

RECHTBANK UTRECHT

Sector handel en kanton
Handelskamer

zaaknummer / rolnummer: 308617 / HA ZA 11-1288

Vonnis van 17 oktober 2012

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
TRIPLE P NEDERLAND B.V.,
gevestigd te Vianen,
eiseres,
advocaat mr. L.P. Kruidenier,

tegen

naamloze vennootschap
CMS DERKS STAR BUSMANN N.V.,
gevestigd te Utrecht,
gedaagde,
- advocaat mr. P.J. Soede.

Partijen zullen hierna Triple P en CMS genoemd worden.

1. De procedure

- 1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:
- het tussenvonnis van 31 augustus 2011
 - akte houdende producties van CMS d.d. 4 november 2011
 - akte houdende producties van Triple P d.d. 22 december 2011
 - het proces-verbaal van comparitie van 11 januari 2012
 - de conclusie van repliek
 - de conclusie van dupliek.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De feiten

- 2.1. Op 22 mei 2007 hebben Triple P en CMS een serviceovereenkomst gesloten op basis waarvan Triple P het onderhoud van de door Triple P bij CMS geïnstalleerde Mitel telefonieomgeving verzorgde. De einddatum van de overeenkomst is 1 mei 2012.

-
- 2.2. Begin 2009 hebben onbevoegden door een zogenaamde "hack" toegang verkregen tot de telefonische infrastructuur van CMS, als gevolg waarvan zij op kosten van CMS met het buitenland hebben gebeld.
- 2.3. Op 5 maart 2009 heeft ██████████ werkzaam bij Triple P, per e-mail aan ██████████ werkzaam bij CMS, het volgende bericht:
"Voorzover bij ons bekend is wordt deze misbruik gemaakt via DISA en RAD teksten. Op uw aanvraag is dit bij u op alle locaties gecontroleerd en aangepast waar dit nodig was."
In dezelfde e-mail geeft ██████████ een overzicht van de door hem uitgevoerde werkzaamheden in Utrecht en Arnhem. Hieruit volgt dat ██████████ de DISA-functie in Utrecht heeft uitgezet en op beide locaties verschillende RAD poorten in huntgroepen heeft geplaatst.
- 2.4. CMS heeft Triple P bij brief van 29 april 2009 aansprakelijk gesteld voor de door haar geleden schade als gevolg van voornoemde hack omdat Triple P haar werkzaamheden uit hoofde van de serviceovereenkomst ondeugdelijk dan wel onzorgvuldig zou hebben verricht. CMS heeft op dat moment ook haar betalingsverplichtingen, zoals opgenomen in de serviceovereenkomst, opgeschort. Naar aanleiding van een gesprek tussen partijen op 25 juni 2009 heeft CMS de betalingen aan Triple P hervat.
- 2.5. Bij brieven van 10 september 2009 heeft Triple P CMS gewezen op de risico's van misbruik van de telefooncentrale. De brief bevat de volgende passage:
"Triple P wil u hierbij waarschuwen voor dit mogelijke misbruik en adviseert u daarvoor de nodige maatregelen te nemen. Wij geven u graag de benodigde informatie zodat u zelf preventieve maatregelen kunt nemen. Indien u wenst dat Triple P deze activiteiten voor u uitvoert, dan kunt u contact opnemen met ons Customer Call Center [..]."
- 2.6. Op 22 en 23 september 2009 heeft Triple P op verzoek van CMS een controle uitgevoerd op de identieke inrichting van de centrales in Arnhem en Utrecht en op eventueel nog bestaande veiligheidsrisico's.
- 2.7. Op 2 december 2009 is door een hack van de telefooncentrale van CMS wederom door onbevoegden op kosten van CMS naar het buitenland gebeld. Na deze hack bleek Triple P bij een controle dat de DISA functie nog steeds uitstond, maar dat een RAD poort in Arnhem uit de huntgroep was gehaald.
- 2.8. CMS heeft bij brief van 30 maart 2010 de ontbinding van de serviceovereenkomst met Triple P ingeroepen met terugwerkende kracht tot 26 februari 2009 onder terugvordering van de tot 1 april 2010 betaalde onderhoudsbedragen. CMS heeft sinds 1 april 2010 haar betalingsverplichtingen uit hoofde van de serviceovereenkomst niet meer voldaan.
- 2.9. Op de serviceovereenkomst zijn de algemene voorwaarden van Triple P van toepassing. In artikel 8.5 van deze algemene voorwaarden is opgenomen dat een klant, indien hij niet binnen de vervalttermijn van een factuur betaalt, over het verschuldigde bedrag een rente van 1% per maand verschuldigd is. Artikel 8.5 bepaalt voorts dat een klant, na ingebrekestelling, gehouden is de volledige buitengerechtelijke incassokosten te vergoeden.

2.10. Volgens de brief van Simac d.d. 28 oktober 2010 heeft Simac op 10 september 2010 de backup van het telefoonsysteem onderzocht. Er is gekeken naar de gegevens op drie verschillende data, te weten 27 augustus 2009, 28 oktober 2009 en 26 november 2009. Volgens deze brief van Simac stond de nachtstand op alle drie de data verkeerd, dat wil zeggen niet volgens de bekende richtlijnen van Mitel, geprogrammeerd.

3. Het geschil

3.1. Triple P vordert na vermeerdering van eis bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, veroordeling van CMS om aan Triple P te voldoen een bedrag van € 84.030,45 te vermeerderen met de contractuele rente over een bedrag van € 74.700,32 vanaf 23 februari 2012 tot de dag der algehele voldoening. Deze vordering is als volgt samengesteld:

- € 74.700,32 aan hoofdsom;
- € 7.542,13 aan contractuele rente tot 23 februari 2012;
- € 1.788,00 aan buitengerechtigde incassokosten.

3.2. Triple P vordert voorts een verklaring voor recht dat de tussen partijen tot stand gekomen serviceovereenkomst niet is ontbonden door de buitengerechtigde ontbindingsverklaring van CMS d.d. 29 maart 2009. Triple P vordert tevens veroordeling van CMS tot betaling van de proceskosten, waaronder de nakosten.

3.3. Triple P baseert haar vordering op nakoming van de met CMS gesloten serviceovereenkomst d.d. 22 mei 2007. Volgens Triple P is de overeenkomst met CMS niet ontbonden omdat zij niet tekort is geschoten in de nakoming van haar verplichtingen uit de overeenkomst. Op basis van de overeenkomst maakt Triple P aanspraak op betaling van de maandelijkse vergoeding tot aan het einde van de overeenkomst op 1 mei 2012.

3.4. CMS voert verweer en concludeert tot afwijzing van de vorderingen. Volgens CMS is de overeenkomst met Triple P als gevolg van haar brief d.d. 30 maart 2010 buitengerechtigd ontbonden en heeft Triple P als gevolg daarvan geen recht op betaling van de maandelijkse vergoedingen.

3.5. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, ingegaan.

4. De beoordeling

4.1. CMS stelt dat zij niet gehouden is de serviceovereenkomst met Triple P na te komen omdat zij deze overeenkomst buitengerechtigd heeft ontbonden. Volgens CMS is Triple P tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen uit de overeenkomst en was CMS om die reden gerechtigd de overeenkomst met Triple P buitengerechtigd te ontbinden. CMS stelt dat Triple P tekort is geschoten omdat zij niet heeft voldaan aan haar zorgplicht. Van Triple P, als goed opdrachtnemer, mocht volgens CMS verwacht worden dat zij de veiligheidsrisico's, waaronder de DISA en RAD instellingen, met enige regelmaat controleerde en indien nodig aanpaste.

4.2. Triple P stelt zich op het standpunt dat zij niet tekort is geschoten in de nakoming van haar verplichtingen uit de serviceovereenkomst. Volgens Triple P is zij op basis van de

overeenkomst enkel gehouden om indien zich een storing in de telefoonvoorziening voordoet, deze storing op te lossen en het noodzakelijk onderhoud hiervoor te verrichten. Triple P stelt dat zij uitdrukkelijk niet gehouden is om de beveiliging van de telefooncentrale te controleren of hierover te adviseren. Dit is ook niet als verplichting in de serviceovereenkomst opgenomen. Indien CMS had gewild dat Triple P ook zorg zou dragen voor de beveiliging van het telefoonnetwerk, had zij volgens Triple P een beheerovereenkomst met haar moeten afsluiten. CMS is in de serviceovereenkomst ook op deze mogelijkheid gewezen. CMS heeft een dergelijke beheerovereenkomst niet afgesloten.

4.3. Uit de overeenkomst die tussen partijen tot stand gekomen volgt geen verplichting voor Triple P om het telefoonnetwerk adequaat te beveiligen of dit netwerk regelmatig op veiligheidsrisico's te onderzoeken. Nu de beveiliging van het telefoonnetwerk geen onderdeel uitmaakt van de tussen partijen gesloten serviceovereenkomst, was CMS dan ook zelf verantwoordelijk voor de beveiliging hiervan.

4.4. Volgens CMS is deze verplichting onder de overeenkomst gebracht doordat Triple P op verschillende momenten, te weten in maart 2009 en in september 2009, de beveiliging van het telefoonnetwerk heeft gecontroleerd en aangepast. Als gevolg hiervan heeft Triple P volgens CMS de doorlopende verplichting op zich genomen om het telefoonnetwerk op veiligheidsrisico's te controleren en maatregelen te treffen om inbreuken te voorkomen. Triple P heeft daarentegen gemotiveerd betwist dat (de controle op) de beveiliging onderdeel is gaan uitmaken van de overeenkomst. Volgens Triple P heeft zij op twee momenten op verzoek van CMS onderzoek gedaan naar de beveiliging van het telefoonnetwerk op die momenten en naar aanleiding van de uitkomsten van dit onderzoek verschillende aanpassingen gedaan.

4.5. Gelet op de gemotiveerde betwisting door Triple P, heeft CMS onvoldoende gesteld en onderbouwd dat de serviceovereenkomst was uitgebreid met de beveiliging van het telefoonnetwerk en dat als gevolg daarvan de doorlopende verplichting op Triple P rustte om het telefoonnetwerk op veiligheidsrisico's te onderzoeken en aanpassingen te doen ter voorkoming van inbreuken. Er is enkel gebleken van twee verzoeken van CMS aan Triple P, in maart 2009 en in september 2009, om de beveiliging van het telefoonnetwerk op dat moment te onderzoeken en aanpassingen te doen bij eventueel geconstateerde veiligheidsrisico's. Daarbij komt dat Triple P CMS op 10 september 2009 nog uitdrukkelijk heeft gewezen op de veiligheidsrisico's van het telefoonsysteem. In deze brief wordt CMS de mogelijkheid geboden om Triple P in te schakelen voor de beveiliging van het systeem, maar CMS heeft van deze mogelijkheid geen gebruik gemaakt. Hieruit volgt dat de overeenkomst, ondanks dat Triple P op een tweetal momenten onderzoek heeft gedaan naar de beveiliging van het telefoonnetwerk, niet is uitgebreid met een voortdurende verplichting om de beveiliging te controleren en hiervoor zorg te dragen.

4.6. Uit het voorgaande volgt dat er voor Triple P geen verplichting bestond om de beveiliging van het telefoonnetwerk van CMS voortdurend op veiligheidsrisico's te controleren en eventueel aan te passen. Dit betekent dat Triple P door dit na te laten haar uit de overeenkomst voortvloeiende zorgplicht jegens CMS niet heeft geschonden. Dit kan dan ook geen grond zijn voor de buitengerechtelijke ontbinding van de serviceovereenkomst.

4.7. CMS heeft zich voorts op het standpunt gesteld dat Triple P de beveiligingscheck, die zij op 22/23 september 2009 heeft gedaan, niet goed heeft uitgevoerd. Volgens CMS had

Triple P overeenkomstig de aanwijzingen van de fabrikant Mitel alle RAD poorten in een huntgroep moeten plaatsen en heeft Triple P dit niet met alle RAD poorten gedaan als gevolg waarvan de hack van het telefoonsysteem mogelijk was. Volgens CMS is Triple P hiermee toerekenbaar tekortgeschoten in de verplichtingen uit de overeenkomst en was CMS derhalve gerechtigd de overeenkomst dientengevolge te ontbinden. Dat Triple P niet alle RAD poorten in een huntgroep heeft geplaatst maakt CMS op uit de analyse van de back up gegevens zoals deze door Simac is uitgevoerd. Uit deze analyse zou volgen dat op 27 augustus 2009 en op 28 oktober 2009 niet alle RAD poorten in een huntgroep waren geplaatst als gevolg waarvan het mogelijk was om het telefoonnetwerk van CMS te hacken. Omdat Triple P de beveiliging van het telefoonnetwerk op 22/23 september 2009 heeft gecontroleerd en dit onderzoek dus heeft plaatsgevonden tussen de twee door Simac onderzochte data, betekent dit volgens CMS dat Triple P tekort is geschoten in haar verplichtingen.

4.8. Triple P betwist deze stelling van CMS gemotiveerd. Volgens Triple P heeft zij in maart 2009 en op 22/23 september 2009 de instellingen goed gecontroleerd en ter voorkoming van een hack er voor zorg gedragen dat alle RAD poorten in een huntgroep waren geplaatst.

4.9. De uitkomst van de analyse, waarop CMS haar stelling baseert dat Triple P tekort is geschoten in haar verplichtingen, geeft geen inzicht in de werkzaamheden die Triple P aan het telefoonsysteem heeft verricht. Immers, de analyse heeft betrekking op twee verschillende data en laat niet zien op welke momenten en door wie wijzigingen zijn doorgevoerd. Buiten Triple P kunnen wijzigingen in het systeem ook zijn aangebracht door hiervoor opgeleide medewerkers van CMS of door externen die misbruik van het systeem hebben willen maken. De analyse van Simac geeft dan ook alleen momentopnames en laat zien dat de instellingen op die momenten verkeerd stonden. Het geeft geen inzicht in de handelwijze van Triple P. De uitkomst van de analyse van Simac, dat op de door haar onderzochte momenten niet alle RAD poorten in een huntgroep stonden, rechtvaardigt dan ook niet de conclusie dat Triple P tekort is geschoten in de uitvoering van haar verplichtingen uit de overeenkomst.

4.10. Uit het voorgaande volgt dat CMS niet bevoegd was om de overeenkomst met Triple P buitengerechtelijk te ontbinden. Dit betekent dat de overeenkomst tussen partijen niet rechtsgeldig door CMS is ontbonden en dat deze derhalve pas is geëindigd op 1 mei 2012, het einde van de contractduur. De door Triple P gevorderde verklaring voor recht zal dan ook worden uitgesproken.

4.11. Nu de overeenkomst niet door de buitengerechtelijke ontbinding is beëindigd, was CMS van 31 maart 2010 tot aan 1 mei 2012 gehouden om de maandelijkse betalingen te verrichten. CMS heeft aangevoerd dat Triple P na 31 maart 2010 geen werkzaamheden heeft hoeven verrichten ten behoeve van CMS en dat zij daarmee kosten heeft bespaard, welke besparing volgens CMS in de hoogte van het toe te wijzen bedrag dient te worden meegenomen.

4.12. De rechtbank maakt uit de stelling van CMS op dat zij een beroep doet op de verrekening van voordeel als bedoeld in artikel 6:100 BW. Dit artikel is echter niet op de onderhavige vordering van toepassing, nu het enkel ziet op de verrekening van voordeel in het kader van een vordering tot schadevergoeding niet op een vordering tot nakoming. De

rechtbank ziet dan ook geen reden om bij de toewijzing van de vordering rekening te houden met eventuele door Triple P behaalde besparingen.

4.13. Uit het voorgaande volgt dat de vordering van Triple P ten bedrage van € 74.700,32 zal worden toegewezen. De door Triple P gevorderde contractuele rente zal, nu deze door CMS niet weersproken is, eveneens worden toegewezen.

4.14. De door Triple P gevorderde vergoeding van buitengerechtelijke (incasso-)kosten zal worden toegewezen, nu CMS de verschuldigdheid daarvan op grond van de tussen hen gesloten overeenkomst niet heeft betwist, er buitengerechtelijke werkzaamheden zijn verricht en geen termen aanwezig zijn om (ambtshalve) tot matiging van de gevorderde vergoeding over te gaan.

4.15. CMS zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van Triple P worden begroot op:

- dagvaarding	€	76,31
- griffierecht		1.181,00
- salaris advocaat		<u>2.682,00</u> (3 punten × tarief € 894,00)
Totaal	€	3.939,31

4.16. De nakosten, waarvan Triple P betaling vordert, zullen op de in het dictum weergegeven wijze worden begroot.

5. De beslissing

De rechtbank

5.1. veroordeelt CMS om aan Triple P te betalen een bedrag van € 84.030,45 (vierentachtigduizend dertig euro en vijfenvertig eurocent), vermeerderd met de contractuele rente van 1 % per maand over het bedrag van € 74.700,32 vanaf 23 februari 2012 tot de dag van volledige betaling;

5.2. verklaart voor recht dat de serviceovereenkomst tussen Triple P en CMS niet is ontbonden door de buitengerechtelijke ontbindingsverklaring van CMS;

5.3. veroordeelt CMS in de proceskosten, aan de zijde van Triple P tot op heden begroot op € 3.939,31;

5.4. veroordeelt CMS, onder de voorwaarde dat zij niet binnen 14 dagen na aanschrijving door Triple P volledig aan dit vonnis voldoet, in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op:
- € 131,00 aan salaris advocaat,
- te vermeerderen, indien betekening van het vonnis heeft plaatsgevonden, met een bedrag van € 68,00 aan salaris advocaat en de exploitkosten van betekening van het vonnis;

-
- 5.5. verklaart dit vonnis met uitzondering van 5.2 uitvoerbaar bij voorraad;
5.6. wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit vonnis is gewezen door mr. G.A. Bos en in het openbaar uitgesproken op
17 oktober 2012.

J.F. de Smidt

