

Stichting geschillenoplossing organisatie en automatisering, 12-06-1997

Stichting geschillenoplossing organisatie en automatisering 12-06-1997, [1997-06-12/CR_150514]

Instantie

Stichting geschillenoplossing organisatie en automatisering

Datum

12 juni 1997

Magistraten

Mrs. Franken, Borking, Milo RI

Zaaknummer

[1997-06-12/CR_150514]

Vakgebied(en)

Informatierecht / ICT

Essentie

Advisering bij automatiseringsproject — wanprestatie — ontbinding — exoneration — COSSO-voorwaarden
[Zie ook het artikel van Rinzema en Beuving in dit nummer]

Partij(en)

de besloten vennootschap X
eiseres,
gemachtigde mr. F.V.B.M. Mutsaerts,
tegen
de besloten vennootschap Y
gedaagde,
gemachtigde mr. J.W. Knipscheer,

Uitspraak

1. Procesgang

1.1

(...)

1.2

Bij Memorie van Eis heeft X onder overlegging van 27 producties ontbinding gevorderd van de met gedaagde — hierna mede aan te duiden als Y — gesloten overeenkomst en restitutie van de door haar aan Y onverschuldigd betaalde bedragen ad f 1 563 112,39. Tevens vordert zij een nader te specificeren bedrag aan schadevergoeding en rente vanaf 6 juni 1995 tot de datum der voldoening.

1.3

Bij Memorie van Antwoord heeft Y geconcludeerd X niet ontvankelijk te verklaren in haar vorderingen, althans haar vorderingen geheel te ontzeggen. Bij die gelegenheid heeft Y 13 producties in het geding gebracht.

1.4

Na een procedure met betrekking tot de positie van arbiters, waarover de arrondissementsrechtbank te Utrecht op 13 juli 1996 uitspraak heeft gedaan, heeft er een mondelinge behandeling plaatsgevonden bij welke gelegenheid X de gevorderde schade heeft gesteld op f 1 316 278,47. Door X zijn daarbij nog eens drie en door Y is nog één productie in het geding gebracht (...).

1.5

Op 18 november 1996 hebben de arbiters Borking en Milo een bezoek gebracht aan de vestiging van X in N. teneinde het ten processe bedoelde automatiseringssysteem te bezien. Ter gelegenheid daarvan zijn door X nog enige producties overgelegd. Vervolgens is door Y op 21 januari 1997 ten overstaan van arbiters een presentatie gegeven, waarbij eveneens enige stukken zijn overgelegd.

1.6

Op 18 februari 1997 heeft X een nadere conclusie genomen, waarbij zij tevens haar eis heeft vermeerderd met een bedrag van f 104 180,65. Tevens heeft zij daarbij vijf producties in het geding gebracht. Tenslotte heeft Y d.d. 19 maart 1997 nog een nadere conclusie van antwoord genomen, waarbij één productie is gevoegd, waarover X zich bij brief van 25 maart 1997 heeft uitgelaten.

Vaststaande feiten

Op grond van hetgeen enerzijds is gesteld en anderzijds niet of niet voldoende is weersproken danwel op grond van de niet weersproken inhoud van de overgelegde producties staat tussen partijen in deze procedure het volgende vast:

2.1

Positie X

X fabriceert breikant en aanverwante producten. De onderneming heeft vestigingen in K., N, C. en Nh.

De aandelen behoren toe aan de Engelse textielonderneming S. De productie wordt vervaardigd met behulp van 65 breimachines, waarvan 45 computergestuurd en 20 kettinggestuurd.

X wenste begin jaren '90 een logistiek automatiseringspakket dat moest leiden tot voorraadvermindering en tot een meer efficiënte machinebezetting.

2.2

Definitie Studie

Voor advies met betrekking tot het nieuwe automatiseringspakket heeft Y bij brief van 31 maart 1992 een aanbod gedaan, dat op 23 juni 1992 heeft geleid tot een definitiestudie. Het project kreeg de naam G.

Het team, dat deze studie heeft opgesteld, bestond uit Ir. J., Ir. B. (beiden van Y) en G. (van X). Deze studie is eind juni 1992 door X goedgekeurd en het bijbehorende investeringsplan is vervolgens goedgekeurd door de S. Group.

In de studie (p. 56) is aangegeven, dat elk traject haar/zijn eigen projectleider dient te krijgen die verantwoordelijkheid draagt over haar/zijn traject en erover rapporteert in de G.-stuurgroep. Vervolgens wordt aangegeven: 'door de stuurgroep te laten voorzitten door de heer V. (directeur van X) en verder samen te stellen uit de vijf projectleiders, X Information Management en een specialist van Y Project Management en Consultancy kan het gehele 1.5 jaar durende traject goed gestuurd en bewaakt worden'.

De studie vermeldt bij de conclusies en aanbevelingen nog dat één factor van cruciaal belang is: 'naast stáán voor G. (ervoor gáán/'commitment') dienen diverse X-medewerk(st)ers voldoende tijd vrij te maken voor het leveren van inhoudelijke bijdragen aan het G.-project: zonder discipline in bijdragen en uitdragen kan het G.-project niet'.

Terzake van de goedkeuring van de definitiestudie bevestigt Y op 2 juli 1992: 'We also state here that we have given you a cost estimate of approximately Hfl. 1.6 million (not including tax), for the period until December 31 1993, for the present excluding training, including software, hardware and support during the introduction phase and the project management'.

2.3

Plan van Aanpak

Op 19 juli 1992 is een 'Plan van Aanpak G. Totaalproject' opgesteld, waaruit blijkt dat onder meer is gekozen voor een standaard geïntegreerd logistiek pakket met verkoop/marketing en financiële modules. 'Het project wordt uitgevoerd tussen 1 juli 1992 en 1 januari 1994 onder verantwoordelijkheid van X BV, waarbij gebruik wordt gemaakt van Y-expertise en -assistentie op de terreinen projectmanagement, -leiding en -consultancy.' Voorts: 'Project Management zal tijdens het totale G.-project gezamenlijk worden uitgevoerd door een projectmanager van Y en een projectmanager van X. Dit Project Management Team (PMT) is verantwoordelijk voor: 'inhoudelijke coördinatie, projectadministratie, projectbewaking, projectmanagement, kwaliteitsbewaking.'"

In een later Plan van Aanpak d.d. 26 april 1993, zijn deze zinsneden herhaald.

Het Plan van Aanpak geeft bovendien aan, dat het G.-project vijf deelprojecten kent, te weten voor Logistiek, Coderingen, Software, Hardware, Opleidingen. Elke projectgroep heeft zijn eigen verantwoordelijkheid. De projectleider van elk deelproject rapporteert aan het PMT.

Het overzicht van de invulling van het personeel laat zien, dat het Project Management in handen is gegeven van Ir. G.

Janssen (Y) en mevrouw G. (X). Voor het deelproject Software zijn aangewezen: Van M. (Y), De W. (X — tot december 1992) en G. (X).

Op 21 augustus 1992 is het Plan van Aanpak door de stuurgroep geaccepteerd.

Y berekende voor haar begeleiding maandelijks een vast bedrag van f 60 000,— excl. BTW met de mogelijkheid om uren boven een bepaald maximum te verrekenen. Vanaf maart 1993 is het vaste bedrag per maand (op basis van een schatting van het aantal te besteden dagen) gewijzigd in f 44 000,— excl. BTW.

2.4

Pakketkeuze software

De projectgroep Software had op 8 januari 1993 een drietal pakketten geselecteerd. De stuurgroep (verslag d.d. 22 januari 1993) kiest voor het pakket M van Z.. uit N. 'Uitgangspunt bij de keuze was een zo optimaal mogelijke dekking van de standaardmodules voor het nieuwe X-besturingsconcept (bedoeld in de zin van applicatiesysteem). Randvoorwaarde was hierbij het minimaliseren van (kosten van) maatwerk en het waarborgen van de continuïteit in release-opvolging'.

X sluit op 3 maart 1993 een turnkey-overeenkomst met Z. Ten aanzien van de levering van softwareproducten geeft de overeenkomst aan dat Z. voor het M-pakket een vaste prijs in rekening brengt, terwijl zij bovendien bepaalde software zal ontwikkelen 'op basis van de functionele systeemspecificaties zoals die door Z. consultants zullen worden opgesteld gedurende het G.-project'. Z. zal hiertoe declareren op basis van nacalculatie aan de hand van een uurtarief. Er is uitdrukkelijk geen vaste prijs of maximum bedrag vastgesteld.

In een aangepaste versie van het Plan van Aanpak d.d. 26 april 1993 staat vermeld, dat wordt voortgeborduurd op de keuze voor M. als pakket 'waarbij de verwachte behoefte aan maatwerk nihil is' (p. 4). De bijbehorende planning houdt in dat het totale project op 31 december 1993 operationeel is.

2.5

Installatie van M.

In de herfst van 1993 heeft Z. na een groot aantal maatwerkopdrachten te hebben uitgevoerd het registratieve gedeelte van M. geïnstalleerd, zodat dit per 1 januari 1994 in gebruik kan worden genomen. Partijen nemen het besluit om het planning gedeelte per 1 april 1994 in gebruik te nemen. Teneinde de risico's van de overgang van het registratiedeelte op 1 januari 1994 te beperken heeft Y een applicatie gemaakt, die terugvallen op het oude ICL-systeem mogelijk maakte. Deze heeft niet schaduwgedraaid naast het ingevoerde gedeelte van M..

In het voorjaar van 1994 zijn ten gevolge van de invoering van het systeem bij X grote administratieve en logistieke problemen ontstaan.

2.6

Stand van zaken

De werking van het systeem dat is gerealiseerd, voldoet niet aan de door X gestelde eisen (vgl. ondermeer de management letter van Moret, Ernst & Young d.d. 14 april 1994). Hoeveelheden van de voorraad en prijzen werden niet correct weergegeven. Er was een 'substantial additional internal effort' nodig om de waarde van de voorraden vast te stellen. Bovendien functioneert de planningmodule niet waarin de koppeling van verkooporders met werkorders moet plaatsvinden. Voorts zijn door het vele maatwerk nieuwe releases zeer moeilijk te realiseren. Het totale door X terzake van het onderhavige project betaalde bedrag heeft het indicatieve bedrag van f 1.6 M in ruime mate overschreden.

2.7

Toepasselijke voorwaarden

Op de contractuele relatie van partijen zijn de COSSO-voorwaarden 1990/1993 van toepassing.

3. De vordering van X

X baseert haar vordering op de hierboven weergegeven tussen partijen vaststaande feiten en bovendien op haar stellingen (zakelijk weergegeven):

3.1

Y is toerekenbaar tekort gekomen in de nakoming van haar verplichtingen door een onjuist pakket te adviseren, welke keuze heeft geleid tot een ondeugdelijke automatisering en tot hoge nota's van Z. voor de aanpassing van het M.-pakket.

3.2

Op grond van de door Y gepleegde wanprestatie heeft X f 1 563 112,39 aan factuurbedragen ten onrechte betaald. Bovendien stelt X terzake recht te hebben op vergoeding van de volgende bedragen:

Consultancy	f	63 151,88
Z.-maatwerk	f	160 411,16
Kosten systeembeheerder	f	163 995,—
Z.-consultancy	f	556 838,43
Aanschaf basispakket M.	f	371 882,—
	f	1 316 278,47

Laatstgenoemd bedrag dient volgens X te worden vermeerderd met f 104 180,65 wegens claims van afnemers.

3.3

Subsidiair stelt X dat indien de toepasselijke COSSO-voorwaarden aanleiding geven de aansprakelijkheid van Y te beperken zij aan X de helft van de factuurbedragen ad f 1 563 112,39 dient te betalen.

4. De verweren van Y

Y heeft de sub 3 gereleveerde stellingen van X gemotiveerd betwist. Meer in het bijzonder stelt Y — zakelijk weergegeven — het volgende:

4.1

Het G.-project omvatte niet alleen het automatiseringsproject, maar ook de invoering van een nieuw logistiek besturingsmodel. Het lagere management was niet (voldoende) bereid aan de uitvoering daarvan mee te werken. Bovendien zijn er te weinig X-medewerkers voor het project vrijgemaakt. Blijkens de bijgehouden urenadministratie heeft X slechts 30% van hun geplande inbreng in het G.-project gerealiseerd. Hierdoor was een grotere en dus duurdere inzet van Y en Z. noodzakelijk.

4.2

De keuze van het M.-pakket is mede totstandgekomen op grond van de duidelijke voorkeur van de X-leden van het project team. Y heeft deze beslissing niet gedomineerd, maar professioneel methodisch ondersteund en geadviseerd.

4.3

X heeft veel aanvullende wensen ten aanzien van de functionaliteit van het systeem geuit, die resulteerden in maatwerkopdrachten. Deze hebben vooral plaatsgevonden na het vertrek van V. (directeur X) in maart 1994.

4.4

Y heeft aan haar verplichtingen voldaan. De overeenkomst is geheel uitgevoerd, zodat er geen grond is voor ontbinding. Daarnaast beroept Y zich op de COSSO-voorwaarden, waarin is vermeld dat ontbinding bij aangetekende brief dient te geschieden — hetgeen in casu niet is gebeurd — en ontbinding slechts kan plaatsvinden voor het gedeelte van de overeenkomst dat nog niet is uitgevoerd. Bovendien houdt art. 9 een exoneration in met betrekking tot eventueel verschuldigde schadevergoeding.

5. Beoordeling van de vraag of Y is tekortgekomen

5.1

Het besturingsconcept

5.1.1

Door X is gesteld dat met de invoering van een nieuw automatiseringssysteem was gekozen voor de overgang van een voorraadgericht naar een klantordergerichte productie. Y geeft evenwel aan, dat gekozen zou zijn voor een niet-primair klantordergestuurde productie, hetgeen betekent, dat niet alles wordt geproduceerd op order, maar dat de productie in belangrijke mate op voorraad is gericht.

De laatstgenoemde stelling wordt expliciet weersproken door V., de inmiddels ex-directeur van X in de verklaring, die hij ten overstaan van de raadsman van Y op 20 januari 1996 heeft afgelegd. Daarin stelt V.: 'de bedoeling was dat meer klantgericht zou worden gepland, en minder artikelgericht'.

5.1.2

In het algemeen kan men stellen, dat er bij het produceren op voorraad geen enkele relatie bestaat tussen de werkorders

(productie) en de klantorders (verkoop), terwijl bij het klantgericht produceren de relatie tussen werkorder en klantorder één op één is.

5.1.3

In de Definitie Studie wordt gesproken over de vernieuwing van het bestaande besturingsconcept respectievelijk de besturingsfilosofie c.q. het nieuwe logistieke concept, dat past bij de doelstellingen van G.. In dit document is tevens te vinden, dat het cruciaal is dat klant-orders en productie-orders apart behandeld kunnen worden, terwijl de relatie ertussen moet kunnen worden bewaakt (p. 35).

Even verder staat vermeld: 'De beide soorten orders dienen dus wel onderscheiden te kunnen worden zonder dat de relatie tussen klant- en productie-order verloren gaat'.

Arbiters interpreteren de betreffende passages in de context waarin zij zijn opgenomen als een combinatie van productie op voorraad en klantorderproductie.

5.1.4

In het Plan van Aanpak d.d. 19 juli 1992 is opgenomen dat tot de doelstelling van het project behoort: 'Invoeren van een nieuw logistiek besturingsconcept voor X BV dat tevens aan commerciële en financiële eisen voldoet, conform de G.-Definitie Studie. Hiermede moeten kortere en meer betrouwbare levertijden bereikt worden, inclusief een vroegtijdige informering van de klant'. Deze zinsnede is herhaald in de versie van het Plan van Aanpak van 26 april 1993 dat tot stand is gekomen nadat de keuze voor Z. was gemaakt.

Tevens is van belang, dat in de stuurgroepvergadering van 21 augustus 1992 duidelijk wordt gezegd, dat X 'klantgericht' moet worden.

5.1.5

Het blijkt evenwel dat de kwestie in de stuurgroepvergadering van 24 februari 1994 aan de orde is gekomen naar aanleiding van problemen op eindproductie-afdelingen met de anonimiteit van Werkorders. De vraag is gesteld: 'Is er een 1 op 1 Werkorder/Verkooporder verhouding mogelijk?' De vertegenwoordiger van Z. (Van H.) antwoordt daarop 'dat er diverse mogelijkheden zijn om hiermee om te gaan. Naar de juiste oplossing voor X zal door Z. structureel gekeken moeten worden'. Vervolgens merken twee vertegenwoordigers van Y op 'dat er bij genoemde oplossingsrichtingen dan wel fundamenteel van het besturingsmodel afgeweken wordt'.

5.1.6

Dat er bij X vertrouwen was gewekt om tot een klantordergericht model te komen moge nog blijken uit het memo d.d. 17 november 1993 waarin de vertegenwoordigster van X in het Project Management Team — G. — aan haar directeur V. — de voorzitter van de stuurgroep — haar zorgen heeft uitgesproken over het feit dat J. (Y) als voorbereiding op een bijeenkomst van een overleggroep een fax heeft rondgestuurd met informatie om te komen tot een besturingsmodel. Daarbij werd er volgens G. aan voorbijgegaan dat men binnen G. reeds anderhalf jaar bezig was met het definiëren, formuleren en implementeren van een besturingsmodel, uitgaande van de voor X opgestelde doelstellingen, t.w. het oplossen van knelpunten. 'Het allergrootste knelpunt van X was levertijdbetrouwbaarheid. Het besturingsmodel haakt hierop in en maakt het mogelijk met de voorhanden zijnde informatie efficiënter te plannen en o.a. te sturen op betere keuzes en belangrijke leveringen.'

Dat model 'is opgezet door logistieke specialisten van Y, waarvan men aan mag nemen (dat) deze met kennis van zaken te werk gegaan zijn'. Daarom dienen volgens G. bezwaren, die tegen dit model zijn gerezen bij de afdeling Verkoop, te worden weerlegd.

5.1.7

In twee ten processe overgelegde deskundigenrapporten wordt een oordeel gegeven over de vraag of c.q. in hoeverre het gekozen pakket M. het gekozen logistieke besturingsconcept kan ondersteunen.

In een verklaring van Moret, Ernst & Young, die als prod. 10 bij de Memorie van Eis is overgelegd, staat dat inhoudelijk een onjuist besturingsconcept is neergelegd op basis waarvan vervolgens een niet-karakteristiek pakket voor X is gekozen. Het rapport N/W dat door Y in het geding is gebracht (prod. 13 bij Memorie van Antwoord) stelt eerst vast dat klant-order specifieke productie in belang zouden toenemen voor X, hetgeen door de stuurgroep zou zijn bevestigd, terwijl al in de Definitie Studie was vastgelegd dat klantenorders prioriteit hadden boven monsterorders en voorraadorders. Verder geven de rapporteurs aan, dat M. weliswaar in staat was de besturing van de meeste bedrijfsprocessen van X adequaat te ondersteunen, doch 'de ondersteuning van volledig klant-ordergestuurde productie (klantorder (regel) = werkorder) werd in de standaardmodules niet ondersteund'. Daarbij merkt de rapporteur op dat volledig klant-ordergestuurde productie alleen in beperkte mate was voorzien. Toch realiseren de onderzoekers zich dat dit punt door Y 'krachtiger gesignaleerd' had kunnen worden dan destijds het geval is geweest.

5.1.8

Op grond van het voorgaande kan het niet zo zijn, dat de problemen vooral zijn veroorzaakt door het afwijken van het — reeds in de Definitie Studie gekozen — besturingsconcept na het vertrek van V. bij X. Het is aannemelijk dat een besturingsconcept is opgezet waarvan niet voldoende duidelijk is aangegeven of dit voor de eisen van X geschikt was. Bovendien is gebleken dat er in de huidige organisatie nog steeds problemen zijn met het ontbreken van de relatie productie-order (= werkorder) en klantorder ondanks dat er maatwerk is verricht teneinde het M.-pakket aan te passen.

5.1.9

De verantwoordelijkheid voor de keuze van het besturingsmodel ligt uiteindelijk bij het management van X. Echter om tot deze keuze te komen heeft Y als deskundig adviseur een belangrijke — zo niet doorslaggevende — rol gespeeld. De hierboven (paragraaf 5.1.6) geciteerde opmerking van de toenmalige X-medewerkster G., die de functie van informatiemanager vervulde, geeft aan hoe een klant zich ten opzichte van een automatiseringsadviseur mag opstellen. Juist om een zo ingewikkelde kwestie op te lossen doet men een beroep op een deskundige adviseur. Op laatstgenoemde rust ook de plicht om wanneer de cliënt — in casu de persoon van V. — een verkeerde richting zou aanhouden, hem daarvan te weerhouden door waarschuwend op te treden. Uit de overgelegde stukken blijkt niet dat zulks is gebeurd.

5.2

Het M-pakket

5.2.1

De vraag doet zich voor of -gegeven de door V. in zijn verklaring ten overstaan van de raadsman van Y gegeven logistieke eis van meer klantgerichte en minder artikelgerichte productie- M. een juist gekozen softwarepakket is.

5.2.2

N. stelt in zijn onder verantwoordelijkheid van Prof. W. op verzoek van Y opgestelde rapport ten aanzien van de inhoud van de pakketkeuze dat M. in staat was de besturing van de meeste bedrijfsprocessen adequaat te ondersteunen. Daarbij plaatst de onderzoeker echter naast hetgeen in paragraaf 5.1.7 is gereleveerd met betrekking tot het besturingsconcept nog — kort samengevat — de volgende kanttekeningen:

- het plannen tegen eindige capaciteit werd in de standaardmodules niet ondersteund;
- X is geen materiaal-dominante maar een capaciteit-dominante organisatie. Hoewel M. zeer wel in staat is de capaciteiten tegen oneindige capaciteit in te plannen, is het qua karakter een MRP-pakket.

Ook deze punten hadden door Y 'krachtiger gesignaleerd kunnen worden'. De onderzoeker voegt daaraan toe dat er op het moment van de keuze geen pakketten 'redelijkerwijze voorhanden waren die evident meer geschikt waren voor een organisatie als X'.

5.2.3

De door X in het geding gebrachte verklaring van Moret, Ernst & Young geeft aan dat in het logistieke besturingsconcept de cruciale capaciteitsplanningsfuncties voor X niet juist zijn gemodelleerd. 'Het klassieke MRP-concept is gepresenteerd, hetgeen voor een bedrijf met karakteristieken als X minder toepasbaar is. Eén en ander heeft geleid tot de selectie van een op MRP-gebaseerd pakket wat de karakteristieken van X niet ondersteunt. Nog steeds wacht de productiefunctie op een adequate planningsondersteuning. X is geconfronteerd met een systeem dat primair anders is dan de eigen bedrijfskarakteristieken vereisen, hetgeen leidt tot inefficiënt gedrag en minder gemotiveerde gebruikers. Y heeft inhoudelijk gezien nooit de gevolgen voorzover bekend van deze discrepantie helder gemaakt'.

5.2.4

Het verslag d.d. 15 november 1996 van een in mei 1994 op verzoek van X door C. S.A. ingesteld onderzoek bevat ondermeer de volgende conclusie: 'Le progiciel installé n'était pas du tout adapté pour la Gestion de Production 'Dentelle'. En effet, le concept de ce progiciel était essentiellement basé sur desancements en production à partir d'un calcul des besoins (M.R.P.) plus adapté pour les fabrications de type linéaire par lot.'

Het moge duidelijk zijn dat met MRP wordt bedoeld op Materials Requirements Planning, dat meer geschikt is voor de fabricage van kwantiteiten. De geciteerde brief van C. geeft aan dat M. niet toestaat de fabricagecyclus stap voor stap, bestelling voor bestelling te volgen. Al vanaf het starten van een fabricagepartij wist men niet meer voor welke order en welke klant een partij werd gefabriceerd. Men wist de klantenorder pas aan het einde van het fabricageproces.

5.2.5

In een notitie van de hand van J. (Y.) d.d. 6 juli 1993 welke is bestemd voor de stuurgroep, wordt vastgesteld dat M. goed registreert, maar niet echt plant. Volgens Z. kan dat wel doch dient het pakket S. voor ± 1,5 ton aan M. te worden

gekoppeld. 'Hetgeen X wil conform de opgestelde planningsstructuur die uit drie besturingslagen bestaat, is niet te realiseren met behulp van de M.-module Repetitive. Omdat Repetitive de enige M.-module is die tegen eindige capaciteit kan plannen, is destijds besloten tot deze module. Nu tijdens de definitiefase van G. de 'bijverschijnselen' van Repetitive duidelijk zijn geworden, is de algemene conclusie van de afzenders van deze notitie dat dit pad verlaten moet worden en dat onmiddellijk doorgestart moet worden op M.-Work-Order-Planning (de planning die toch reeds parallel aan Repetitive werd gebruikt voor planning op machinegroepniveau en die nu dus ook op machineniveau gebruikt moet gaan worden).' Tevens blijkt uit genoemde notitie: 'Tijdens de besluitvorming rondom 'Repetitive ja of nee' bleek dat nog niet eerder voorzien maatwerk gerealiseerd moet worden om M. goed te laten aansluiten bij de X planningsstructuur'.

5.2.6

Uit hetgeen in de voorafgaande paragrafen is vermeld is komen vast te staan, dat M. de kenmerken heeft van een MRP-pakket, dat geschikt is voor materiaal-dominante organisaties, terwijl X een typische capaciteitsdominante organisatie is. Tevens staat vast dat de gewenste planningsfaciliteiten niet, althans niet zonder aanvullende onderdelen, aanwezig zijn, terwijl X zulks volgens de Definitie Studies wel mocht verwachten.

N/W merken weliswaar op, dat er ten tijde van het maken van de keuze geen ander pakket voorhanden was dat 'evident meer geschikt' was. Met andere woorden M. was de minst slechte keuze. De consequenties van het feit dat het hier om een negatieve selectie ging is — in ieder geval blijkens de overgelegde stukken — niet aan X duidelijk gemaakt.

Het is overigens opmerkelijk dat er geen onderzoek is gedaan naar andere oplossingen binnen de S. Group. Ook is niet nader ingegaan op de vraag van V. (verslag stuurgroep d.d. 16 oktober 1992) of er andere softwarepakketten in de textielbranche bekend zijn. Bovendien is aan arbiters tijdens hun bezoek aan het bedrijf van X in N. verteld, dat een Franse zusterorganisatie van X met succes een klantgericht systeem had ingevoerd kort vóór Y bij X ging beginnen.

5.2.7

De conclusie uit het vorenstaande is dat Y weliswaar voor de keuze van het softwarepakket niet een onzorgvuldige procedure heeft gevolgd, doch wel een pakket heeft geadviseerd dat voor wat betreft de succesvolle implementatie risico's en bezwaren inhield zonder dat Y X daar duidelijk op heeft gewezen.

Het is ook tekenend dat de Z.-medewerkers eigen definitiestudies gingen/moesten maken om het maatwerk voor te bereiden. Maatwerk dat in zeer ruime mate is verricht, zoals uit de nota's daaromtrent is gebleken en dat bovendien niet gereed was op de afgesproken datum van 1 januari 1994. Een professioneel handelend deskundige en adviseur had deze risico's en bezwaren moeten voorkomen of in ieder geval haar cliënt daarvoor dienen te behoeden.

5.3

Advies en begeleiding

5.3.1

Het Plan van Aanpak houdt in beide versies (van 19 juli 1992 en van 26 april 1993) in, dat het G.-project wordt uitgevoerd tussen 1 juli 1992 en 1 januari 1994 onder verantwoordelijkheid van X B.V., met gebruikmaking van Y.-expertise en -assistentie op de terreinen projectmanagement, -leiding en -consultancy.

In dit verband maakt X terecht bezwaar tegen het feit, dat zij — gelet op de grote hoeveelheid maatwerk — een zeer ongunstig contract heeft gesloten met Z.. Volgens Y heeft de heer V. de onderhandelingen met Z. uitdrukkelijk aan zich getrokken, hoewel Y bij het niet-financiële gedeelte van de onderhandelingen de heer V. heeft geadviseerd. In dezelfde paragraaf van de Memorie van Antwoord (§ 9) stelt Y echter dat een schatting is gemaakt ten aanzien van het door Z. te verrichten maatwerk. Deze schatting zal dus ongetwijfeld door Y zijn gedaan.

In dit punt steekt nu juist het probleem, want er bleek veel meer maatwerk (en consultancy) van Z. nodig te zijn dan in overeenstemming is met de eerder ingeschatte kosten van het project. Naar het oordeel van arbiters hoort begeleiding bij de onderhandelingen met de leverancier van het softwarepakket bij de taak van de professionele adviseur die als begeleider voor het hele traject is ingehuurd.

5.3.2

Als verklaring en excuus voor de hoge kosten voor maatwerk is aangevoerd, dat deze zijn veroorzaakt door de vele aanvullende wensen ten aanzien van de functionaliteit van het systeem, die door X-medewerkers zijn opgevoerd. Hierbij moet onder ogen worden gezien dat deze aanvullende wensen in ieder geval voor een deel zijn te verklaren uit de ongelukkige aanpak met betrekking tot het besturingsconcept en het niet optimaal toegesneden zijn van M.. Wanneer er daarnaast nog maatwerkopdrachten zijn gegeven die onnodig waren, dan hadden de Y-medewerkers in de werkgroep software en in de stuurgroep tot taak deze te voorkomen c.q. in te dammen. Over de conclusies zijn de ingeschakelde partijdeskundigen het eens. Hoewel M. (van X) spreekt van 'falende projectleiding en advisering' en N/W (van Y) van 'misschien niet verstandig' staat vast, dat Y hier als adviseur en begeleider is tekortgeschoten.

5.3.3

De beslissing tot invoering van het registratiegedeelte van M. op 1 januari 1994 zonder schaduwdraaien bracht belangrijke risico's met zich. Het gaat echter niet aan deze risico's volledig voor rekening van X te laten komen nu ook hier de stuurgroep waarvan Y-medewerkers deel uitmaakten de facto het besluitvormende orgaan was.

5.3.4

Met betrekking tot de adviesfunctie van Y is aangevoerd, dat X door middel van haar informatiemanager, mevrouw G., een zware stem in het kapittel had zowel bij de Definitie Studie als bij het opstellen van het Plan van Aanpak. Bovendien speelde zij een belangrijke rol als lid van het Project Management Team namens X.

Naar het oordeel van arbiters is de kwalificatie een zware stem in het kapittel zeer overtrokken, aangezien mevrouw G. slechts geschoold was in automatiseringsaangelegenheden door middel van een enige jaren tevoren bij Y gevolgde cursus informatie-analyse. In het Project Management Team zat zij tezamen met Y-ingenieurs ten opzichte van wie zij voor wat betreft kennis en ervaring niet in de schaduw kon staan. Men kan in de relatie Y-X dan ook beslist niet spreken van gelijkwaardige partijen. Integendeel, juist omdat de kennis in eigen huis ontbrak, huurde X een professionele adviseur en begeleider in, een capaciteit die Y kan verstrekken.

In dit verband merken arbiters op, dat wanneer het G.-project niet voldoende werd gedragen in de organisatie van X juist Y daar als ervaren automatiseringsadviseur op bedacht had moeten zijn en maatregelen had moeten voorstellen om een eventuele 'cultuurverandering' te bewerkstelligen. Zulke acties kan men niet zondermeer overlaten aan personen die in het automatiseringsvak niet of slechts weinig zijn geschoold.

5.4

Conclusie

De conclusie uit de voorgaande paragrafen is, dat Y toerekenbaar is tekortgekomen in de nakoming van de op haar rustende verplichtingen. Het opgeleverde systeem is slechts een beperkte toepassing van wat X voor ogen stond en voor welk systeem X Y als professionele adviseur en begeleider heeft ingeschakeld.

5.5

Gevolgen van de toerekenbare tekortkoming van Y

5.5.1

Y verweert zich tegen de vordering tot ontbinding met de volgende argumenten:

- a. Ontbinding kan alleen plaatsvinden voor het gedeelte van de overeenkomst dat nog niet is uitgevoerd op grond van art. 6:269 BW en art. 8 lid 2 COSSO-voorwaarden, terwijl in casu de overeenkomst al lang geleden is beëindigd.
- b. Krachtens art. 8 lid 1 van de COSSO-voorwaarden kan ontbinding alleen plaatsvinden na een ingebrekestelling en per aangetekende brief, waarvan in casu geen sprake is.

5.5.2

Voor wat betreft het argument sub *b* zijn arbiters van oordeel dat art. 8 lid 1 van de COSSO-voorwaarden onverlet laat, dat een partij een constitutief ontbindingsvonnis van arbiters kan vragen. Een dergelijke handelwijze ligt voor de hand wanneer een partij mag verwachten, dat een schriftelijke ontbindingsverklaring vrijwel zeker zal worden betwist. Vanzelfsprekend moet de gedaagde partij dan wel in verzuim zijn. Daarvan is in de onderhavige procedure ook sprake nu partijen schriftelijk hebben gecommuniceerd over de problemen, die met betrekking tot de uitvoering van de overeenkomst zijn gebleken.

5.5.3

In tegenstelling tot de algemeen gestelde opmerking dienaangaande van Y is ontbinding wel degelijk mogelijk van een overeenkomst, die geheel is uitgevoerd wanneer de prestatie zo ondeugdelijk is dat zij als niet-nakoming moet worden beschouwd. Dit geldt ook wanneer het, zoals in casu, gaat om een karakteristieke prestatie die niet voor restitutie vatbaar is. De ontbinding heeft dan in plaats van een ongedaanmaking voor hetgeen is gepresteerd een waardevergoeding als gevolg. Art. 8 lid 2 van de COSSO-voorwaarden sluit evenwel een ontbinding voor wat betreft hetgeen reeds is gepresteerd uit. Nu vaststaat dat Y haar gehele prestatie — zij het gebrekkig — heeft verricht, dient de vordering van X tot ontbinding dan ook te worden afgewezen.

5.5.4

X vordert evenwel naast ontbinding ook vergoeding van schade, die is opgebouwd uit een tweetal componenten, t.w. de aan Y betaalde factuurbedragen en indirecte schade, zoals gespecificeerd in paragraaf 3.2.

De eerste categorie kan als vervangende schadevergoeding worden gekwalificeerd, d.w.z. als vergoeding van de waarde

van de achterwege gebleven prestatie. In paragraaf 7 zullen arbiters nader ingaan op de door X gevorderde schadevergoeding.

6. De inspanningen van X

6.1

Voor de beoordeling van de gevolgen van de tekortkoming van Y is het van belang naar aanleiding van het daaromtrent door Y gestelde te bezien of aan de zijde van X al datgene is gedaan wat van haar terzake van de uitvoering van de overeenkomst tussen partijen mocht worden verwacht. Immers het uitvoeren van een automatiseringsproject is een activiteit, die door leverancier/adviseur en gebruiker/klant gezamenlijk moet worden verricht. In de Definitie Studie en het Plan van Aanpak (vide paragraaf 2.2 en 2.3) is deze gezamenlijke verplichting expliciet geformuleerd.

6.2

Het heeft — in ieder geval in de latere fasen van het project — aan inzet en medewerking van X ontbroken. Tekenend hiervoor is de passage in het verslag van de stuurgroepvergadering van 7 mei 1993 waaruit blijkt, dat projectmedewerkers te veel onder druk staan om ook hun operationele werk ernaast te klaren. 'Project-medewerkers zijn in feite niet echt beschikbaar, d.w.z. (m.n. in N.) niet echt vrijgemaakt voor G.'

Y spreekt in de Memorie van Antwoord zelfs van onwil van het lagere management het project loyaal uit te voeren. Er is voor arbiters voldoende aanleiding om deze stelling aannemelijk te achten op grond van de vermelding in de management letter van Moret, Ernst & Young d.d. 27 maart 1995 aan X, waarin de volgende zinsnede staat opgenomen: 'The general impression is that users have a negative attitude towards M. and it is important that this is changed'.

Ook de volgende passage in het door X als prod. 10 bij Memorie van Eis overgelegde stuk van Moret, Ernst & Young is van belang:

'Sinds 1992 is al meermalen binnen de organisatie geopperd dat het niet de automatisering is maar de organisatie die zal moeten veranderen. Deze belijdenis is op het oog nooit in daden vertaald. De centrale drijfveer in het project was het tijdig realiseren van mijlpalen, eventueel ten koste van de kwaliteit. In stuurgroepen en dergelijke werd veel instemming vertoond maar vervolgens ging een ieder zijn eigen weg. Een echte verandering in de samenwerking/communicatie tussen commerciële, productie en financiële functies heeft nooit plaatsgevonden, terwijl dit bitter noodzakelijk was voor een projectsucces. Zowel de X-projectverantwoordelijken alsmede de Y.-projectleider hebben de cruciale noodzakelijke interventies niet aangedurfd of beheerst.'

Tenslotte hebben N/W eveneens gewezen op het feit, dat X de beoogde inspanning ter voorbereiding op de implementatie niet heeft geleverd, welke opmerking niet met zoveel woorden door X is betwist.

6.3

Als conclusie verbinden arbiters aan het vorenstaande, dat X mede aansprakelijk moet worden gehouden voor de gevolgen van het niet adequaat uitvoeren van het ten processe bedoelde automatiseringsproject.

7. Exoneratie

7.1

Y beroept zich voor het geval haar een toerekenbare tekortkoming kan worden verweten op de beperking van aansprakelijkheid zoals aangegeven in art. 9 van de COSSO-voorwaarden. X stelt hiertegenover dat dit beroep in strijd is met de redelijkheid en billijkheid.

7.2

Vaststaat, dat Y een professionele adviseur is, die tegen honorering de begeleiding van het automatiseringsproject van X op zich heeft genomen. X heeft zich daarbij afhankelijk opgesteld van haar adviseur, die vertegenwoordigers aanwezig had in alle werkgroepen waarin de overgang op het nieuwe automatiseringssysteem werd voorbereid. X mocht deze houding ook aannemen, aangezien Y zich had verbonden haar expertise en assistentie expliciet in te brengen op de terreinen van projectmanagement, leiding en -consultancy.

7.3

Tevens staat vast, dat de (eind)verantwoordelijkheid voor het project lag bij X, die enerzijds niet de volledige overeengekomen en noodzakelijke inzet en medewerking heeft gegeven, zoals in paragraaf 6 overwogen, maar tevens pas werkelijk aan de bel is gaan trekken toen het project voor het grootste deel was uitgevoerd. Ook de betrokkenheid van de X-

medewerkers is kennelijk van dien aard geweest, dat zij slechts de ontwikkelingen hebben gevolgd en de Y-adviseurs niet op 'de huid' hebben gezeten. Zo is het sluiten van een contract, zoals met Z. is gebeurd, onbegrijpelijk. Alleen wanneer de cliënt X een hard en duidelijk advies van Y had gekregen, had zij een contract met de softwareleverancier mogen sluiten. Nu zij dat zonder een dergelijk advies heeft gedaan, had Y dit moeten signaleren, doch bij het achterwege laten daarvan mocht toch wel van X worden verwacht, dat zij dan uitdrukkelijk om een advies van Y zou hebben gevraagd. Tekenend is voorts de hierboven geciteerde opmerking in het door X overgelegde rapport van Moret, Ernst & Young (prod. 10 Memorie van Eis), dat zowel de X-projectverantwoordelijken als de Y.-projectleider de cruciale noodzakelijke interventies niet hebben aangedurfd of beheerst.

7.4

Nu de uitvoering van de overeenkomst onder de bovenvermelde omstandigheden heeft plaatsgevonden is er onvoldoende reden om het beroep op de aansprakelijkheidsbeperking van art. 9 van de COSSO-voorwaarden als onredelijk bezwarend af te wijzen.

7.5

Arbiters zijn van oordeel dat in dit geval niet van een duurovereenkomst kan worden gesproken, omdat blijkens de overgelegde stukken de begeleiding door Y heeft plaatsgevonden door middel van individuele opdrachten, die op basis van een schatting voor maandelijks te besteden dagen afzonderlijk zijn gefactureerd.

7.6

Het vorenstaande brengt mee, dat nu de factuurbedragen ad f 1 563 112,39 niet zijn weersproken, Y tot terugbetaling van 50% daarvan, d.w.z. van (afgerond) f 781 556,- zal worden verplicht.

8. Bewijsaanbod

Y heeft verzocht de heer V. en mevrouw G. als getuigen te horen. Arbiters achten het niet nodig om nog over een extra verklaring van deze personen te beschikken buiten hetgeen dienaangaande reeds in het dossier aanwezig is. Bij de stukken is als prod. 12 van de Memorie van Antwoord het verslag overgelegd van een bespreking, die V. met de raadsman van Y heeft gevoerd. Dit verslag betreft de visie van V. op het gehele traject van de automatisering van X waarbij Y was betrokken. Arbiters verwachten niet, dat V. in afwijking of aanvulling op dit verslag nog iets naar voren zou kunnen brengen. Arbiters hebben — zoals uit dit vonnis blijkt — dit verslag ook uitdrukkelijk in hun overwegingen betrokken.

Hetzelfde geldt voor mevrouw G. van wier hand notities zijn overgelegd, die arbiters eveneens voor hun besluitvorming in aanmerking hebben genomen.

Ook het horen van andere getuigen komt arbiters niet zinvol voor mede in aanmerking genomen het feit, dat beide partijen reeds deskundigenrapporten in het geding hebben gebracht.

9. Kosten

Nu beide partijen over en weer gedeeltelijk in het ongelijk worden gesteld dient ten aanzien van de kosten, welke verband houden met deze procedure, te worden beslist invoege als na te melden:

a

De buitengerechtelijke kosten, waaronder advieskosten, en de kosten van de raadslieden c.q. deskundigen van partijen dienen partijen voor eigen rekening te nemen.

b

De kosten van deze arbitrage worden gesteld op f 44 500,- aan honorarium voor arbiters en administratiekosten van de Stichting Geschillenoplossing Automatisering welk bedrag dient te worden overgemaakt op de rekening van de Stichting Geschillenoplossing Automatisering te Wassenaar. Het bedrag dat reeds door partijen terzake bij voornoemde Stichting in depot is gestort, zal op de verschuldigde arbitragekosten in mindering worden gebracht.

c

Voor de betaling van de kosten van deze arbitrage geldt, dat het redelijk is te achten dat Y 3/4 gedeelte van de proceskosten voor haar rekening dient te nemen, zijnde f 33 375,- zodat zij het door X teveel in depot bij de Stichting Geschillenoplossing Automatisering gestorte dient te verrekenen.

10. Slotsom

Gelet op het vorenstaande komen arbiters tot de volgende uitspraak:

Rechtdoende als goede mannen naar billijkheid:

Veroordelen Y tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan X te betalen een bedrag van f 781 556,- (zegge: zevenhonderdeenentachtig duizend vijfhonderdzesenvijftig gulden) met de wettelijke rente over dat bedrag van 6 juni 1995 tot aan de dag der voldoening.

Veroordelen Y in de kosten van deze arbitrage tot een bedrag van f 33 375,-, en veroordelen X in de kosten van deze arbitrage tot een bedrag van f 10 625,-, zoals nader in paragraaf 9 van dit vonnis is overwogen.

Compenseren de overige kosten welke verband houden met deze procedure des dat iedere partij haar eigen kosten draagt.

Wijzen af het meer of anders gevorderde.