

Art. 6:74, 6:80, 6:81, 6:83, 6:86, 6:87, 6:265 en 6:271 BW

ECLI:NL:GHAMS:2012:4473

ARREST

in de zaak van:

de besloten vennootschap niet beperkte aansprakelijkheid
WAFO B.V.,

gevestigd te Aalsmeer,

APPELLANTE,

advocaat: mr. M. Weij te Amsterdam,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
SAP NEDERLAND B.V.

gevestigd te 's-Hertogenbosch

GEÏNTIMEERDE

advocaat: I.M.C.A. Reinders Folmer te Amsterdam

1. Het geding in hoger beroep

De partijen worden hierna Waterdrinker en SAP genoemd.

1.1. Bij dagvaarding van 4 juni 2010 is Waterdrinker 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 gewezen tussen haar als eiseres en SAP als gedaagde.

1.2. Waterdrinker 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 Waterdrinker in de kosten van het geding in hoger beroep.

1.4. De partijen hebben de zaak doen bepleiten, Waterdrinker 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. Waterdrinker heeft met haar grieven IX tot en met XIII bezwaar gemaakt tegen de feitenvaststelling. Voor zover het bezwaar van Waterdrinker 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 Waterdrinker naar voren gebrachte feiten. Waterdrinker heeft voorts in grief XI aangevoerd dat de rechtbank in

Nederland

Computerrecht 2017/51

Hof Amsterdam 14 februari 2012, nr. 200.068.692/01
m.nt. mr. H. Struik¹

9 Hangende zaken bij het Grondwettelijk Hof met rolnummers 6598 en 6599.

10 MvT, Parl. St. Kamer 2015/16, 1567/001, 10-13.

11 MvT, Parl. St. Kamer 2015/16, 1567/001, 5-7.

1 Hendrik Struik is advocaat bij CMS te Utrecht.

rechtsoverweging 2.10 ten onrechte heeft vastgesteld dat Waterdrinker 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 Waterdrinker. Het bezwaar van Waterdrinker 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 Waterdrinker 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 Waterdrinker op 9 oktober 2008 te kennen heeft gegeven niet langer door te willen gaan met het project. Volgens Waterdrinker 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) Waterdrinker is een internationale handelaar in kameren tuinplanten. SAP houdt zich bezig met het ontwikkelen, leveren en onderhouden van bedrijfsmatige software.
- (ii) In september 2004 zijn Waterdrinker en SAP overeengekomen dat SAP aan Waterdrinker een geïntegreerd computersysteem ten behoeve van haar bedrijfsvoering zou leveren. Dit systeem zou door SAP in samenwerking met Waterdrinker worden ontwikkeld en projectmatig bij Waterdrinker 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 Waterdrinker. 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 AGF template die was ontwikkeld door een derde partij, Bbit Consulting B.V. (hierna: Bbit). 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 Bbit zal worden gedaan tegen een jaarlijkse vergoeding van maximaal EUR 20.000,-. Voorts is in de vaststellingsovereenkomst bepaald dat SAP de eindver-

antwoordelijkheid voor het project draagt. In de loop van 2006 is gebleken dat ook de door Bbit ontwikkelde AGF template niet geschikt was voor de bedrijfsvoering van Waterdrinker. In de periode van december 2006 tot en met maart 2007 heeft tussen Waterdrinker 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 Waterdrinker 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 Waterdrinker aangaande het project) van 20 mei 2008 bevatten onder meer de volgende passages:

- Conclusie uit de twee bovenstaande punten is dat de GO Live op 1 september niet mogelijk is
- [...] [...], 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 Waterdrinker project. Na 1 september is er -met uitzondering van GO-Live en after GO-Live support- geen budget meer beschikbaar. Alle overige werkzaamheden (voortkomend uit testresultaten, realisatie etc.) die door SAP na 1 september verricht worden dienen door Waterdrinker betaald te worden.
- [...] [...], toenmalig directeur van [...] (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 [...] dat SAP na 1 september 2008 geen budget meer voor het project beschikbaar stelt.
- Besloten wordt dat [...] ([...], [...] van SAP opm. hof)

en

- [...] ([...], [...] van [...] 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

- [...] geeft aan 4 scenario's te zien:
 - Waterdrinker dwingt het contract met SAP af
 - Voorstel SAP volgen: Budget SAP is snel eindig. Waterdrinker financiert rest project volledig
 - Alternatief met eindigheid onderzoeken/vaststellen
 - Direct stoppen met project en schadeclaim WA -> SAP
- Waterdrinker opteert voor scenario drie (Alternatief met eindigheid)
Waterdrinker moet nu verder gaan met het bepalen van de Oplossing

- [...] blijft met de vraag zitten of de oplossing goed genoeg is. Waar is de integrale oplossing geborgd?
- [...] ([...], [...] van SAP, opm. hof) stelt dat 85%-90% van de oplossing nu gerealiseerd is. Op de vraag van [...] Hoe zeker dat is, antwoordt [...] Dat dit nu aan Waterdrinker is om te beoordelen."

(...)

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

(vi) Op 9 oktober 2008 heeft een bespreking plaatsgevonden tussen Waterdrinker en SAP. Bij die gelegenheid heeft Waterdrinker tussentijdse beëindiging van het project aan de orde gesteld. SAP heeft de mededelingen van Waterdrinker aldus opgevat dat zij had besloten met het SAP-project te stoppen (brief van 15 oktober 2008). Waterdrinker heeft zich op het standpunt gesteld dat SAP de rol en uitgangspunten voor het project op een voor Waterdrinker onacceptabele wijze veranderde en dat SAP daarmee het project zoals het was had gestopt (brief van 20 oktober 2008). SAP heeft herhaaldelijk (onder meer hij 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. Waterdrinker heeft die inzage geweigerd.

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

"(...)

Ingebrekestelling 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 Waterdrinker graag een harde toezegging/bevestiging tijdens 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 tijdens SAP met voornoemde strekking dient dan binnen 24 uur na heden te zijn ontvangen door ondergetekende.

(...)"

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

"(...) Zoals u ook weet, hebben de bevindingen van Waterdrinker 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 Waterdrinker 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. Waterdrinker 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 Waterdrinker, b) dat voornoemde (oorspronkelijke) verbintenis door Waterdrinker 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. Waterdrinker 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 Waterdrinker afgewezen. Kort gezegd was de rechtbank van oordeel dat de vorderingen van Waterdrinker reeds daarop afstuiten dat geen sprake was van blijvende onmogelijkheid en SAP niet in verzuim was geraakt. Waterdrinker komt met tweeëntwintig grieven op tegen de beslissing van de rechtbank en de gronden waarop deze berust.

3.3. Met haar grieven I tot VIII stelt Waterdrinker 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 Waterdrinker betaald dienden te worden. Uit de notulen van het stuur-groepoverleg van 18 juni 2008 volgt dat Waterdrinker 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 Waterdrinker 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 Waterdrinker 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 Waterdrinker 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. Waterdrinker 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 Waterdrinker.

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 Waterdrinker 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 inte-gendeel 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 on-deugdelijk 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. Waterdrinker heeft ter onderbouwing van haar stellingen met name verwezen naar het rapport van de door haar ingeschakelde deskundigen [...] en [...] van [...] (productie 1 bij inleidende dagvaarding/conclusie van eis, in het bijzonder onder 6.1/6.2, 6.7 en 6.9) en het aanvullend rap-port van Waterdrinker van [...] (productie 1 bij memorie van grieven, in het bijzonder onder 3). SAP heeft de stellingen van Waterdrinker en de inhoud van de deskundigenrappor-ten uitvoerig betwist, onder meer door het overleggen van eigen (gedetailleerd) commentaar op de rapporten (respec-tievelijk productie 31 bij conclusie van antwoord en produc-tie 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 par-tijen zoals deze kenbaar zijn uit de genoemde rapporten en commentaren Het hof is voornemens een of meer deskundi-gen 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 [...] en/of [...] in de overgelegde rapporten van [...] en [...] over de kwaliteit van het door SAP ten behoeve van Waterdrinker ont-wikkelde 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 ok-tober/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 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/heb-ben.

3.11. Het hof zal de zaak naar de rol verwijzen zodat par-tijen – eerst Waterdrinker en vervolgens SAP – zich kunnen uitlaten over het aantal, de vereiste kwalificaties en de per-

soon/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 Waterdrinker.

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 Waterdrinker 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 [...] 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. Waterdrinker 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 Waterdrinker 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 Waterdrinker 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 Waterdrinker 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 Waterdrinker gerechtigd deze extra kosten – voor zover gemaakt in de periode tot het moment waarop SAP haar standpunt op voor Waterdrinker kenbare wijze heeft herroepen – op SAP te verhalen.

3.15. In de onder 3.1 (vii) deels geciteerde brief heeft Waterdrinker SAP geschreven – kort gezegd – dat, na twee eerdere mislukte pogingen, ook de laatst gekozen, op een aantal standaard SAP componenten, waaronder [...] [...], gebaseerde aanpak niet succesvol is gebleken. Na de oorzaken die volgens Waterdrinker aan dit falen ten grondslag liggen te hebben beschreven, heeft Waterdrinker 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 prijsafpraak, 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 [...] processen volstrekt onduidelijk is. Waterdrinker 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 Waterdrinker) 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 Waterdrinker) 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 Waterdrinker tot gevolg heeft gehad dat de gevolgen van niet-nakoming zijn ingetreden, dient te worden nagegaan waarop Waterdrinker 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 [...] 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 Waterdrinker (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 Waterdrinker essentiële functionaliteiten te kunnen voorzien), dat de beheerskosten aanzienlijk hoger zullen uitvallen dan geraamd en SAP Waterdrinker 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 Waterdrinker nu precies aan het systeem schortte en wat Waterdrinker op dit punt concreet van haar verwachtte. Dat het systeem relatief veel maatwerk bevatte moet Waterdrinker al bekend zijn geweest. De opmerking over de kosten is niet nader geconcretiseerd; enig inzicht in de bedragen waar het volgens Waterdrinker om ging, is in de brief niet gegeven. Waterdrinker 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 Waterdrinker 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 Waterdrinker 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 Waterdrinker zich niet langer op het standpunt stellen dat SAP zich niet aan de prijsafspraken zou houden. Waterdrinker 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. (Waterdrinker 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 Waterdrinker wordt genoemd, ook is blijven gelden toen dat template is verlaten. In de brief van Waterdrinker aan [...] (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 Waterdrinker 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 Waterdrinker, 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 Waterdrinker 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 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 Waterdrinker die het directe gevolg zijn van de aan SAP toerekenbare tekortkoming, waaronder in elk geval in begrepen de tot dan toe door Waterdrinker 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,-. Waterdrinker 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.

Waterdrinker 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 Waterdrinker 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 clausule 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 [...] als bedoeld in 3.11; houdt iedere verdere beslissing aan.

Noot

1. Dit arrest is al vijf jaar oud, maar pas onlangs is de complete tekst ervan publiek beschikbaar gekomen.² Het blijkt een leerzame analyse te bevatten van een aantal aspecten van overeenkomstenrecht die in veel conflicten over complexere IT-projecten aan de orde kunnen zijn, en is daarom ook nu nog het bespreken waard. Naast de al wel eerder gepubliceerde overwegingen over onmogelijkheid van nakoming,³ gaat het hof ook in (aan de hand van art. 6:80 BW) op de eisen die gelden om al vóór het moment van opeisbaarheid de gevolgen van tekortkoming te kunnen invoeren, het onderscheid tussen onmogelijkheid t.a.v. de hoofdverplichting en andere verbintenissen, de zuivering van verzuim en de (strengere) beoordeling van de vaak geponeerde stelling dat een beroep op een (tussen professionele partijen overeengekomen) aansprakelijkheidsbeperking ‘naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaan-

vaardbaar’ zou zijn. Ik zal die aspecten in deze noot achtereenvolgens bespreken.

2. Het hof begint met vast te stellen dat zich, toen het conflict uitbarstte,⁴ “...nog niet de situatie voordeed dat Waterdrinker⁵ op dat moment reeds aanspraak kon maken op daadwerkelijke levering van het computersysteem” (r.o. 3.5). De vordering tot (correcte) oplevering van de ‘hoofdprestatie’ was dus op dat moment nog niet opeisbaar. Tussen partijen was weliswaar op enig moment sprake geweest van een “genoemde” datum van 1 september 2008 voor *go-live*, maar toen die niet haalbaar bleek hadden zij zich gezamenlijk “over het vervolgtraject beraden” (r.o. 3.4).⁶ De constatering is wezenlijk voor het antwoord op de vraag of de opdrachtgever in die fase – dus vóór het moment van opeisbaarheid van de ‘hoofdprestatie’ – toch de gevolgen van een (toekomstige) tekortkoming in de nakoming daarvan kan invoeren. De hoofdregel is natuurlijk dat dat nog niet kan (want t.a.v. wat nog niet kan worden opgeëist kan men ook niet tekortschieten), maar de wet regelt in art. 6:80 BW drie gevallen waarin dat wel kan (die het hof opsomt in r.o. 3.6), namelijk:

- indien vaststaat dat nakoming zonder tekortkoming onmogelijk zal zijn;
- indien de schuldeiser uit een mededeling van de schuldenaar moet afleiden dat deze in de nakoming zal tekortschieten;
- 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 gestelde redelijke termijn bereid te verklaren zijn verplichtingen na te komen.

In de fase vóór het moment van opeisbaarheid, is de weg van art. 6:80 BW de *enige* ‘toegangspoort’ tot schadevergoeding en/of ontbinding. De schuldeiser die daarmee niet wacht tot dat moment is aangebroken, neemt dus een groot risico. Als hij niet kan bewijzen dat zich een van de sub a, b of c genoemde gevallen voordeed zullen niet alleen zijn vorderingen – na vaak lang en/of kostbaar procederen – worden afgewezen, maar ook zal zijn opstelling in de meeste gevallen als wanprestatie zijnerzijds worden beoordeeld, die de wederpartij recht geeft op ontbinding en/of schadevergoeding.

3. Het hof gaat vervolgens na of Waterdrinker zich op een van de drie gevallen van art. 6:80 BW kan beroepen, allereerst of (geval sub a) correcte nakoming onmogelijk moest worden geoordeeld (r.o. 3.7-3.11). Onmogelijkheid van nakoming kan op dit moment een doctrinaire *hot topic* in het contractenrecht worden genoemd. Het begrip speelt overigens niet alleen rol in de ‘pre-opeisbaarheids-context’

2 Zie www.itenrecht.nl, nr. IT 2199. Een later (tweede) tussenarrest in deze zaak (Hof Amsterdam 10 oktober 2012) is wel volledig gepubliceerd: zie www.itenrecht.nl, nr. IT 903. Tot een eindarrest is het niet gekomen want na het tweede tussenarrest hebben partijen de zaak geschikt (mededeling van de advocaat van Waterdrinker).

3 Zie www.itenrecht.nl, nr. IT 688. Het vonnis in eerste aanleg (Rechtbank Amsterdam 10 maart 2010) is gepubliceerd op www.rechtspraak.nl als ECLI:NL:RBAMS:2010:BM3882; *LJN* BM3882.

4 En, naar moet worden aangenomen, ook nog op het moment dat Waterdrinker enkele maanden later de omzettingsverklaring ex art. 6:87 BW uitsprak.

5 De opdrachtgever. Ik duid deze partij hier aan, net als het hof deed in het besproken arrest, als ‘Waterdrinker’. Deze naam was weliswaar in het bij het hof opgevraagde afschrift onleesbaar gemaakt maar deze was wel zichtbaar in het (op rechtspraak.nl) gepubliceerde vonnis in eerste aanleg en in het tweede tussenarrest.

6 Kennelijk een voorbeeld van wat door Van der Putt als de ‘doormodderen-doctrine’ is aangeduid: zie P.G. van der Putt, ‘De afdwingbaarheid van contracten bij falende IT-projecten’, *Computerrecht* 2016/44, par. 8.1.

van art. 6:80 BW maar ook bij de toepasselijkheid van de verzuimregeling als voorportaal van schadevergoeding en/of ontbinding (art. 6:74 lid 2 en 6:265 lid 2 BW). Zie over de bestaande controverse(n) het bijzonder heldere artikel van Van Schaick, waarin hij laat zien dat in de rechtspraak van de Hoge Raad het begrip 'onmogelijkheid' gaandeweg is opgerekt tot, kort gezegd, een middel om de verzuimregeling buiten toepassing te laten, en hoe dit wringt met zowel de letterlijke betekenis van 'onmogelijk' als met de plaats van dat begrip in het systeem van het BW.⁷ Van Schaick pleit ervoor, wat mij betreft met kracht van argumenten, om

“...blijvende onmogelijkheid van nakoming feitelijk en rationeel te blijven benaderen. De vraag moet steeds zijn of de schuldenaar de prestatie die de verbintenis van hem vergt, feitelijk nog kan verrichten, dus of een veroordeling tot nakoming, desgevorderd, toegewezen zou kunnen worden.”

Van Schaick's betoog strekt tot een *strengere toets* voor de beoordeling van 'onmogelijkheid'. In de context van art. 6:80 BW sluit dit aan bij de Toelichting die vereist dat “objectief vaststaat” dat nakoming onmogelijk zal zijn.⁸

4. In de onderhavige zaak kan men vaststellen dat de rechtbank en ook het hof uitgaan van deze strenge maatstaf voor 'onmogelijkheid'. De rechtbank oordeelde:

“Ook indien met Waterdrinker zou worden aangenomen dat het Systeem ondeugdelijk is, heeft Waterdrinker onvoldoende onderbouwd dat de tekortkoming van blijvende aard is. Waterdrinker stelt dat zij zich na het uitvoeren van de testen (ernstige) zorgen maakte of het Systeem er wel kon komen. Dit betekent evenwel nog niet dat *nakoming in geen geval meer mogelijk was*.”⁹ (mijn cursivering; HS).

In hoger beroep heeft Waterdrinker haar vrees kennelijk met wat meer feiten onderbouwd. Het hof oordeelt (r.o. 3.8)

“...dat in het onderhavige geval van blijvende onmogelijkheid kan worden gesproken indien komt vast te staan dat met de basisstructuur van de tot dan door SAP ontwikkelde software *in het geheel geen redelijk werkbaar systeem voor de bedrijfsvoering van Waterdrinker* valt te bereiken.” (mijn cursivering; HS).

Het hof beziet vervolgens of met fundamentele wijzigingen (bijv. door de tot dan toe geleverde software geheel of voor een deel te vervangen, wat (veel) extra tijd zou kosten) alsnog zou kunnen worden nagekomen (verondersteld dat op

die basisstructuur inderdaad geen redelijk werkbaar systeem kon worden gebouwd), maar oordeelt die vraag “hier” zonder belang, omdat SAP (i) niet had gesteld dat zij op door zo'n fundamentele wijziging zou kunnen nakomen; en (ii) zich juist steeds op het standpunt had gesteld dat het systeem al deugdelijk was c.q. dat zij het op de bestaande basis verder zou afbouwen. Het hof bestempelt “onder die omstandigheden” een beroep van SAP – gesteld dat van de bedoelde ondeugdelijke basisstructuur zou blijken – op “het niet absolute karakter van de onmogelijkheid”, naar redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. De redenering van het hof laat dus zien dat ook het hof *in beginsel* uitgaat van de ‘strenge’ toets of nakoming objectief (het hof zegt zelfs: “absoluut”) onmogelijk is, maar vervolgens oordeelt dat alternatieve wijzen van nakoming *in dit geval* niet meer hoeft te worden onderzocht omdat al vaststond dat, kort gezegd, de schuldenaar die alternatieve wegen niet zou bewandelen.

5. Na dit oordeel over de onmogelijkheid tot nakoming van de (nog niet opeisbare) verbintenis tot levering van de ‘hoofdprestatie’ (nl. het overeengekomen software-systeem), overweegt het hof (r.o. 3.13) alvast – nl. voor het geval de onmogelijkheid tot levering van de hoofdprestatie *niet* zou komen vast te staan – dat de overeenkomst tot meer verplicht dan alleen die levering, nl. ook tot nakoming van inspanningsverbintenissen (van beide partijen) om “de ontwikkeling en implementatie van het systeem zo goed mogelijk te laten verlopen” en (aan de zijde van SAP) om “de afspraken over de maximale financiële vergoeding na te komen”. Het hof neemt tot uitgangspunt, dat het nog niet opeisbaar zijn van de hoofdprestatie niet impliceert dat dergelijke andere verbintenissen ook niet opeisbaar zijn: “De opeisbaarheid van deze verbintenissen varieert per verbintenis.” Dit vormt de inleiding tot 's hofs oordeel over het volgende deel van het feitencomplex (r.o. 3.14-3.19). Partijen waren in 2005 overeengekomen dat SAP het systeem zou leveren voor een vaste prijs van € 850.000 (r.o. 3.1 sub (ii)), maar SAP deelde in mei 2008 mee dat zij na 1 september 2008 “geen budget meer beschikbaar” had en dat voor haar verdere werkzaamheden door Waterdrinker dus (bovenop die vaste prijs) betaald zouden moeten worden (r.o. 3.1 sub (iii)). Waterdrinker heeft daaruit volgens het hof mogen afleiden dat SAP niet langer bereid was de prijsafpraak gestand te doen, en Waterdrinker heeft als gevolg daarvan kosten gemaakt voor o.a. testen en advies van deskundigen (r.o. 3.14). In november 2008 heeft SAP haar standpunt echter herroepen, dit naar aanleiding van een sommatie van Waterdrinker, dat zij graag binnen 24 uur van SAP “...een harde toezegging tegemoet (zag) omtrent...” (o.a.) contractconforme oplevering en omtrent de overeengekomen vaste prijs. SAP heeft daarop binnen die termijn laten weten dat zij tot nakoming bereid was, en dat haar eerdere mededeling omtrent budget niet betekende dat zij na 1 september alleen nog op basis van time/material zou verder werken (r.o. 3.15, laatste regels).

6. Het hof beoordeelt deze feiten als volgt. Allereerst over de mededeling van SAP: die heeft Waterdrinker volgens het hof “...op dat moment inderdaad bezwaarlijk anders kunnen opvatten dan dat SAP niet langer bereid was de prijs-

7 A.C. van Schaick, 'Blijvende onmogelijkheid', *NTBR* 2012/40 (p. 287-297).

8 Toelichting Meijers, *Parl. Gesch.* 6, p. 277. Rb. Zwolle-Lelystad 23 januari 2008, r.o. 4.3.6, ECLI:NL:RBZLY:2008:BD6615 (*Aalwood BV*) hanteert als maatstaf, of objectief “ofwel naar menselijke berekening vaststond” dat correcte nakoming onmogelijk zou zijn; in deze zin reeds H. Struik, 'Vooruitlopen op tekortkoming bij niet-opeisbare verbintenissen volgens het NBW', *Ars Aequi* 1983, p. 699 e.v. Broekema-Engelen (*Groene Serie Verbintenissenrecht*, art. 6:74 BW aant. 31) hanteert deze maatstaf ook voor onmogelijkheid in art. 6:74 lid 2 BW.

9 Rechtsoverweging 4.6.

afpraak gestand te doen.” De naar aanleiding daarvan door Waterdrinker gemaakte kosten – voor zover gemaakt in de periode “tot het moment waarop SAP haar standpunt op voor Waterdrinker kenbare wijze heeft herroepen” – moet SAP dan ook vergoeden (r.o. 3.14). Er was dus kennelijk sprake van het geval ‘schuldeiser moet uit mededeling schuldenaar afleiden dat deze zal tekortschieten’, maar het hof laat in het midden of het deze beoordeling plaatst in de sleutel van de *pre-opeisbaarheidsfase* (mededeling als bedoeld in art. 80 sub (b) BW) dan wel in de sleutel van ‘gewoon’ tekortschieten in een *opeisbare* (neven-)verbintenis (mededeling als bedoeld in art. 83 sub (c) BW). ’s Hof’s inleiding tot dit oordeel (nl.: nevenverbintenissen kunnen andere momenten van opeisbaarheid kennen dan de hoofdprestatie; r.o. 3.13) doet vermoeden dat het hof (maar dat wordt niet expliciet beslist of overwogen) aanneemt dat SAP hier een reeds opeisbare verplichting schond om “de afspraken over de maximale financiële vergoeding na te komen”, kennelijk reeds opeisbaar vanaf het aangaan van de overeenkomst, of in ieder geval (ruim) vóór het moment dat oplevering van het systeem kon worden geëist. Maar dan rijst wel de vraag, wat men zich bij deze door het hof zelf gesignaleerde ‘verplichting’ van een leverancier precies moet voorstellen. Gaat het in wezen om een verplichting om *niet* te doen, nl. om niet te zeggen dat men van plan is om voor de rest van het werk meer geld te factureren? Ik vraag mij af of zoiets als een ‘verplichting’ van de leverancier kan worden beschouwd. Immers, als duidelijk is overeengekomen (zoals het hof zelf oordeelt) dat voor de levering een vaste prijs geldt, kan een enkele latere mededeling van leverancier aan dat rechtsfeit niets veranderen, en valt dus zo’n mededeling ook niet als tekortkoming aan te merken. Iets anders is, dat leverancier met een dergelijke mededeling tevens zegt: *ik ga niet nakomen* (tenzij ik daar meer geld voor krijg), en dat is op zichzelf voldoende voor het invoeren van de gevolgen van niet-nakoming (art. 6:80 sub (b) BW) resp. het intreden van verzuim (art. 6:83 sub (c) BW). Gelet hierop is het (althans: achteraf beschouwd) opmerkelijk, dat Waterdrinker niet direct na deze mededeling in mei 2008 is overgegaan tot omzetting of ontbinding maar SAP nog in november 2008 heeft gesommeerd zich uit te spreken over nakoming.

7. Vervolgens over de herroeping door SAP van haar mededeling: de beoordeling daarvan plaatst het hof wel in de sleutel van de *pre-opeisbaarheidsfase*, in het bijzonder de vraag of zich het geval voordoet van art. 80 sub (c) BW: schuldeiser heeft redenen te vrezen dat schuldenaar niet nakomt en deze voldoet niet aan aanmaning (met opgave van die redenen) om zich bereid te verklaren na te komen (r.o. 3.22). Het hof bespreekt de zes punten waaruit de aanmaning van Waterdrinker bestond en oordeelt telkens, dat de reactie/bereidverklaring van SAP daarop voldoende was (r.o. 3.16-3.21). Interessant is om te zien hoe de genoegzaamheid van de reactie van de schuldenaar tevens wordt bepaald door de mate waarin de gronden, die de schuldeiser opgaf voor zijn vrees van niet-nakoming, al of niet reëel dan wel in de aanmaning gespecificeerd waren. Ook hier bespreekt het hof echter een argument dat niet thuishoort in de *pre-opeisbaarheidsfase*, nl. de vraag of SAP’s reactie op de aanmaning om zich uit te

spreken over de overeengekomen vaste prijs, voldeed aan de eisen voor *zuivering van verzuim* conform art. 6:86 BW (r.o. 3.19). Of de eisen voor zuivering van verzuim hier van toepassing waren, laat het hof uitdrukkelijk in het midden. Duidelijk is intussen, dat de regels omtrent het verzuim (en dus de zuivering daarvan) niet van toepassing zijn indien de mededeling van de schuldenaar, dat hij niet zal nakomen, ziet op een *niet-opeisbare verbintenis*: verzuim is dan per definitie niet aan de orde (art. 6:81 BW). Het hof had echter te maken met feiten die wel kenmerken hadden van een bereidverklaring tot het ongedaan maken van een eerdere fout: eerst zei SAP dat zij slechts zou verder werken tegen extra betaling, later trok zij dat in. Wellicht moet worden aangenomen (en heeft het hof bedoeld) dat ook in de situatie van art. 6:80 sub (b) BW, naar *analogie* van art. 6:86 BW, een ‘zuivering’ aan de orde kan zijn, dan wel dat in zo’n geval het invoeren door de schuldeiser van de gevolgen van niet-nakoming (voor zover opgetreden na die ‘zuivering’) naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Anderzijds, als het hof een dergelijke redenering volgde, zou het dat wel gemotiveerd (moeten) hebben. Hoe dit zij, Waterdrinker had gesteld dat SAP niet kon volstaan met verklaren dat zij zich aan de vaste prijs zou houden, maar daarbij tevens betaling had moeten aanbieden van (zoals art. 6:86 BW het verwoordt) “de inmiddels verschuldigd geworden schadevergoeding en van de kosten”.¹⁰ SAP had dat niet gedaan, maar volgens het hof belette dat niet dat SAP “met succes” van haar eerdere weigering (om alsnog te leveren voor de vaste prijs) kon terugkomen, nu in dit geval “geen eenduidig schadebedrag aan te wijzen” was en Waterdrinker zo’n bedrag ook niet had genoemd (r.o. 3.19). In zijn korthed lijkt mij die laatste overweging in ieder geval onjuist. Artikel 6:86 BW spreekt immers over het aanbieden van betaling van de (rechtens) *verschuldigde* schadevergoeding. Wie zo’n aanbod doet, hoeft dus niet bevreesd te zijn – óók niet als de hoogte van die bedragen nog onduidelijk is – dat hij meer weggeeft dan hij (volgens uiteindelijk rechterlijk oordeel) daadwerkelijk verschuldigd is, zodat die onduidelijkheid ook geen excuus kan zijn om het bij de zuivering behorende aanbod geheel achterwege te laten.¹¹

8. Het hof geeft tenslotte alvast een oordeel over de aansprakelijkheidsbeperking in de overeenkomst tussen partijen (r.o. 3.23-25). Het is prettig en praktisch als rechters dat doen, óók indien de procedure nog lang niet is aangeland in de fase van berekening van schadevergoeding: het stelt partijen immers in staat om in een betrekkelijk vroeg stadium ‘hun knopen te tellen’ en binnen de aldus door de rechter aangegeven bandbreedte te denken c.q. praten over een eventuele schikking. De betrokken bepaling in de overeenkomst luidde:

“Indien SAP toerekenbaar tekort komt met betrekking tot het Project (...) zal de aansprakelijkheid van SAP be-

10 Strikt genomen is blijkens art. 6:86 BW het aanbieden van schadevergoeding en kosten overigens niet een *vereiste* voor geldige zuivering, maar is het ontbreken van dat aanbod een reden waarom de schuldeiser de aangeboden nakoming mag weigeren.

11 Vgl. ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-1* 2016/402, en de aldaar genoemde literatuur.

perkt zijn tot (...). De totale aansprakelijkheid van SAP onder deze Overeenkomst is beperkt tot het bedrag van twee maal de projectwaarde.”

Het hof oordeelt dat die projectwaarde moest worden begrepen als de eerder genoemde vaste prijs, en dat de aansprakelijkheid van SAP dus in beginsel was beperkt tot € 1.700.000 (twee maal € 850.000). Waterdrinker had gesteld dat een beroep op deze beperking naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moet worden geacht. Het hof merkt daarover “alleen” op (r.o. 3.25) 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.”

Ik voeg eraan toe dat, ook als de opdrachtgever deze ‘a priori contra-indicatoren’ (professionele partijen, onderhandelde clause) weet te overwinnen, het concreet invullen van die bijzondere omstandigheden een enorme uitdaging is, die door partijen die dit verweer voeren maar zelden serieus wordt opgepakt. Ten slotte nog een opmerking over de clause: deze strekte tot beperking van de aansprakelijkheid van leverancier in geval van wanprestatie. Veelal wordt in dit soort clauses het woord ‘aansprakelijkheid’ uitgelegd als: aansprakelijkheid tot het betalen van schadevergoeding. De aansprakelijkheid tot (terug)betalen bij wege van ongedaanmaking na ontbinding (ex art. 6:271 BW) wordt daar dan niet onder begrepen – ook wanneer de tekst op zichzelf tot dat onderscheid geen aanleiding geeft. Hoe dit zij, bij deze stand van zaken ligt het voor de opdrachtgever in het algemeen eerder voor de hand om ontbinding (al dan niet met aanvullende schadevergoeding) te vorderen dan omzetting (conform art. 6:87 BW) in een verbintenis tot vervangende schadevergoeding (al dan niet met aanvullende schadevergoeding); in dat laatste geval zal immers de gehele vordering worden getroffen door het ‘plafond’ van de aansprakelijkheidsbeperking, in het eerste geval is de vordering tot ongedaanmaking/terugbetaling niet beperkt en kan de onder het ‘plafond’ bestaande ruimte geheel worden ‘gevuld’ met de vordering tot aanvullende schadevergoeding.

H. Struik