden. Uit de notulen van het stuurgroepoverleg van 18 juni 2008 volgt dat [REDACTED] voor het vervolgtraject vooralsnog op het spoor zat van het "alternatief met eindigheid", wat kennelijk zo moet worden begrepen dat het systeem in de stand waarin het zich op dat moment bevond zonder verdere aanpassingen zou worden geïmplementeerd. In dat kader heeft [REDACTED], zoals zij onbetwist heeft gesteld, de stand van zaken van het systeem nader willen onderzoeken en heeft zij in oktober 2008 de tests/demo doen uitvoeren.

3.5. Uit het vorenstaande volgt dat zich in oktober/november 2008 nog niet de situatie voordeed dat [REDACTED] op dat



moment reeds aanspraak kon maken op daadwerkelijke levering van het computersysteem. In het licht hiervan is de brief van 4 november 2008 van [REDACTED] aan SAP dan ook niet op te vatten als een ingebrekestelling in de zin van art. 6:82 BW, waarmee na constatering van een tekortkoming wordt beoogd het verzuim te doen intreden, maar als een schriftelijke aanmaning als bedoeld in art. 6:80 lid 1 aanhef en sub c BW.

3.6. Art. 6:80 lid 1 BW bepaalt dat de gevolgen van niet-nakoming van een verbintenis in drie gevallen reeds intreden voordat de vordering opeisbaar is, te weten a) indien vaststaat dat nakoming zonder tekortkoming onmogelijk zal zijn, b) indien de schuldeiser uit een mededeling van de schuldenaar moet afleiden dat deze in de nakoming zal tekortschieten (in een situatie waarin de vordering opeisbaar is, doet een dergelijke mededeling ingevolge art. 6:83 aanhef en sub c BW het verzuim zonder ingebrekestelling intreden) en c) indien de schuldeiser goede gronden heeft te vrezen dat de schuldenaar in de nakoming zal tekortschieten en deze niet voldoet aan een schriftelijke aanmaning met opgave van die gronden om zich binnen een bij die aanmaning gestelde redelijke termijn bereid te verklaren zijn verplichtingen na te komen. Het hof zal nagaan of een van deze gevallen zich hier voordoet.

3.7. [REDACTED] heeft aangevoerd dat deugdelijke nakoming door SAP van haar verplichting tot oplevering van het overeengekomen computersysteem blijvend onmogelijk is. Volgens haar kleven dermate ernstige gebreken aan het systeem dat dit niet geschikt te maken is voor haar bedrijfsvoering. Daarbij komt dat SAP hier in ieder geval niet toe in staat is, aldus [REDACTED].

3.8. Het hof is van oordeel 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 [REDACTED] valt te

bereiken. Dat in dat geval met fundamentele wijzigingen (bijvoorbeeld door de ontwikkelde software geheel of voor een belangrijk deel te vervangen) en in verband daarmee (veel) extra tijd mogelijk alsnog zou kunnen worden nagekomen, is hier zonder belang. SAP heeft niet betoogd dat zij zou kunnen nakomen door het systeem alsnog fundamenteel te wijzigen, maar zij heeft zich integendeel steeds op het standpunt gesteld dat het systeem deugdelijk was. Uit haar stellingen kan niet worden afgeleid dat zij, als haar een termijn zou zijn gesteld, iets anders zou hebben gedaan dan het verder afbouwen van het systeem op de bestaande basis. Indien het systeem in de basis ondeugdelijk mocht blijken in de hiervoor bedoelde zin, zou onder die omstandigheden een eventueel beroep van SAP op het niet absolute karakter van de onmogelijkheid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moeten worden geacht.

3.9. [REDACTED] heeft ter onderbouwing van haar stellingen met name verwezen naar het rapport van de door haar ingeschakelde deskundigen [REDACTED] en [REDACTED] van [REDACTED] (productie 1 bij inleidende dagvaarding/conclusie van eis, in het bijzonder onder 6.1/6.2, 6.7 en 6.9) en het aanvullend rapport van [REDACTED] van [REDACTED] (productie 1 bij memorie van grieven, in het bijzonder onder 3). SAP heeft de stellingen van [REDACTED] en de inhoud van de deskundigenrapporten uitvoerig betwist, onder meer door het overleggen van eigen (gedetailleerd) commentaar op de rapporten (respectievelijk productie 31 bij conclusie van antwoord en productie 38 bij memorie van antwoord).

3.10. Het hof heeft behoefte aan deskundige voorlichting over de vraag of sprake was van blijvende onmogelijkheid in de onder 3.8 bedoelde zin. Het hof zal bij de vraagstelling aan de deskundigen aanknopen bij de standpunten van partijen zoals deze kenbaar zijn uit de genoemde rapporten en commentaren. Het hof is voornemens een of meer deskundigen te benoemen en deze deskundige(n) de volgende vragen voor te leggen:

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 [REDACTED] en/of [REDACTED] in de overgelegde rapporten van [REDACTED] en [REDACTED] over de kwaliteit van het door SAP ten behoeve van [REDACTED] 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 [REDACTED] valt te bereiken?
3. Wilt u bij uw antwoord op de vraag onder 2 tevens de kosten van onderhoud van het systeem betrekken?
4. Heeft u overigens nog opmerkingen die voor deze zaak van belang kunnen zijn?

Het hof gaat ervan uit dat partijen in staat zullen zijn de te benoemen deskundige(n) het materiaal en de informatie te verstrekken die hij/zij voor hun onderzoek nodig heeft/hebben.

3.11. Het hof zal de zaak naar de rol verwijzen zodat partijen - eerst [REDACTED] en vervolgens SAP - zich kunnen uitlaten over het aantal, de vereiste kwalificaties en de persoon/personen van de te benoemen deskundige(n) en over de formulering van de te stellen vragen. Het hof verzoekt partijen zich daarover tevoren met elkaar te verstaan, zodat zij zo mogelijk met een eensluidend voorstel kunnen komen. De kosten van het deskundigenbericht dienen voorshands te worden gedragen door [REDACTED]

3.12. In dit stadium van het geding laat het hof het debat tussen partijen over de vraag naar de precieze inhoud en omvang van de overeenkomst nog onbesproken. (Kort gezegd gelden volgens [REDACTED] de uitgangspunten van de basisovereenkomst van 28 september 2004 aangevuld in de vaststellingsovereenkomst van 27 december 2005 en gaat het volgens SAP om de nadere uitwerking van deze uitgangspunten en zijn de inhoud van de op 18 april 2006 goedgekeurde Blueprint,

de nadere vastlegging in de presentatie [REDACTED] en in het bijzonder de uiteindelijke omkadering van de overeengekomen functionaliteit in de 247 scenario's beslissend.) Als eventueel moet worden geoordeeld dat sprake is van blijvende onmogelijkheid van nakoming en dit oordeel onderdelen betreft waarvan in discussie is of deze tot de contractsverplichtingen van SAP behoren, zal dit onderwerp alsnog aan de orde komen.

3.13. Voor het geval niet vast komt te staan dat het systeem tekortkomingen vertoonde van dien aard dat van blijvende onmogelijkheid tot nakoming door SAP van haar verplichting tot levering van het overeengekomen systeem kan worden gesproken, overweegt het hof reeds thans het volgende. Daarbij dient te worden bedacht dat de overeenkomst tussen partijen tot meer verplicht dan alleen de oplevering van een computersysteem dat aan de overeengekomen eisen voldoet, maar tevens (aan beide zijden) inspanningsverbintenissen meebrengt om de ontwikkeling en implementatie van het systeem zo goed mogelijk te laten verlopen en (aan de zijde van SAP) de verplichting om de afspraken over de (maximale) financiële vergoeding na te komen. De opeisbaarheid van deze verbintenissen varieert per verbintenis.

3.14. [REDACTED] heeft aangevoerd dat zij uit de mededeling van SAP bij de stuurgroepvergadering van 20 mei 2008 heeft afgeleid dat SAP in die zin in nakoming van de overeenkomst tekort zou schieten dat zij, anders dan was overeengekomen, zich niet zou houden aan de afspraak dat het systeem aan [REDACTED] geleverd zou worden voor de vaste prijs van € 850.000,-. Dat deze prijs tussen partijen is afgesproken, staat op zichzelf niet ter discussie. Naar het oordeel van het hof heeft [REDACTED] de mededelingen van SAP zoals die zijn vermeld in de notulen van de stuurgroep (de juistheid van de weergave is niet door SAP betwist) op dat moment inderdaad bezwaarlijk anders kunnen opvatten dan dat SAP niet langer bereid was de prijsafpraak gestand te doen. Aannemelijk is voorts dat dit standpunt van SAP voor [REDACTED] heeft geleid tot extra kosten doordat zij zich diende te beraden op

haar positie, een tussentijdse test/demo heeft doen uitvoeren en deskundigen heeft ingeschakeld. In zoverre is [REDACTED] gerechtigd deze extra kosten - voor zover gemaakt in de periode tot het moment waarop SAP haar standpunt op voor [REDACTED] kenbare wijze heeft herroepen - op SAP te verhalen.

3.15. In de onder 3.1(vii) deels geciteerde brief heeft [REDACTED] SAP geschreven - kort gezegd - dat, na twee eerdere mislukte pogingen, ook de laatst gekozen, op een aantal standaard SAP componenten, waaronder [REDACTED], gebaseerde aanpak niet succesvol is gebleken. Na de oorzaken die volgens [REDACTED] aan dit falen ten grondslag liggen te hebben beschreven, heeft [REDACTED] als subconclusie vermeld dat SAP zomaar weg loopt van haar contractuele eindverantwoordelijkheid en dat zij (SAP) heeft gesteld dat betaald moet worden ondanks de vaste prijsafspraken, dat er geen duidelijk zicht is op doorlooptijd en verdere kosten voor een succesvolle afronding van het project, dat de tot dan toe gerealiseerde oplossing complex is en dat op een groot aantal punten de 'fit' van die oplossing met de [REDACTED] processen volstrekt onduidelijk is. [REDACTED] heeft vervolgens de in juni 2008 genomen vervolgstappen beschreven en melding gemaakt van de demo, waarbij zij ter illustratie een aantal (negatieve) bevindingen van de door haar ingeschakelde externe deskundigen heeft genoemd. Vervolgens heeft zij de bespreking van 9 oktober 2008 en de daarop gevolgde correspondentie tussen partijen vermeld. Haar eindconclusie is dat SAP blijvend in gebreke is van haar contractuele verplichtingen tot het succesvol afronden van het project. Vervolgens heeft zij SAP een laatste mogelijkheid geboden alsnog een toezegging te doen dat zij haar verplichtingen zal nakomen en heeft zij de brief geëindigd met de "ingebrekestelling voor zover vereist" zoals vermeld in rechtsoverweging 3.1(vii). SAP heeft in de op deze brief volgende correspondentie in algemene bewoordingen (brieven van 4 en 5 en 21 november 2008, de laatste twee gericht aan de raadsman van [REDACTED]) laten weten bereid te zijn haar

verplichtingen na te komen. In haar brief van 4 november 2008 (bij brief van 5 november 2008 in afschrift toegezonden aan de raadsman van [REDACTED]) heeft zij onder meer geschreven dat de mededeling dat het budget tot 1 september 2008 vast lag, betrekking had op steeds wijzigende uitgangspunten en niet betekende dat SAP had aangegeven dat zij daarna alleen nog op basis van time/material zou willen werken.

3.16. Voor het antwoord op de vraag of de reactie van SAP op de brief van [REDACTED] tot gevolg heeft gehad dat de gevolgen van niet-nakoming zijn ingetreden, dient te worden nagegaan waarop [REDACTED] in de brief haar verwachting heeft gebaseerd dat SAP niet zou nakomen en welke toezeggingen zij ter zake van SAP heeft verlangd. Met betrekking tot dit laatste geldt dat de verlangde toezeggingen zijn te vinden onder 28 van de brief (waarbij het hof de onderscheiden punten van een nummering heeft voorzien):

- 1 - het voldoen van het computersysteem aan de overeengekomen specificaties;
- 2 - het voldoen van het systeem aan de eisen van (i) geïntegreerd, (ii) maakbaar, (iii) werkbaar en (iv) beheersbaar;
- 3 - doorlooptijd en eindoplevering van het computersysteem;
- 4 - de overeengekomen vaste prijs voor oplevering;
- 5 - de overeengekomen onderhoudskosten;
- 6 - de onvoorwaardelijke beschikbaarheid van de huidige consultants.

3.17. Met betrekking tot de punten 1 en 2 is in de brief te lezen dat de oplossing erg complex is geworden en op een groot aantal punten de 'fit' van de oplossing met de [REDACTED] processen onduidelijk is (15 en 17) en dat de bevindingen van de deskundigen onder meer waren dat de oplossing nog veel fouten bevat, dat nog veel functionaliteit ontbreekt en dat er veel maatwerk is toegevoegd, waardoor wijzigingen in en uitbreidingen van het systeem slecht en alleen tegen hoge kosten en met een lange doorlooptijd zullen kunnen worden gerealiseerd, dat SAP geen systeem zal kunnen opleveren dat in

voldoende mate kan voldoen aan de eisen en wensen van [REDACTED] (in de functionaliteit zal niet kunnen worden voorzien met de standaard SAP-componenten en het SAP-concept blijkt te statisch en te weinig flexibel om in een aantal van de voor [REDACTED] essentiële functionaliteiten te kunnen voorzien), dat de beheerskosten aanzienlijk hoger zullen uitvallen dan geraamd en SAP [REDACTED] bovendien niet over deze hoge kosten heeft geïnformeerd (21). Deze opmerkingen gaven SAP, die zelf niet beschikte over de uitkomsten van de demo, echter onvoldoende inzicht in wat er naar de mening van [REDACTED] nu precies aan het systeem schortte en wat [REDACTED] op dit punt concreet van haar verwachtte. Dat het systeem relatief veel maatwerk bevatte moet [REDACTED] al bekend zijn geweest. De opmerking over de kosten is niet nader geconcretiseerd; enig inzicht in de bedragen waar het volgens [REDACTED] om ging, is in de brief niet gegeven. [REDACTED] heeft SAP ook slechts in algemene bewoordingen verzocht te bevestigen dat zij haar verplichtingen met betrekking tot het systeem zou nakomen. In het licht daarvan volstond dan ook de algemene bevestiging van SAP dat zij hiertoe bereid was.

3.18. Dat [REDACTED] zorgen had omtrent de doorlooptijd en de eindoplevering (punt 3), komt voldoende naar voren uit de brief. Zoals hiervoor reeds is overwogen, gold tussen partijen echter geen vaste termijn voor oplevering. Dat SAP als reactie op de brief zelf (onder opgave van redenen) geen termijn heeft genoemd, kan niet worden aangemerkt als een aanwijzing dat zij tekort zou schieten. Bij het ontbreken van een termijn was het aan [REDACTED] op een gegeven moment een redelijke termijn voor nakoming te stellen.

3.19. Punt 4 is, zoals hiervoor al is overwogen, een terecht punt. Dit heeft SAP ook zelf ingezien, zoals blijkt uit haar brief van 4 november 2008. Na deze hernieuwde toezegging kon [REDACTED] zich niet langer op het standpunt stellen dat SAP zich niet aan de prijsafspraken zou houden. [REDACTED] heeft nog aangevoerd dat verzuim niet gezuiverd kan worden als niet

schadevergoeding wordt aangeboden. Wat hier van zij - en in het midden latend of al sprake was van verzuim dan wel van een situatie als bedoeld in art. 6:80 BW -, in het onderhavige geval is geen eenduidig schadebedrag aan te wijzen dat voor onmiddellijke voldoening in aanmerking komt [REDACTED] heeft een dergelijk bedrag ook niet genoemd). Dat SAP niet direct schadevergoeding heeft aangeboden, kan er derhalve niet toe leiden dat zij niet met succes van haar eerdere standpunt heeft kunnen terugkomen.

3.20. Punt 5 betreft de overeengekomen onderhoudskosten. Kennelijk zijn partijen ervan uitgegaan dat het bedrag van € 20.000,- per jaar dat in de vaststellingsovereenkomst in verband met het template van [REDACTED] wordt genoemd, ook is blijven gelden toen dat template is verlaten. In de brief van [REDACTED] aan [REDACTED] (prod. 16 bij conclusie van antwoord) komt dat punt niet terug. Het moet er derhalve voor worden gehouden dat het nog steeds deel uitmaakte van de overeenkomst. Uit de stukken blijkt niet dat dit punt eerder door SAP ter discussie is gesteld. Nu SAP zich niet eerder op het standpunt heeft gesteld dat het afgesproken bedrag van € 20.000,- onderhoudskosten niet meer gold, was zij niet gehouden dit naar aanleiding van de brief van 4 november 2008 nog eens expliciet te bevestigen. Een algemene bevestiging van haar bereidheid de overeenkomst na te komen volstond ook op dit punt.

3.21. Ten slotte geldt met betrekking tot punt 6 dat [REDACTED] haar stelling dat was overeengekomen dat dezelfde consultants steeds voor het project beschikbaar zouden blijven niet nader heeft toegelicht.

3.22. Slotsom van het vorenstaande is dat de algemene bevestiging van de kant van SAP dat zij aan haar verplichtingen zou voldoen in reactie op de brief van 4 november 2008 van [REDACTED], voldoende was om geen situatie te doen ontstaan waarin de gevolgen van niet nakoming reeds voor opeisbaarheid van de vordering intraden. In het midden



kan blijven of het beroep van [REDACTED] op art. 80 lid 1 (c) BW als nieuwe grief moet worden aangemerkt, zoals SAP bij pleidooi heeft betoogd.

3.23. Alvorens - zoals aangekondigd - de zaak naar de rol te verwijzen voor uitlating door partijen over de te benoemen deskundige(n) en de te stellen vragen, ziet het hof aanleiding alvast (deels) in te gaan op het beroep dat SAP - voor zover zij aansprakelijk mocht worden geacht - heeft gedaan op de in art. 1.5 van de vaststellingsovereenkomst van 27 december 2005 voorkomende aansprakelijkheidsbeperking.

3.24. Genoemd artikel luidt: "Indien SAP toerekenbaar tekort komt met betrekking tot het Project, ondermeer vastgesteld in deze Vaststelling en in het implementatieplan, zal de aansprakelijkheid van SAP beperkt zijn tot de extra kosten van [REDACTED] die het directe gevolg zijn van de aan SAP toerekenbare tekortkoming, waaronder in elk geval in begrepen de tot dan toe door [REDACTED] betaalde vergoedingen m.b.t. dit project. De totale aansprakelijkheid van SAP onder deze Overeenkomst is beperkt tot het bedrag van twee maal de projectwaarde." SAP heeft gesteld dat haar aansprakelijkheid daarmee in ieder geval beperkt blijft tot € 1.700.000,-. [REDACTED] heeft zich op het standpunt gesteld dat een beroep van SAP op haar aansprakelijkheidsbeperking naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn en voorts dat de projectwaarde niet is gedefinieerd in de overeenkomst en derhalve neerkomt op de totaalsom van Fixed Fee afspraak, overige aan SAP te betalen vergoedingen, aangeschafte hardware en de inhuur van externe accountants.

3.25. Met betrekking tot dit laatste heeft SAP gemotiveerd en met stukken onderbouwd betoogd dat met "projectwaarde" de in artikel 1.2 van de vaststellingsovereenkomst genoemde Fixed Fee van € 850.000,- is bedoeld. [REDACTED] heeft daartegenover slechts aangevoerd dat projectwaarde een niet gedefinieerde term is en dat het woord om die reden bewust met een kleine letter is gespeld. Het hof acht het betoog van SAP daarmee echter onvoldoende weersproken. Dit brengt mee dat

ingevolge artikel 1.5 de aansprakelijkheid van SAP derhalve in beginsel is beperkt tot het door SAP genoemde bedrag van € 1.700.000,-. Over het standpunt van [REDACTED] dat een beroep op deze beperking naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moet worden geacht, merkt het hof alleen op dat, zo dit aan de orde zal komen, dit standpunt slechts in bijzondere omstandigheden kans van slagen zal kunnen hebben, waarbij tevens een rol speelt dat, zoals ook SAP aanvoert, het hier om professionele partijen gaat en de desbetreffende clause door partijen na onderhandeling tot stand is gekomen.

3.26. De zaak zal thans naar de rol worden verwezen voor het hiervoor vermelde doel. Het hof geeft partijen in overweging naar aanleiding van hetgeen in dit tussenarrest is overwogen te pogen alsnog in onderling overleg tot een regeling van de zaak te komen.

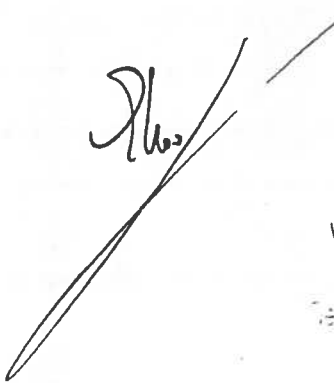
#### 4. Beslissing

Het hof:

verwijst de zaak naar de rol van 10 april 2012 voor het nemen van een akte door [REDACTED] als bedoeld in 3.11;

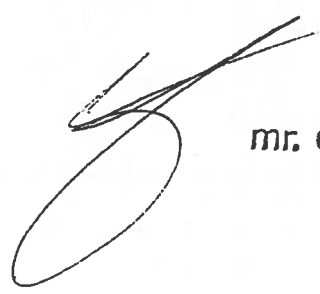
houdt iedere verdere beslissing aan.

Dit arrest is gewezen door mrs. M.M.M. Tillema, R.J.F. Thiessen en J.E. Molenaar, en in het openbaar uitgesproken op 14 februari 2012 door de rolraadsheer.



Voor afschrift conform

[REDACTED]



mr. G.C.C. Lewin