

ECLI:NL:GHAMS:2020:2749

| | |
|----------------------|--|
| Instantie | Gerechtshof Amsterdam |
| Datum uitspraak | 20-10-2020 |
| Datum publicatie | 27-10-2020 |
| Zaaknummer | 200.205.296/01 |
| Rechtsgebieden | Civil recht |
| Bijzondere kenmerken | Hoger beroep |
| Inhoudsindicatie | Overeenkomst software ontwikkeling. Geen schending klachtplicht. Nakoming blijvend onmogelijk? Noodzaak broncode volledig opnieuw op te bouwen? In hoger beroep alsnog benoeming deskundige(n). |
| Vindplaatsen | Rechtspraak.nl |

Uitspraak

GERECHTSHOF AMSTERDAM

afdeling civiel recht en belastingrecht, team I

zaaknummer : 200.205.296/01

zaaknummer rechtbank Amsterdam : C/13/565797 / HA ZA 14-542

arrest van de meervoudige burgerlijke kamer van 20 oktober 2020

inzake

[appellant] ,

wonend te [woonplaats] ,

appellant,

tevens incidenteel geïntimeerde,

advocaat: mr. M. Mussche te Utrecht,

tegen

CAPGEMINI NEDERLAND B.V.,

gevestigd te Utrecht,

geïntimeerde,

tevens incidenteel appellante,

advocaat: mr. J.W. Leedekerken te Amsterdam.

1 Het geding in hoger beroep

Partijen worden hierna [appellant] en Capgemini genoemd.

[appellant] is bij dagvaarding van 20 september 2016 in hoger beroep gekomen van een vonnis van de rechtbank Amsterdam van 29 juni 2016, onder bovenvermeld zaaknummer gewezen tussen [appellant] als eiser in conventie, verweerder in reconventie en Capgemini als gedaagde in conventie, eiseres in reconventie.

Partijen hebben daarna de volgende stukken ingediend:

- memorie van grieven, tevens houdende wijziging van eis en voorwaardelijke incidentele vordering ex artikel 843a Rv, met producties;
- memorie van antwoord, tevens memorie van grieven in incidenteel appel, met producties;
- memorie van antwoord in incidenteel appel, met producties.

Partijen hebben de zaak ter zitting van 31 oktober 2019 doen bepleiten door hun voornoemde advocaten, Capgemini tevens door mr. B. van Zelst, advocaat te Amsterdam, allen aan de hand van pleitnotities die zijn overgelegd. Van de zijde van [appellant] is nog een akte van eiswijziging in het geding gebracht.

Ten slotte is arrest gevraagd.

[appellant] heeft geconcludeerd dat het hof, zo mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, het bestreden vonnis zal vernietigen en alsnog zijn in hoger beroep op onderdelen opnieuw geformuleerde vordering zal toewijzen, met veroordeling van Capgemini tot restitutie van hetgeen [appellant] uit hoofde van het bestreden vonnis heeft voldaan, met rente, en met veroordeling van Capgemini in de kosten van het geding in beide instanties, met rente en nakosten. [appellant] heeft daarnaast, voor het geval dat het hof niet overgaat tot het benoemen van een deskundige, (incidenteel) gevorderd Capgemini te veroordelen hem afschrift te verstrekken van in zijn vordering nader genoemde stukken, op straffe van verbeurte van een dwangsom en met veroordeling van Capgemini in de kosten van het incident.

Capgemini heeft geconcludeerd, zakelijk weergegeven, in principaal appel tot bekrachtiging van het bestreden vonnis en in incidenteel appel tot alsnog veroordeling van [appellant] in de kosten als gevolg van het door [appellant] gelegde beslag en de kosten voor het stellen van de bankgarantie, een en ander ten bedrage van € 158.279,51 te vermeerderen met een provisie van 1,2 % van de waarde van de bankgarantie per kwartaal te rekenen vanaf 31 december 2018, met veroordeling van [appellant] in de kosten van het geding in beide instanties.

[appellant] heeft in incidenteel appel geconcludeerd tot afwijzing daarvan.

Partijen hebben in hoger beroep bewijs van hun stellingen aangeboden.

2 Feiten

De rechtbank heeft in het tussenvonnissen onder 2.1 tot en met 2.16 de feiten vastgesteld die zij tot uitgangspunt heeft genomen. De door de rechtbank weergegeven feiten zijn in hoger beroep niet in geschil en dienen derhalve ook het hof tot uitgangspunt. Samengevat en waar nodig aangevuld met andere feiten die als enerzijds gesteld en anderzijds niet of onvoldoende betwist zijn komen vast te staan, komen de feiten neer op het volgende.

- 2.1. [appellant] houdt (indirect) ongeveer 80% van de (certificaten van) aandelen in Equihold B.V. en haar (indirecte) dochters 1-2 Focus Holding B.V. en 1-2 Focus Automation B.V (hierna samen Equihold genoemd). Equihold hield zich onder meer bezig met de exploitatie van softwareproducten. Equihold is op 20 februari 2013 in staat van faillissement verklaard. Mr. N.E. Bobbert is aangesteld als curator (hierna als zodanig aan te duiden). Equihold stelt vorderingen op Capgemini te hebben zoals hieronder nader omschreven. Deze vorderingen zijn bij aktes van cessie met instemming van de curator overgedragen aan [appellant] .
- 2.2 Capgemini is als softwareontwikkelaar wereldwijd actief. Zij verleent diverse diensten, in het bijzonder consulting-, technologie-, en outsourcingsservices. Ook biedt zij detacheringsservices aan.
- 2.3 In 2002 ontwikkelde Equihold een sportapplicatie met de naam 1-2 Focus. Deze applicatie was geschreven in de programmeeromgeving en programmeertaal VB6 (hierna: de applicatie).
- 2.4 Met de applicatie kon de in een sportorganisatie beschikbare informatie worden gedigitaliseerd en georganiseerd. De applicatie bestond uit verschillende modules, te weten Management, Sport, Wedstrijd, Medisch, Scouting en Admin. In ieder van deze modules kon informatie worden ingevoerd en verwerkt. De informatie die werd ingevoerd in de ene module kon ook worden gebruikt in een andere module.
- 2.5 De applicatie werd gebruikt door FC Barcelona en PSV en werd aanbevolen door diverse internationale sportorganisaties en coaches.
- 2.6 In 2004 werd door Equihold, na onderzoek door Accenture inzake de ICT- behoeften van FC Barcelona, besloten om de applicatie om te werken van VB6 naar .NET. In dat verband heeft Equihold met Capgemini op 3 oktober 2005 een "Raamovereenkomst applicatie ontwikkeling

Equihold BV" gesloten (hierna: de raamovereenkomst).

In deze raamovereenkomst staat, voor zover hier relevant:

"OVERWEGENDE:

[...]

- dat Opdrachtgever [hof: Equihold] het voornemen heeft capaciteit op het terrein van business consultancy en applicatieontwikkeling bij Capgemini in te huren;

[...]

- 4.1 Capgemini zal de Diensten onder eindverantwoordelijkheid van Opdrachtgever met zorg uitvoeren, in voorkomend geval overeenkomstig de met Opdrachtgever schriftelijk vastgelegde afspraken en procedures."

In Bijlage C van de raamovereenkomst, getiteld "Toelichting opzet ontwikkelstraat", staat, voor zover hier relevant:

"Ten behoeve van de ondersteuning van Equihold bij de verdere ontwikkeling van het softwarepakket 1-2Focus wordt door Capgemini ten behoeve van en in nauwe samenwerking met Equihold een zogenaamde 'Rightshore Software Development

Productiestraat' ingericht. Uitgangspunt hierbij is dat Equihold een meerjarig commitment aangaat voor het uitbesteden van al haar software development activiteiten aan Capgemini. [...]

De Equihold Rightshore Software Development Productiestraat is een specifiek voor én in samenwerking met Equihold ingericht concept, waarbinnen zowel in Nederland (On shore, Front Office) als in India (Offshore, Back Office) al die werkzaamheden worden verricht die nodig zijn om het softwarepakket 1-2Focus (verder) te ontwikkelen, gebruikmakend van de .NET C# ontwikkeltechnologie en de Rational Unified Process (RUP ontwikkelmethodologie zoals Capgemini die wereldwijd als standaard heeft geadopteerd. De eindverantwoordelijkheid voor de functionaliteit van het softwarepakket 1-2Focus ligt en blijft liggen bij Equihold, beslissingen over gewenste ontwikkelrichting van het pakket kunnen alleen door Equihold worden genomen."

- 2.7 De eerste oplevering vond plaats in juni 2006 (versie 1.0).

- 2.8 Tussen partijen zijn nadere afspraken gemaakt die zijn vastgelegd in een brief van 24 november 2006 (verder de aanvullende overeenkomst). In deze brief staat:

"De geldende overeenkomst verdient qua type een aanscherping. De discussie in de afgelopen maanden maakte dit duidelijk en tussen fixed price/fixed date project enerzijds en capaciteit anderzijds zit er een wereld van verschil.

Voor de helderheid conform de huidige overeenkomst: Capgemini heeft een inspanningsverplichting, waarbij afspraken gemaakt zijn rondom de door Capgemini op te leveren kwaliteit van de software.

Budget, planning en deadlines zijn verantwoordelijkheden van 1-2Focus [hof: Equihold], kwaliteit is een verantwoordelijkheid van Capgemini en deze wat dat betreft een vetorecht."

- 2.9 Capgemini heeft een code review laten opstellen door een van haar medewerkers, [A] . Het onderzoeksrapport van [A] (verder het rapport [A]) is van januari 2007. Hij concludeert:

" The overall quality of the code is OK, although the quality isn 't consistent all through the project. Some parts of the code are good, other parts are less good. Following the recommendations will [...] improve maintainability."

- 2.10 In januari 2008 had Equihold een betalingsachterstand van € 370.000,-. Bij brief van 17 januari 2008 liet Capgemini onder verwijzing naar artikel 10.1 Raamovereenkomst weten niet langer de broncode te zullen uitleveren.
- 2.11 Bij brief van 30 oktober 2008 heeft Capgemini al haar werkzaamheden opgeschort met ingang van 31 oktober 2008 en ten aanzien van de broncode een beroep gedaan op een retentierecht in verband met een gestelde achterstand van Equihold bij de betaling van de facturen van Capgemini.
- 2.12 In 2009 heeft Equihold feitelijk haar activiteiten gestaakt.
- 2.13 In 2010 heeft Equihold de broncode laten onderzoeken door [B] , één van haar voormalige medewerkers. [B] concludeert in zijn rapport (verder het rapport [B] , productie 10 bij inleidende dagvaarding):
- "this code is so poor that full rewrite is inevitable."*
- 2.14 Eveneens op verzoek van Equihold is de broncode onderzocht door Software Measurement and Improvement B.V. In haar rapport van 24 oktober 2010 (verder het rapport SQMI, productie 11 bij inleidende dagvaarding, zie ook de aanvullende verklaring, productie 12 bij inleidende dagvaarding) concludeert zij dat de broncode scoort als 'F' in een schaal die loopt van 'AAA' (hoge kwaliteit) tot 'FFF' (lage kwaliteit).
- 2.15 Op 31 oktober 2010 stuurde Equihold een brief naar Capgemini met als titel:
"1-2Focus; developed by Capgemini A Showcase of Bad Practices". Met deze brief stelde Equihold Capgemini aansprakelijk voor de geleden schade.
- 2.16 Op 9 december 2014 schrijft de curator aan Capgemini, namens de boedel en mede ten behoeve van [appellant] , de overeenkomst tussen Equihold en Capgemini onder verwijzing naar artikel 6:265 BW te ontbinden.

3 Beoordeling

- 3.1 [appellant] heeft in eerste aanleg gevorderd, samengevat:
- (a) te verklaren voor recht dat:
 - (i) Capgemini wanprestatie heeft gepleegd jegens Equihold;
 - (ii) (de curator van) Equihold de overeenkomst met Capgemini rechtsgeldig heeft ontbonden;
 - (iii) Capgemini onrechtmatig heeft gehandeld jegens Equihold ;
 - (iv) Capgemini aansprakelijk is jegens [appellant] voor de door Equihold geleden schade,
 - (b) Capgemini te veroordelen tot betaling aan [appellant] van een bedrag van € 1.931.469,- met wettelijke rente ter zake restitutie van betaalde facturen, althans ter zake van schadevergoeding wegens betaalde facturen,
 - (c) Capgemini te veroordelen tot betaling van een schadevergoeding voor de overige onder a sub iv genoemde schade:
 - (i) een bedrag nader op te maken bij staat, te vermeerderen met wettelijke rente, ter zake van gemaakte kosten;
 - (ii) een bedrag nader op te maken bij staat, te vermeerderen met wettelijke rente, ter zake van gederfde winst;

(iii) een voorschot van € 5.000.000,- ter zake van de schade bedoeld onder i en ii, een en ander met veroordeling van Capgemini in de proceskosten, met nakosten en rente.

[appellant] heeft daartoe gesteld dat Capgemini niet heeft voldaan aan haar contractuele verplichtingen jegens Equihold en aan de zorgplicht van een goed opdrachtnemer, met name door een broncode te produceren van slechte kwaliteit. Capgemini is in verzuim en aansprakelijk voor de geleden schade. Capgemini wist dat de kwaliteit van het werk heel slecht was en zij heeft Equihold doelbewust in de veronderstelling gelaten dat de broncode verbeterd zou kunnen worden. Hiermee heeft zij onrechtmatig gehandeld.

3.2 Capgemini heeft verweer gevoerd en van haar zijde gevorderd, voor zover in hoger beroep van belang, [appellant] te veroordelen tot vergoeding van de kosten van het beslag en het stellen van een bankgarantie en de kosten daarbij gesteld op € 157,50 te vermeerderen met een provisie van 1,2% van de waarde van de bankgarantie, te rekenen vanaf 31 december 2013. [appellant] heeft op zijn beurt tegen deze vordering verweer gevoerd.

3.3 De rechtbank heeft in het bestreden vonnis overwogen dat het beroep van Capgemini op het ontbreken van een tijdige klacht dient te worden verworpen omdat niet is gebleken dat zij is benadeeld door het late tijdstip van klagen.

De rechtbank heeft voorts overwogen dat zij niet toekomt aan de beoordeling van de kwaliteit van de broncode omdat niet is gebleken dat nakoming van de verplichting om goede software te leveren blijvend onmogelijk is en evenmin dat Capgemini in verzuim is. Capgemini heeft haar diensten per 31 oktober 2008 opgeschort. [appellant] stelt ten onrechte dat Capgemini reeds in verzuim was ten tijde van de opschorting en daarom niet gerechtigd was om op te schorten. Ook is de opschorting door Capgemini niet in strijd met de redelijkheid en billijkheid, aldus de rechtbank.

[appellant] heeft gesteld dat uit het rapport SQMI blijkt dat de ontwikkelde software niet op redelijke wijze kan worden onderhouden en doorontwikkeld en trekt daaruit de conclusie dat nakoming blijvend onmogelijk is geworden. Deze stelling is volgens de rechtbank niet onderbouwd. Zelfs als de kwaliteit van de geproduceerde broncode zo slecht was dat de code feitelijk volledig opnieuw zou moeten worden opgebouwd, valt niet in te zien waarom deze tekortkoming niet door nadere nakoming kan worden rechtgezet.

Op grond van artikel 6:83 sub c BW treedt het verzuim in zonder ingebrekestelling wanneer de schuldeiser uit een mededeling van de schuldenaar moet afleiden dat deze in de nakoming van de verbintenis zal tekortschieten. [appellant] heeft echter nagelaten te stellen op basis van welke mededeling Equihold kon afleiden dat Capgemini niet zou voldoen aan haar verplichtingen. Ook overigens is de rechtbank niet gebleken dat een dergelijke mededeling is gedaan. Evenmin is gesteld of gebleken dat Capgemini vóór 31 oktober 2008 is aangezegd dat zij aansprakelijk wordt gesteld. Van een dergelijke mededeling is pas sprake op 31 oktober 2010. Dat is echter twee jaar nadat Capgemini haar werkzaamheden rechtmatig heeft opgeschort, zo heeft de rechtbank voorts overwogen.

De stelling van [appellant] dat het verzuim aan de zijde van Capgemini op grond van de redelijkheid en billijkheid is ingetreden zonder ingebrekestelling, heeft de rechtbank eveneens verworpen.

Nu er geen feiten en omstandigheden kunnen worden vastgesteld waaruit volgt dat Capgemini willens en wetens een ander product heeft afgeleverd dan is overeengekomen, is evenmin sprake van een onrechtmatige daad, zo overweegt de rechtbank ten slotte.

De rechtbank heeft de vorderingen van [appellant] afgewezen. De rechtbank heeft de vordering van Capgemini betreffende de beslagkosten en de kosten van de bankgarantie eveneens

afgewezen, op de grond dat Capgemini de gemaakte kosten onvoldoende heeft onderbouwd.

- 3.4 [appellant] heeft zijn eis bij zijn memorie van grieven op onderdelen vermeerderd. Aan zijn vordering zoals hiervoor in rechtsoverweging 3.1 onder (b) weergegeven, heeft hij toegevoegd dat de hoofdsom dient te worden vermeerderd met de wettelijke handelsrente en ook heeft hij een subsidiaire vordering toegevoegd die, kort gezegd, inhoudt dat Capgemini zal worden veroordeeld tot nakoming jegens hem van de met Equihold gesloten overeenkomst(en) inhoudende de levering van deugdelijke software althans het beschikbaar stellen van capaciteit aan hem teneinde deugdelijke software te produceren. Ook heeft [appellant] een voorwaardelijke incidentele vordering ex artikel 843a Rv ingesteld die hierna onder rechtsoverweging 3.24 zal worden besproken. Capgemini heeft zich niet verzet tegen deze vermeerdering van eis. Het hof zal op de aldus vermeerderde eis beslissen nu deze toelaatbaar is. Capgemini heeft wel bezwaar gemaakt tegen de akte eisvermeerdering die [appellant] ter gelegenheid van het pleidooi nog heeft genomen. Het hof zal op dat bezwaar terugkomen in rechtsoverweging 3.24.
- 3.5 [appellant] beoogt met zijn grieven, kort gezegd, alsnog toewijzing van zijn vorderingen. [appellant] voert in dit verband met grief I in principaal appel aan dat nakoming door Capgemini wel degelijk blijvend onmogelijk is. Grief II in principaal appel luidt dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat Equihold Capgemini met haar brief van 31 oktober 2010 niet in gebreke heeft gesteld. Grief III in principaal appel luidt dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat Equihold niet uit mededelingen van Capgemini kon afleiden dat zij in de nakoming zou tekortschieten. Volgens grief IV in principaal appel heeft de rechtbank ten onrechte niet geoordeeld dat verzuim aan de zijde van Capgemini zonder ingebrekestelling is ingetreden, althans dat het beroep van Capgemini op het ontbreken van een ingebrekestelling in strijd is met de redelijkheid en billijkheid. [appellant] betoogt met grief V in principaal appel dat hij de overeenkomst rechtmatig heeft ontbonden maar dat hij, in het geval dat zijn vordering tot schadevergoeding wordt afgewezen, aanspraak maakt op nakoming door Capgemini. Volgens grief VI in principaal appel heeft Capgemini haar activiteiten niet rechtmatig opgeschort onder meer omdat sprake was van schuldeisersverzuim. Grief VII in principaal appel luidt dat [appellant] ten onrechte niet is toegelaten tot bewijslevering met betrekking tot de kwaliteit van de software. Grief VIII in principaal appel ten slotte houdt in dat Capgemini onrechtmatig heeft gehandeld jegens Equihold.
- Capgemini voert van haar zijde met grief I in incidenteel appel aan dat de vordering van [appellant] reeds had moeten worden afgewezen op de grond dat Equihold niet heeft voldaan aan haar klachtplicht. Grief II in incidenteel appel luidt dat Capgemini recht heeft op vergoeding van de kosten voor de bankgarantie.
- 3.6 [appellant] betoogt met grief I in principaal appel het volgende. De door Capgemini geleverde software werkte slecht omdat deze, naar in 2010 bleek, uit een gebrekkige broncode bestaat. De herstellpogingen (hotfixes en bugfixes) die Capgemini in de jaren 2006 tot en met 2008 naar aanleiding van klachten van Equihold ondernam, konden de problemen niet verhelpen omdat het voor deugdelijk herstel noodzakelijk was de broncode volledig opnieuw op te bouwen. Nakoming was, aldus [appellant], theoretisch nog wel mogelijk maar dit heeft geen praktische en juridische betekenis. Indien de software pas na jaren in de overeengekomen vorm geleverd kan worden, is deze immers functioneel en technisch verouderd. Ook heeft Equihold al veel kosten gemaakt door de vele fouten in de software, hebben bestaande klanten van Equihold al opgezegd en zijn potentiële klanten afgehaakt.
- 3.7 Capgemini bestrijdt deze grief door aan te voeren dat sprake is van een onaanvaardbare processuele tournure. [appellant] stelde zich, volgens Capgemini, eerder op het standpunt dat nakoming nog wel mogelijk was. Zij betoogt dat het onaanvaardbaar is dat hij nu anders beweert. Capgemini verliest daardoor immers een feitelijke instantie, zo voert zij aan. Daar komt bij dat [appellant] jaren de gelegenheid heeft gehad zijn visie op de zaak te ontwikkelen.

Dit betoog van Capgemini gaat niet op. Het hoger beroep is immers mede bedoeld om een in eerste aanleg ingenomen en achteraf foutief gebleken standpunt te kunnen wijzigen. Niet kan worden gezegd dat [appellant] de stelling dat nakoming blijvend onmogelijk was heeft prijsgegeven. Daartoe is meer nodig dan dat hij in eerste aanleg een ander standpunt heeft ingenomen.

- 3.8 Capgemini wijst in haar reactie op de grief voorts erop dat Equihold betalingsachterstanden had en geen acceptatietests uitvoerde zodat zij zelf in verzuim was. Dit betoog wordt gepasseerd. Indien komt vast te staan dat de door Capgemini geleverde prestatie ondeugdelijk was in de door [appellant] gestelde zin, treden de gevolgen van niet-nakoming in en doet hetgeen zich nadien tussen de betrokken partijen heeft voorgedaan (in beginsel) niet ter zake.
- 3.9 Capgemini voert bij grief I in incidenteel appel nog aan dat Equihold reeds in januari 2008 en mogelijk eerder bekend was of had moeten zijn met de door haar gestelde fundamentele gebreken in de broncode. Equihold beschikte over de broncode, voerde code reviews uit en had ook de expertise daartoe in huis. Capgemini wijst met name op een aantekening betreffende een door [B] in januari 2008 uitgevoerde code review (productie 47 bij conclusie van repliek, op twee na laatste pagina). [B] zou volgens die aantekening indertijd hebben geconstateerd 'code is niet ok, gelaagdheid in feite afwezig'. Door pas in 2010 de ondeugdelijkheid van de broncode aan de orde te stellen, heeft Equihold niet tijdig daarover geklaagd in de zin van artikel 6:89 BW, aldus Capgemini. [appellant] wijst er van zijn zijde op dat Equihold vanaf 2006 constant klachten heeft geuit over de gebrekkige werking van de software en dat zij tevens haar zorgen heeft geuit over de kwaliteit van de code. Capgemini heeft niet voor niets in januari 2007 de kwaliteit van de broncode laten onderzoeken. Zij heeft Equihold vervolgens met het rapport van [A] gerustgesteld over de kwaliteit daarvan. [appellant] heeft ter gelegenheid van het pleidooi bovendien - onweersproken - verklaard dat Equihold de bevindingen van [B] in januari 2008 met Capgemini heeft gedeeld. Het moet er gelet op een en ander voor gehouden worden dat, voor zover Equihold reeds in 2006 vermoedde dat de broncode van slechte kwaliteit was, zij dit met Capgemini heeft gedeeld. Capgemini heeft daarop in januari 2007 gereageerd met het onderzoek door [A], die gematigd positief was over de kwaliteit van de broncode en aanbevelingen deed om de software beter onderhoudbaar te maken. [B] heeft enige tijd daarna namens Equihold de broncode onderzocht en zijn zorgen in januari 2008 met Capgemini gedeeld. Gelet op het voorgaande kan niet worden gezegd dat Equihold niet tijdig heeft geklaagd over hetgeen zij met betrekking tot de kwaliteit van de broncode constateerde. Het voert te ver om van Equihold te verlangen, zoals Capgemini kennelijk voorstaat, dat zij reeds in 2008 nader onderzoek naar die kwaliteit had verricht. Capgemini doelt kennelijk op een diepgaand onderzoek zoals Equihold in 2010 door SQMI heeft laten verrichten. Ook Capgemini zelf had de gelegenheid om in 2008 nader onderzoek te (doen) verrichten. Zij had daartoe in de mededeling van [B] alle aanleiding kunnen zien. Dat Equihold tussen 2008 en 2010 niet opnieuw klachten heeft geuit ligt gelet op de gebeurtenissen in die periode - in oktober 2008 heeft Capgemini haar werkzaamheden opgeschort waarna Equihold in 2009 haar activiteiten heeft gestaakt - in de rede. Zonder nadere toelichting valt bovendien niet in te zien dat Capgemini door dat tijdverloop is benadeeld. De (tussen)conclusie is dat grief I in incidenteel appel faalt. Van een schending van de klachtplicht is niet gebleken.
- 3.10 Capgemini betwist het standpunt van [appellant] dat deugdelijke nakoming blijvend onmogelijk was. Naar aanleiding van die betwisting zal worden onderzocht in de eerste plaats wat partijen zijn overeengekomen en in de tweede plaats op welke wijze en in welke mate Capgemini haar verplichtingen uit de overeenkomst is nagekomen.
- 3.11 Partijen zijn het erover eens dat de overeenkomst tussen Equihold en Capgemini is vastgelegd in de raamovereenkomst met bijlagen en in de aanvullende overeenkomst. Capgemini heeft daarnaast een beroep gedaan op de bij de overeenkomst behorende algemene voorwaarden (en met name het daarin opgenomen exoneratiebeding). [appellant] heeft niet bestreden dat deze algemene voorwaarden van toepassing zijn. [appellant] heeft nog gewezen op nadere contractdocumentatie die in de periode van oktober 2005 tot en met mei 2006 door Capgemini is

opgesteld en aan Equihold is voorgelegd. Hij noemt in dit verband het *Software Architecture Document* (verder SAD), het *Vision Document* (verder VD) en het *Software Development Plan* (verder SDP). Volgens [appellant] zijn in deze stukken de verplichtingen tussen partijen nader uitgewerkt en vastgelegd. Capgemini heeft daarop niet gereageerd zodat het hof van de juistheid daarvan uitgaat. Uit de genoemde stukken is af te leiden dat de kwaliteit van de te ontwikkelen software de verantwoordelijkheid is van Capgemini (zie letterlijk de aanvullende overeenkomst). Voorts is daaruit af te leiden, kort gezegd, dat *'high quality software'* moet worden geleverd, dat de software uit verschillende lagen moet bestaan, dat deze gemakkelijk te onderhouden moet zijn en gemakkelijk aan te passen en uit te breiden naar andere sporten.

- 3.12 [appellant] stelt dat Capgemini haar verplichtingen uit de overeenkomst niet is nagekomen en beroept zich wat betreft de gebrekkige kwaliteit van de geleverde broncode op de door hem overgelegde rapporten [B] en SQMI, beide gebaseerd op inspectie van de broncode. Volgens [B] , een voormalig werknemer van Equihold, heeft de broncode niet de gewenste laagstructuur, bestaat deze uit onnodig veel regels en is deze onsamenhangend. Zijn conclusie is dat de broncode van zo bedroevende kwaliteit is dat het volledig herschrijven daarvan onvermijdelijk is. SQMI is volgens [appellant] een gerenommeerde en onafhankelijke partij die een onderzoeksmethode gebruikt die is ontwikkeld door het *Institute for Software Quality* (IfSQ). Het rapport SQMI concludeert dat de broncode een hoog aantal *'defect indicators'* heeft, dat de onderhoudskosten van de software onnodig hoog zijn en dat de software ongeschikt is als platform voor verdere ontwikkeling. Graham Bolton, oprichter van IfSQ en directeur van SQMI, (verder Bolton) voegt daar in een schriftelijke verklaring aan toe dat het verbeteren van de geconstateerde gebreken meerdere jaren in beslag zou nemen, en zelfs meer tijd zou kosten dan het geheel opnieuw schrijven van de applicatie.
- 3.13 Capgemini betwist een en ander met het door haar als productie 40 bij conclusie van antwoord overgelegde interne *'Investigation Report'* van 28 februari 2013 welk rapport volgens Capgemini de conclusies van [appellant] niet ondersteunt. Capgemini beroept zich tevens op een door de *Software Improvement Group* in haar opdracht opgesteld en als productie 41 bij conclusie van antwoord overgelegd rapport (verder het SIG rapport). De conclusie van het SIG rapport is dat de onderhoudbaarheid van de broncode marktgemiddeld is volgens de benchmark van 2009. SIG heeft overigens twee versies van de software onderzocht en komt voor beide versies tot eenzelfde conclusie.
- 3.14 Het voorgaande overziend heeft [appellant] zijn stellingen dat het voor deugdelijk herstel van de gebreken aan de software noodzakelijk was de broncode volledig opnieuw op te bouwen en dat de software pas na jaren in de overeengekomen vorm geleverd had kunnen worden, voldoende met stukken onderbouwd. Capgemini heeft een en ander echter, mede door overlegging van de in de vorige rechtsoverweging besproken stukken, ook voldoende gemotiveerd betwist zodat het door [appellant] gestelde vooralsnog niet vast is komen te staan. [appellant] wordt gevolgd in zijn betoog dat, indien zijn stellingen vast komen te staan, hoewel nakoming door Capgemini in theorie op den duur nog wel mogelijk was van een deugdelijke prestatie geen sprake meer kon zijn. Capgemini heeft niet bestreden dat na verloop van jaren de software technisch en functioneel verouderd is en dat na een dergelijk tijdverloop de bestaande en potentiële klanten van Equihold zouden zijn afgehaakt. Nakoming op een dergelijke wijze zou voor Equihold dan ook zinloos zijn, hetgeen Capgemini heeft moeten begrijpen. Dat betekent dat in het geval dat de stellingen van [appellant] opgaan er in wezen sprake is van een blijvende onmogelijkheid tot nakoming aan de zijde van Capgemini waarmee de verzuimregels krachtens het bepaalde in artikel 6:74 lid 2 BW buiten toepassing blijven. Er is daarmee voldoende aanleiding om [appellant] tot bewijslevering van zijn hiervoor weergegeven feitelijke stellingen toe te laten, zoals hij uitdrukkelijk heeft aangeboden. Grief I in principaal appel slaagt in zoverre, en zal na de bewijslevering ten gronde moeten worden beoordeeld. Grief VII in principaal appel, met welke grief [appellant] erover klaagt dat de rechtbank hem niet heeft toegelaten tot bewijslevering, slaagt nu reeds.
- 3.15 Op de overige grieven zal, voor zover deze nog van betekenis zijn, worden beslist na de

bewijslevering. Dit geldt ook voor de stellingen van partijen over het toepasbaarheid van het exoneratiebeding.

- 3.16 [appellant] heeft verzocht te worden toegelaten tot bewijslevering met betrekking tot de kwaliteit van de broncode en om daartoe een deskundige te benoemen. Het hof heeft in het licht van het voorgaande behoefte aan deskundige voorlichting over de vraag of aan de zijde van Capgemini sprake was van blijvende onmogelijkheid tot nakoming, en zal daarom overgaan tot het benoemen van een (of meerdere) onafhankelijke deskundige(n). De reeds in het geding gebrachte rapportages van partijdeskundigen volstaan daartoe niet. Het enkele feit dat de bewijslast en daarmee het bewijsrisico op [appellant] rusten staat daaraan - anders dan Capgemini heeft aangevoerd - niet in de weg.
- 3.17 De kernvraag die de deskundige(n) dient (dienen) te beantwoorden is of het voor deugdelijk herstel van de gebreken aan de software noodzakelijk was de broncode volledig opnieuw op te bouwen, en zo ja hoeveel tijd met een dergelijk opnieuw opbouwen en met aflevering van de software in de overeengekomen vorm gemoeid zou zijn geweest. De deskundige(n) dient (dienen) de vragen te beantwoorden tegen de achtergrond van hetgeen is overeengekomen, zoals is beschreven in rechtsoverweging 3.11, en met inachtneming van de reeds over de kwaliteit van de broncode opgemaakte rapporten zoals opgesomd in de rechtsoverwegingen 3.12 en 3.13.
- 3.18 [appellant] heeft in zijn memorie van grieven onder 278 en verder een achttal aan de te benoemen deskundige(n) te stellen vragen geformuleerd. De vragen 1 tot en met 5 (vraag 4 alleen voorafgaand aan het bulletpoint) lijken vooralsnog ter zake dienend, zolang deze worden beantwoord in het licht van de hiervoor weergegeven kernvraag. Bij de vragen 4 (vanaf het bulletpoint), 6 en 8 ontbreekt vooralsnog de relevantie, gegeven de kernvraag. Vraag 7 is op het eerste oog dezelfde vraag als vraag 4 zodat deze vraag overbodig lijkt.
- 3.19 Capgemini heeft in haar memorie van antwoord niet gereageerd op de door [appellant] voorgestelde vragen. Zij heeft in dat processtuk wel verwezen naar haar als productie bijgevoegde verweerschrift tegen het door [appellant] gedane verzoek tot het gelasten van een voorlopig deskundigenbericht. Capgemini heeft in dat verweerschrift de relevantie van enkele in dat verzoek door [appellant] geformuleerde vragen betwist maar heeft van haar zijde geen alternatieven daarvoor geformuleerd. Ook heeft [appellant] zijn vragen nu op onderdelen anders geformuleerd. Het is voor een goede instructie van de zaak noodzakelijk Capgemini alsnog de gelegenheid te bieden bij akte te reageren op de door [appellant] in zijn memorie van grieven voorgestelde vragen, en op het hiervoor in rechtsoverweging 3.18 gegeven voorlopig oordeel over die vragen. Capgemini wordt tevens uitgenodigd vragen te formuleren die in verband staan met reeds door haar gevoerde verweren. [appellant] mag bij akte desgewenst reageren op het hiervoor weergegeven voorlopig oordeel over de door hem voorgestelde vragen, en op de eventueel door Capgemini voorgestelde vragen.
- 3.20 [appellant] heeft voorts namen genoemd van te benoemen deskundigen, te weten prof. J.F. Groote (verder: Groote) en dr. ir. E.P. Tamminga (verder: Tamminga). Hij heeft tevens een toelichting gegeven op hun gestelde deskundigheid en geschiktheid. Capgemini heeft in haar memorie van antwoord niet daarop gereageerd. Wel heeft zij in het in de vorige rechtsoverweging al genoemde verweerschrift aangevoerd dat Groote in het geschil tussen haar en [appellant] niet vrij staat en dat Tamminga niet de juiste deskundigheid bezit. Capgemini zal bij de te nemen akte mogen aangeven of zij nog steeds hetzelfde standpunt inneemt. Ook wordt zij uitgenodigd bij deze akte zelf te benoemen deskundigen voor te stellen, waarop [appellant] op zijn beurt bij akte mag reageren.
- 3.21 Partijen dienen zich in hun akten tevens (gemotiveerd) uit te laten over de vraag of één dan wel meer deskundigen dienen te worden benoemd.
- 3.22 Partijen wordt in overweging gegeven in overleg te treden over de te benoemen deskundige(n)

en de aan die deskundige(n) te stellen vragen, en de uitkomst van dit overleg gezamenlijk aan het hof mee te delen.

3.23 De betaling van het voorschot voor de te benoemen deskundige(n) komt in beginsel ten laste van [appellant] .

3.24 [appellant] heeft met zijn ter gelegenheid van het pleidooi genomen akte van eiszijziging zijn voorwaardelijke incidentele vordering ex 843a Rv willen wijzigen in een voorwaardelijke vordering ex artikel 843a Rv, nu behandeling van deze vordering bij wijze van incident achterwege is gebleven. Capgemini heeft bewaar gemaakt tegen deze eiszijziging. Wat daarvan verder zij, de voorwaarde waaronder de vordering is ingesteld, namelijk dat het hof niet overgaat tot het benoemen van een deskundige, is niet vervuld zodat het hof niet aan de beoordeling van de vordering van [appellant] ex artikel 843a Rv toekomt.

3.25 Het hof zal Capgemini in de gelegenheid stellen zich bij akte uit te laten als hiervoor weergegeven en de zaak daartoe naar de rol verwijzen. [appellant] zal in de gelegenheid worden gesteld op die akte te reageren.

4 Beslissing

Het hof:

verwijst de zaak naar de rol van dinsdag 10 november 2020 voor een akte aan de zijde van Capgemini met het hiervoor onder 3.19 tot en met 3.22 omschreven doel;

houdt iedere verdere beslissing aan.

Dit arrest is gewezen door mrs. D. Kingma, E.E. van Tuyll van Serooskerken-Röell en G.J. Heevel en door de rolraadsheer in het openbaar uitgesproken op 20 oktober 2020.