

vonnis

In naam des Konings

RECHTBANK AMSTERDAM

Afdeling privaatrecht

zaaknummer / rolnummer: C/13/562926 / HA ZA 14-373

Vonnis van 17 december 2014

in de zaak van

de vennootschap onder firma
CLOUDCARRIER,
gevestigd te Amsterdam,
eiseres in conventie,
verweerster in reconventie,
advocaat mr. W.F. Dammers te Amsterdam,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
AEDES VASTGOED B.V.,
gevestigd te Amsterdam,
gedaagde in conventie,
eiseres in reconventie,
advocaat mr. W.H. van Baren te Amsterdam.

Partijen zullen hierna Cloudcarrier en Aedes genoemd worden.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van 7 april 2014, met producties,
- de conclusie van antwoord in conventie tevens eis in reconventie, met producties,
- het tussenvonnis van 11 juni 2014 waarin ambtshalve een comparitie van partijen is gelast,
- het proces-verbaal van de comparitie van 16 september 2014 en de daarin vermelde stukken.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De feiten

2.1. Op 23 augustus 2013 zijn partijen een Apple migratie overeenkomst aangegaan. Cloudcarrier kreeg de opdracht van Aedes tot migratie van haar besturingssysteem

Microsoft Windows naar een Apple omgeving (hierna ook: de Migratie). In de overeenkomst is onder meer bepaald:

De overeengekomen prijs bedraagt Euro 6.824,49 exclusief BTW en is gebaseerd op de leveringsconditie "delivered duty paid" (...)

2.2. Op 26 september 2013 zijn partijen een Google Apps overeenkomst aangegaan. Op de Google Apps overeenkomst zijn de algemene voorwaarden van Cloudcarrier van toepassing.

2.3. Op 10 oktober 2013 is tussen partijen een document opgemaakt met de naam: "Migratie Windows naar Apple omgeving Proces Verbaal van oplevering" (hierna ook: het Proces Verbaal van oplevering). Hierin is onder meer opgenomen:

1. Opdrachtnemer verklaart en Opdrachtgeefster accepteert dat het project Migratie Windows naar Apple omgeving, is opgeleverd conform het gestelde in de opdracht (...)
3. Als bijlage bij dit Proces Verbaal van Oplevering is een overzicht van gebreken gevoegd, die nog uitgevoerd of verholpen dienen te worden. De opdrachtnemer verplicht zich tot het verhelpen van de gebreken, uiterlijk vóór d.d. 4 november 2013, dit ten genoegen van de Opdrachtgeefster.
4. Hierbij dienen alle gebreken, die ten tijde van de oplevering niet bekend waren en die dus niet vermeld zijn in het onder 3. bedoelde overzicht, doch waarvan redelijkerwijs, op grond van de contractstukken, verondersteld mag worden dat die gebreken tot de verantwoordelijkheid van de Opdrachtnemer behoren, door hem worden herzien dan wel opnieuw worden geleverd en aangebracht. Dit ter goedkeuring van de Opdrachtgeefster. (...)
6. Vanaf d.d. 30 september 2013 zijn de opgeleverde onderdelen voor rekening en risico van de opdrachtgever in gebruik genomen.

2.4. In de bijlage bij het Proces Verbaal van oplevering is opgenomen:

OVERZICHT VAN GEBREKEN			
Nr.	ONDERDEEL	OMSCHRIJVING	GEREED
1	Software	DWG viewer nog installeren bij alle gebruikers.	4 nov 2013
2	Opslag	Nog de back-up maken van mailboxen (...)	4 nov 2013
3	Mail	De mails met een grote bijlage, die niet mee zijn gegaan met de migratie, alsnog migreren, waarbij de bijlagen met een link loskoppeld worden van de mail. Om hoeveel mails het daadwerkelijk gaat, dient nog te worden opgegeven door Cloudcarrier. In nader overleg zal worden besproken of hier nog een vergoeding voor zal worden betaald en voor welk bedrag.	4 nov 2013

2.5. Op 6 november 2013 is tussen partijen een Service Level Agreement (verder SLA) tot stand gekomen. Op basis van de SLA kon Aedes incidenten melden bij Cloudcarrier door middel van zogenaamde calls. In de overeenkomst staat, voor zover van belang:

Deze Service Level Agreement is aangegaan voor een looptijd van 1 jaar vanaf ingangsdatum. (...)
de mogelijkheid tot tussentijds opzeggen met inachtneming van 1 maand opzegtermijn (...)

7.0 Prijzen, verrekentechniek en voorwaarde

De hieronder weergegeven prijsstelling per maand heeft betrekking op:

- een aanbieding tegen vaste prijs voor het beheer zoals beschreven in deze SLA:

(...)

De dienstenmatrix is als uitgangspunt genomen voor de tariefstelling (...).

In artikel 7 is vervolgens een overzicht opgenomen inhoudende een omschrijving, aantal, tarief, totaal, geschat aantal incidenten per maand en geschatte duur per incident. Het overzicht eindigt in een maandelijks totaal van EUR 524,20. Voorts is omschreven wat niet is begrepen in de maandelijks tariefstelling. Als regulier tarief wordt vermeld: "€ 85 per uur".

2.6. Een e-mail van Aedes aan Cloudcarrier van 5 januari 2014 bevat, voor zover van belang, de volgende tekst:

Het nieuwe jaar is begonnen en ik had jullie nog de lijst van Paul beloofd inzake de huidige situatie van ons systeem met software.

In onderstaande mail zijn deze punten terug te lezen.

Aanvullende op de punten van Paul, nog een paar aanvullingen vanuit mij.

(...)

Omdat we niet veel langer kunnen wachten tot een deugdelijke oplossing, stellen we dat uiterlijk 20 jan 2014 alle in deze mails aangegeven problemen opgelost moeten zijn. Als bedrijf kunnen we niet langer met deze situatie werken.

Wij werkten met windows en hebben daarbij aangegeven dat we dezelfde functionaliteiten zoeken, waarbij onze basis is mail met MS office. Een stabiel systeem. Dus we willen niet oplossingen in de vorm van 'handige apps'. Het moet voor de lange tijd goed functioneren. Totdat de punten goed zijn opgelost, kunnen we helaas geen betalingen doen.

2.7. Een brief van Cloudcarrier aan Aedes van 27 februari 2014 bevat de volgende tekst:

Zoals u wellicht weet heeft Aedes op 6-11-2013 een overeenkomst gesloten met Cloudcarrier (...). Op grond van deze SLA heeft Cloudcarrier reeds diverse werkzaamheden uitgevoerd.

Op basis van de SLA heeft Aedes een maandelijks betalingsverplichting. Aan deze betaalverplichting is tot op heden pas één keer aan voldaan. Nadat wij Aedes hier meerdere malen aan hebben herinnert blijft betaling tot op heden uit. Inmiddels staat er een bedrag open van EUR 5.174,43:

(...)

Vanwege het uitblijven van deze betalingen is Aedes op grond van de gemaakte afspraken in verzuim. (...)

Wij zijn hierdoor genoodzaakt onze verplichtingen die voortvloeien uit de SLA per direct op te schorten, totdat Aedes aan haar volledige betalingsverplichting heeft voldaan.

(...)

Ten slotte merken we op dat wij door de inmiddels verslechterde relatie daarnaast genoodzaakt de volgende overeenkomsten hierbij op te zeggen. Met inachtneming van de geldende opzegtermijn betekent dit dat de volgende overeenkomsten eindigen per onderstaande data:

- “Service Level Agreement” eindigt per 28-03-2014
- “Google Apps overeenkomst” eindigt per 28-09-2014.

2.8. In een brief van Aedes aan Cloudcarrier van 3 maart 2014 staat, voor zover van belang:

In de tussentijd gaan wij ook niet akkoord met de facturen die zijn ingediend (...). Wij zullen niet betalen voor services die ook niet zijn uitgevoerd volgens de SLA. Dit betreft de facturen 20130058, 20130059, 20130074, 20140007. Daarbij geven jullie in jullie overzicht aan dat facturen al vervallen zijn, echter de betaaltermijn die wij contractueel zijn overeengekomen is 30 dagen, daarom zijn de volgende facturen ook niet vervallen: 20140027, 20140028, 20140032. Aangezien wij geen legale licenties hebben voor Google Apps, lijkt het ons bijzonder als we deze wel moeten betalen, dit betreft de factuur 20140011. Tevens is onze schade vele malen groter dan de facturen die nog open staan.

2.9. In de algemene leveringsvoorwaarden van Cloudcarrier (hierna ook de algemene voorwaarden van Cloudcarrier) staat onder meer:

Artikel 13 - Verzuim opdrachtgever

Indien de betaling niet tijdig is verricht, verbeurt de opdrachtgever in verzuim en is Cloudcarrier bevoegd de opdracht en de garantie te schorsen, onverminderd de hem verder toekomende rechten. Nadat de opdrachtgever in verzuim is gekomen, is Cloudcarrier bevoegd zonder nadere ingebrekestelling tot invordering over te gaan van het aan hem verschuldigde bedrag. Alle daaraan verbonden buitengerechtelijke kosten zijn voor rekening van de opdrachtgever tenzij Cloudcarrier verkiest om deze kosten forfaitair te bepalen op 15% van het te vorderen bedrag. Over de tijd dat de opdrachtgever met de betaling in verzuim is geweest, kan Cloudcarrier over het aan hem verschuldigde bedrag rente in rekening brengen. Deze rente is op jaarbasis gelijk aan de wettelijke rente, verhoogd met 2% (...)

3. Het geschil

in conventie

- 3.1. Cloudcarrier vordert dat de rechtbank, bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad,
1. Aedes zal veroordelen om aan Cloudcarrier tegen behoorlijk bewijs van kwijting te betalen:
 - a. een bedrag van EUR 34.635,85, te vermeerderen met de wettelijke handelsrente bedoeld in artikel 6:119a BW plus de contractueel overeengekomen 2% vanaf de dag volgend op de dag die is overeengekomen als de uiterste dag van betaling, althans vanaf het moment van verzuim, althans vanaf het moment van dagvaarden, tot en met de dag van algehele voldoening, althans een door de rechtbank in goede justitie te betalen bedrag,
 - b. Aedes te veroordelen in de kosten van de procedure, te voldoen binnen veertien dagen na de datum van het vonnis en, in het geval voldoening binnen deze

termijn niet plaatsvindt, te vermeerderen met de wettelijke rente over deze kosten, te rekenen vanaf de veertiende dag na de datum van het vonnis tot de dag van algehele voldoening.

3.2. Cloudcarrier voert hiertoe het volgende aan.

3.2.1. Tot verbazing van Cloudcarrier kondigde Aedes begin januari 2014 aan niet meer te willen betalen. Daarop heeft Cloudcarrier uitgelegd dat het uitstel van betaling niet gegrond is en, voor zover daarvan nog geen sprake zou zijn, heeft Cloudcarrier Aedes in gebreke gesteld met de hiervoor in r.o. 2.7 genoemde brief, waarmee ook de nog lopende overeenkomsten zijn opgezegd. Ook na die brief bleef Aedes echter volharden in haar betalingsonwil. Cloudcarrier heeft geprobeerd tot een minnelijke oplossing te komen met Aedes, maar dat is niet gelukt. Aedes heeft 11 facturen niet betaald, van in totaal EUR 5.714,43 inclusief BTW, het betreft volgens Cloudcarrier:

- i. Factuur 20130058 (SLA periode november 2013 (...));
- ii. Factuur 20130059 (SLA periode december 2013 (...));
- iii. Factuur 20130074 (SLA periode januari 2014 (...));
- iv. Factuur 20140002 (Office for Mac 2011);
- v. Factuur 20140007 (SLA februari (...) en nacalculatie voor tickets en SLA iMac/MacBook nacalculatie januari);
- vi. Factuur 20140008 (Uren op nacalculatie t.b.v. nieuwe iMac inrichten in december)
- vii. Factuur 20140009 (formatteren oude computers volgens tickets);
- viii. Factuur 20140011 (Google Apps december; t.b.v. Google Apps licenties per gebruiker, voor back-up, Vault, 20GB seat en 20GB seat november);
- ix. Factuur 20140027 (Google Apps januari; t.b.v. Google Apps licenties per gebruiker, voor back-up Vault, 20GB seat);
- x. Factuur 20140028 (SLA periode maart (...) en nacalculatie); en
- xi. Factuur 20140032 (Nacalculatie voor Support buiten SLA).

3.2.2. Cloudcarrier voert voorts aan. Artikel 12 van de algemene voorwaarden van Cloudcarrier bepaalt dat betalingen binnen 30 dagen na factuurdatum op de rekening van Cloudcarrier bijgeschreven moeten zijn. Verder volgt uit artikel 13 van de algemene voorwaarden van Cloudcarrier dat Aedes direct in verzuim is nadat de betalingstermijn wordt geschonden. Het verzuim is daardoor in ieder geval ontstaan per 13 december 2013 (de vervaldatum van factuurnummer 20130058). Bovendien is Aedes in verzuim door de eigen mededeling van 5 januari 2014 genoemd in r.o. 2.6. Het verzuim is nadien niet gezuiverd. Het bepaalde in artikel 13 van de algemene voorwaarden van Cloudcarrier is ook overigens van toepassing. Op grond van artikel 6:74 Burgerlijk Wetboek (BW) pleegt Aedes wanprestatie. Vanwege deze wanprestatie is Aedes verplicht tot het vergoeden van de schade die Cloudcarrier daardoor lijdt.

3.2.3. In dat kader voert Cloudcarrier het navolgende aan:

Vanwege de niet-betaling heeft Cloudcarrier tevens de volgende schade geleden (...):

- a. Geleden verlies, ten bedrage van EUR 1331,- inclusief BTW vanwege de betaalde ticket systeem licenties;
- b. Gederfde winst, ten bedrage van EUR 1771,44 inclusief BTW vanwege de resterende Google Apps licenties welke nu niet meer afgenomen worden;

- c. Kosten ter voorkoming of beperking van schade, welke bestaan uit EUR 490,05 aan eigen kosten voor het gesprek bij Aedes op locatie d.d. 21 oktober 2013 en EUR 490,05 aan eigen kosten voor het gesprek bij Aedes op locatie d.d. 7 januari 2014. Tevens is er tot op heden minimaal 152 uur besteedt aan e-mailcorrespondentie ter voorkoming of beperking van schade, welke op basis van een uurtarief van EUR 85,- (exclusief BTW) neerkomt op EUR 15.633,20 inclusief BTW. Totaal kosten ter voorkoming of beperking van schade: EUR 16.613,30;
- d. Kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid, waaronder de eigen kosten voor het opmaken van onbetaalde facturen ad EUR 1131,35 inclusief BTW; voor het opmaken en versturen van herinneringen EUR 205,70 inclusief BTW; het inventariseren en ordenen van e-mails voor bewijs EUR 2057,- inclusief BTW; het inventariseren en ordenen van support tickets ten behoeve van bewijs: EUR 822,80 inclusief BTW; het bestuderen van de lopende contracten en voorwaarden: EUR 1645,60 inclusief BTW; het opmaken van het dossier voor inzet van advocaat: EUR 205,70 inclusief BTW; het beoordelen van de rechtspositie door de advocaat EUR 484,- inclusief BTW; en kosten voor het bespreken van de rechtspositie met de advocaat EUR 411,40 inclusief BTW. Totaal aan kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid: EUR 6963,55 inclusief BTW;
- e. Kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte: kosten voor het opstellen en het versturen van de ingebrekestelling EUR 747,78 inclusief BTW; kosten voor de check van de advocaat op de ingebrekestelling: EUR 121,-; kosten voor de check op het schikkingsvoorstel door de advocaat: EUR 121,-; kosten voor diverse correspondentie met hulp van advocaat: EUR 1.210,-, inclusief BTW, kosten voor het bezoek door de deurwaarder EUR 42,35 inclusief BTW. Totaal aan kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte: EUR 2.242,13 inclusief BTW.
Totaal: EUR 34.635,85, e.e.a. te vermeerderen met de wettelijke handelsrente ex art. 6:119a BW, plus de contractueel overeengekomen 2%.

3.3. Het verweer van Aedes strekt ertoe dat de rechtbank Cloudcarrier in haar vorderingen niet-ontvankelijk zal verklaren, althans haar deze zal ontzeggen en Cloudcarrier, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, zal veroordelen in de kosten. Aedes voert daartoe (samengevat) het volgende aan.

3.3.1. Voor facturen die verband houden met de SLA hoeft Aedes niet te betalen omdat zij niet verplicht is te betalen voor service die niet is verleend; de oplossingen die zijn geboden voor de vragen van Aedes hebben nooit tot een werkbare situatie geleid. Voor facturen die verband houden met de Google Apps overeenkomst hoeft Aedes niet te betalen omdat Cloudcarrier onbruikbare licenties heeft geleverd aan Aedes, te weten een "Office home & student" versie. Aedes ziet verder niet in waarom het formatteren van oude computers niet onder de SLA zou vallen, daarom is factuur 20140009 ten onrechte verstuurd. Aanvullende werkzaamheden zouden pas worden uitgevoerd na goedkeuring van Aedes; factuur 20140032 voor "nacalculatie voor support buiten de SLA" is daarom niet verschuldigd. Aedes heeft met enige verbazing kennis genomen van het feit dat Cloudcarrier de rekeningen van in totaal EUR 5.714,43 inclusief BTW opgehoogd heeft tot een bedrag van EUR 34.635,85. De schade is niet toewijsbaar. Aedes heeft op goede gronden haar betalingsverplichting kunnen opschorten, aldus steeds Aedes.

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

in reconventie

3.5. Aedes vordert dat de rechtbank bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad,

- (i) Primair: Cloudcarrier zal veroordelen tot voldoening van een bedrag van EUR 10.777,06 wegens schade te vermeerderen met BTW, het bedrag inclusief BTW te vermeerderen met de wettelijke rente met ingang van de dag van dagtekening van de conclusie van eis in reconventie tot aan de dag van algehele voldoening.
- (ii) Subsidiair: De overeenkomsten die verband houden met de Migratie en de SLA te ontbinden.
- (iii) Meer subsidiair: Cloudcarrier te veroordelen tot afgifte aan Aedes van de inloggegevens en wachtwoorden die verband houden met de Migratie.
- (iv) Alsmede Cloudcarrier te veroordelen in de kosten van het geding.

3.6. Aedes legt het volgende aan haar vorderingen ten grondslag.

3.6.1. Aedes heeft een vordering tot schadevergoeding op grond van wanprestatie op Cloudcarrier. Alle tekortkomingen zijn te herleiden tot het niet goed uitvoeren door Cloudcarrier van de Migratie. De schade die Aedes heeft geleden bestaat volgens Aedes uit de volgende componenten:

- (a) Kosten derden
Het laten uitvoeren van de Tweede Migratie door een derde. De offerten van Devoteam die zijn overgelegd (...) bedragen tezamen inmiddels EUR 4.666,06.
- (b) Niet legale Google Apps licentie
Deze kosten bedragen EUR 423,50.
- (c) Interne uren
Aedes heeft alle uren bijgehouden die zij intern heeft besteed aan het oplossen van de problemen die het optreden van Cloudcarrier heeft veroorzaakt. Het gaat daarbij om 10,5 uren in 2013 en 23,5 uren in 2014. Vervolgens is weer 11,5 uur besteed aan de Tweede Migratie. Deze uren zijn toe te rekenen aan de wanprestatie van Cloudcarrier. Als intern uurtarief rekent Aedes EUR 125,00. Aedes heeft deze uren van haar medewerkers niet kunnen inzetten voor nuttige projecten en daarmee een omzet van $45,5 \times \text{EUR } 125,- = \text{EUR } 5687,50$ misgelopen. Dat vordert zij nu als schade.

3.6.2. Subsidiair vordert Aedes de overeenkomsten die verband houden met de Migratie en de SLA te ontbinden.

3.6.3. Meer subsidiair stelt Aedes dat zij nog steeds ertegenaan loopt dat er (beheerders)wachtwoorden missen.

3.7. Het verweer van Cloudcarrier strekt ertoe dat de rechtbank bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, primair Aedes haar vorderingen zal ontfeggen, althans deze zal afwijzen en subsidiair (ten aanzien van de primaire vordering van Aedes) de schade op nihil zal begroten, althans (ten aanzien van de subsidiaire vordering van Aedes) zal bepalen dat de waard vergoedingsplicht nihil is en dat Aedes (als teruggaveplicht) de hoogte van de facturen van Cloudcarrier dient te vergoeden althans (ten aanzien van de meer subsidiaire vordering van Aedes) dat de rechtbank zal verklaren dat Cloudcarrier pas gehouden is tot afgifte na beëindiging van de Google Apps overeenkomst en na nakoming

van alle betalingsverplichtingen door Aedes, alles met veroordeling van Aedes in de kosten van de procedure. Cloudcarrier voert daartoe (samengevat) het volgende aan.

3.7.1. Cloudcarrier betwist dat zij in verzuim is geraakt. Er was voor de Migratie weliswaar een fatale termijn van 30 september 2013 overeengekomen, maar partijen zijn overeengekomen om deze te laten vervallen, door een tekortkoming aan de zijde van Aedes. Met instemming van Aedes is Cloudcarrier na 30 september 2013 doorgegaan met haar werkzaamheden aan de Migratie. Vervolgens zijn partijen op 14 oktober 2013 een "opleverdocument" overeengekomen waarin vermeld is dat de gebreken uiterlijk voor 4 november 2013 dienden te worden verholpen door Cloudcarrier. Cloudcarrier heeft volledig aan haar verplichtingen voldaan. Voor zover er toch nog een tekortkoming zou zijn, is deze niet aan Cloudcarrier toe te rekenen. Bovendien was geen sprake van een blijvende onmogelijkheid omdat herstel mogelijk was, terwijl geen redelijke termijn voor de nakoming is gegeven. De schade is blijkens de algemene voorwaarden van Cloudcarrier uitgesloten. Aan Aedes komt geen opzeggings- of ontbindingsbevoegdheid toe.

3.7.2. De kosten van Devoteam komen niet voor vergoeding in aanmerking. De Migratie van Devoteam betreft geen vervangende migratie, maar een geheel nieuwe Migratie naar een geheel nieuw platform. Bovendien is gemigreerd vanuit Google Apps, hetgeen betekent dat de door Cloudcarrier daartoe verrichte Migratie klaarblijkelijk succesvol is geweest. Dat Aedes nu werkt met Microsoft Outlook (een onderdeel van Microsoft Office 365) is haar eigen (persoonlijke) voorkeur. Destijds is expliciet gekozen voor Apple Mail en juist niet voor Outlook.

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

4. De beoordeling

in conventie - facturen

4.1. Weliswaar stelt Cloudcarrier in haar processtukken dat zij op grond van artikel 6:87 BW schadevergoeding vordert in plaats van nakoming, maar zo is het petitum van haar dagvaarding niet ingericht. De rechtbank neemt het petitum voor de facturen tot uitgangspunt. Dit stuit niet op bezwaren nu Aedes de rechtsstrijd ook op deze wijze heeft opgevat. De rechtbank zal - uit proceseconomisch oogpunt - eerst onderzoeken of de gefactureerde bedragen in principe toewijsbaar zijn. Verwezen zij naar de stellingen van Cloudcarrier vermeld in r.o. 3.2.1; voor de categorisering van de facturen is aansluiting gezocht bij de stellingen van Aedes.

Facturen verband houdende met de SLA

4.2. Cloudcarrier heeft onvoldoende gemotiveerd bestreden gesteld dat deze facturen onder meer zien op de vaste maandelijkse prijs voor het beheer onder de SLA (vermeld in r.o. 2.5), vermeerderd met BTW. Aedes kon tegen deze achtergrond tegenover de stellingen van Cloudcarrier niet volstaan met de stelling dat Aedes deze facturen niet hoeft te betalen omdat (vermeende) gebreken niet in het kader van de service zijn hersteld en tickets wel zijn gesloten, maar de werkzaamheden niet succesvol waren. Haar bezwaar tegen factuur 20140007 is tegenover de stellingen van Cloudcarrier ter comparitie onvoldoende nader onderbouwd. De gefactureerde bedragen zijn daarom in principe toewijsbaar.

Facturen verband houdende met de Google Apps overeenkomst

4.3. Aedes voert aan dat zij onbruikbare licenties heeft ontvangen voor de Google Apps zodat zij deze facturen niet hoeft te betalen. Cloudcarrier stelt daartegenover dat alleen de "Microsoft Office voor MAC Thuisgebruik & Studenten 2011" licentie niet geschikt was voor Aedes. Ter comparitie heeft Aedes dit niet langer bestreden. Cloudcarrier heeft (onvoldoende gemotiveerd bestreden) aangevoerd dat het Office-pakket geen onderdeel uitmaakte van de Google Apps overeenkomst. Aedes heeft tegenover de stellingen van Cloudcarrier haar verweer dat zij de facturen voor de Google Apps overeenkomst niettemin niet hoeft te betalen onvoldoende concreet gemaakt. De enkele omstandigheid dat zij problemen stelt te ondervinden met de Google Apps is daartoe onvoldoende. De gefactureerde bedragen zijn daarom in principe toewijsbaar.

Niet gecategoriseerde facturen

4.4. Van factuur 20140002 heeft Aedes erkend dat deze in principe moet worden voldaan. In antwoord op het verweer van Aedes tegen factuur 20140009 heeft Cloudcarrier onder verwijzing naar productie 11.VIII aangevoerd dat over het formatteren van oude computers uitdrukkelijk prijsafspraken zijn gemaakt. Ter comparitie heeft Aedes dit erkend. De beide gefactureerde bedragen zijn daarom in principe toewijsbaar. Met betrekking tot factuur 20140032 "Nacalculatie voor Support *buiten SLA*" (cursivering rechtbank) heeft Cloudcarrier gesteld dat deze werkzaamheden niet onder de SLA vallen maar op basis van meerwerk verschuldigd zijn. De rechtbank heeft niet kunnen herleiden welk meerwerk precies is verricht, noch dat Aedes daarmee heeft ingestemd. Het bedrag van factuur 20140032 (EUR 411,40 inclusief BTW) is daarom niet toewijsbaar.

Voorts in conventie - opschorting - alsmede in reconventie

4.5. Uit het voorgaande volgt dat de facturen van Cloudcarrier tot een bedrag van (EUR 5.714,43 minus 411,40 =) EUR 5.303,03 inclusief BTW in principe toewijsbaar zijn. Aedes beroept zich echter op een opschortingsrecht. De rechtbank zal daarom thans onderzoeken of dit gerechtvaardigd is. Verwezen zij naar de in r.o. 3.6.1 gememoreerde stellingen, die niet alleen aan de eis in reconventie maar ook aan het beroep op opschorting ten grondslag zijn gelegd.

Niet legale Google Apps licentie

4.6. Aedes voert aan dat zij onbruikbare licenties heeft ontvangen voor de Google Apps. Cloudcarrier stelt dat het de "Microsoft Office voor MAC Thuisgebruik & Studenten 2011" licentie was die ongeschikt was voor Aedes. Ter comparitie heeft Aedes dit niet langer bestreden. Cloudcarrier stelt dat de desbetreffende software weliswaar niet geschikt was, maar dat Aedes zelf de licentievoorwaarden ten aanzien van het gebruik van deze software heeft geaccepteerd. Bovendien heeft Cloudcarrier Aedes direct aangeboden het gebruik van deze software te staken, waarna Cloudcarrier het volledige aankoopbedrag zou restitueren. Aedes wenste de licenties echter nog te gebruiken totdat de nieuwe Migratie gereed zou zijn en heeft daarmee het gebruik aan zichzelf te wijten, aldus steeds Cloudcarrier. Aedes heeft tegenover dit verweer van Cloudcarrier haar stellingen niet nader toegelicht. Daardoor kan de rechtbank niet tot de conclusie komen dat Aedes in dit verband een beroep op opschorting toekomt.

Kosten derden

4.7. Aedes stelt dat zij kosten heeft gemaakt omdat zij Devoteam de opdracht heeft gegeven een Tweede Migratie uit te voeren, nu naar Microsoft Office 365. Hierover wordt als volgt geoordeeld. Cloudcarrier heeft (onvoldoende weersproken) aangevoerd dat de Tweede Migratie heeft plaatsgevonden vanuit de door Cloudcarrier gecreëerde omgeving. Nu bovendien vaststaat dat Cloudcarrier niet de opdracht heeft gekregen om (direct) te migreren naar Microsoft Office 365, noch is komen vast te staan dat de door Cloudcarrier verrichte Migratie naar objectieve maatstaven ongeschikt was voor Aedes, kan de rechtbank niet tot de conclusie komen dat Aedes in dit verband een beroep toekomt op opschorting.

Interne uren

4.8. Aedes stelt alle uren te hebben bijgehouden die zij intern heeft besteed aan het oplossen van door Cloudcarrier in het kader van de Migratie veroorzaakte problemen. Cloudcarrier heeft gemotiveerd betwist dat zij op dit punt aansprakelijk is. De rechtbank stelt voorop dat de Migratie is opgeleverd (zie r.o. 2.3), waardoor een nieuwe rechtstoestand tussen partijen is ontstaan. Weliswaar stelt Aedes dat er nog een groot aantal problemen bestond waarvoor Cloudcarrier aansprakelijk is, maar die stelling strookt niet met de inhoud van het Proces Verbaal van oplevering van 10 oktober 2013 waarin staat dat de Migratie is "opgeleverd conform het gestelde in de opdracht", behoudens de in artikel 3 genoemde gebreken. De rechtbank volgt in dit kader de (onvoldoende weersproken) stelling van Cloudcarrier dat de lijst met punten, genoemd in een bijlage bij de e-mail waarmee het Proces Verbaal van oplevering is verzonden, geen onderdeel uitmaakt van het Proces Verbaal van oplevering en geen gebreken behelst waarvoor Cloudcarrier aansprakelijk werd gehouden. De stelling van Aedes dat de gebreken, opgesomd in het stuk dat wel een bijlage bij het Proces Verbaal van oplevering is (zie r.o. 2.4), niet uiterlijk vóór 4 november 2013 tot haar genoegen waren verholpen, wordt bij gebreke van een nadere toelichting gepasseerd nu deze stelling niet strookt met de houding van Aedes van dat moment. Aedes heeft na de oplevering immers volledig aan haar betalingsverplichting uit de Apple migratie overeenkomst voldaan en op 6 november 2013 is tussen partijen de SLA tot stand gekomen (derhalve twee dagen na 4 november 2013), hetgeen niet voor de hand ligt als Aedes van mening was dat Cloudcarrier niet (deugdelijk) had gepresteerd. Ook voor zover naar de mening van Aedes sprake was van gebreken zoals omschreven in artikel 4 van het Proces Verbaal van oplevering heeft zij haar stellingen onvoldoende onderbouwd. Daarom kan in het midden blijven wat het gevolg is van de omstandigheid dat niet is gebleken dat Aedes Cloudcarrier in de gelegenheid heeft gesteld dergelijke (vermeende) gebreken binnen een redelijke termijn weg te nemen voordat zij zelf te laat was met de betaling van factuur 20130058.

Voorts in conventie - rente

4.9. Uit het hetgeen hiervoor is overwogen, volgt dat het beroep op opschorting faalt en dat de factuurbedragen voldaan hadden moeten worden, met uitzondering van factuur 20140032. Daarom zal nu worden onderzocht in hoeverre de gevorderde rente toewijsbaar is. Verwezen zij naar de in r.o. 3.2.2 weergegeven stellingen van Cloudcarrier die hier niet steeds worden herhaald.

4.10. Ten aanzien van de factuurbedragen, die voortvloeien uit een handelsovereenkomst, is de wettelijke handelsrente toewijsbaar. Aedes voert aan dat - als daarbij al een verhoging van 2% gerechtvaardigd zou zijn - dit alleen mogelijk is met

betrekking tot de facturen die zien op de voldoening van de verplichtingen onder de Google Apps overeenkomst omdat alleen op die overeenkomst de algemene voorwaarden van Cloudcarrier van toepassing zijn. Daarom moet worden bepaald of juist is dat, zoals Cloudcarrier stelt, haar algemene voorwaarden (die onbetwist op de Google Apps overeenkomst van toepassing zijn) ook voor de SLA gelden. Bij de beantwoording van de vraag of de algemene voorwaarden van toepassing zijn, dienen de maatstaven te worden aangelegd die in het algemeen gelden bij de totstandkoming van overeenkomsten. De toepasselijkheid van algemene voorwaarden kan aldus worden aangenomen indien zij door de gebruiker is voorgesteld en door de wederpartij is aanvaard, waaronder begrepen het geval dat de wederpartij het gerechtvaardigd vertrouwen heeft gewekt met de toepasselijkheid in te stemmen. Deze aanvaarding of schijn van aanvaarding kan ook uit een stilzwijgen van de wederpartij worden afgeleid.

4.11. Hiervoor is al vastgesteld dat de algemene voorwaarden van Cloudcarrier op de Google Apps overeenkomst van toepassing zijn. In deze algemene voorwaarden (aanhef en in artikel 1) is geregeld dat zij van toepassing zijn op (samengevat) alle tussen Cloudcarrier en haar opdrachtgever gesloten overeenkomsten. Gesteld noch gebleken is dat voor de (daarna) tot stand gekomen SLA van dit uitgangspunt is afgeweken. Daarom is de rechtbank van oordeel dat de algemene voorwaarden van Cloudcarrier ook voor de SLA gelden. Dat betekent dat over het aan Cloudcarrier verschuldigde bedrag rente in rekening kan worden gebracht, welke op jaarbasis gelijk is aan de wettelijke handelsrente, verhoogd met 2%. De rente is daarmee toewijsbaar op de wijze als in het dictum vermeld.

Voorts in conventie - schadevergoedingsplicht

4.12. Omdat het beroep op opschorting faalt, zal nu de door Cloudcarrier gevorderde schade worden onderzocht. Verwezen zij naar de in r.o. 3.2.3 weergegeven stellingen van Cloudcarrier, die hier niet steeds worden herhaald.

Geleden verlies ten bedrage van EUR 1.331,- inclusief BTW vanwege de betaalde ticket systeem licenties

4.13. Cloudcarrier stelt dat de kosten voor het ticketsysteem als schadepost voor vergoeding in aanmerking komen omdat Aedes geen facturen meer heeft betaald. Het betreft de licentiekosten die Cloudcarrier voor door haar gebruikte software moet betalen, aldus Cloudcarrier. Aedes voert aan dat een voldoende onderbouwing van het geleden verlies ontbreekt. Het komt haar bovendien onredelijk voor dat zij voor deze kosten moet betalen; verwacht mag worden dat deze kosten al zijn verdisconteerd in de prijs van de producten en services van Cloudcarrier die bij haar in rekening zijn gebracht, aldus Aedes. De rechtbank is van oordeel dat Cloudcarrier - gelet op het verweer van Aedes - haar stellingen nader had moeten onderbouwen. Dat geldt in het bijzonder nu de facturen van Cloudcarrier (die betrekking hebben op de periode tot eind februari 2014) op grond van onderhavig vonnis grotendeels alsnog door Aedes moeten worden betaald, terwijl Cloudcarrier de overeenkomst zelf heeft opgezegd tegen 28 maart 2014 (zie r.o. 2.7) en daarmee zelf heeft bewerkstelligd dat deze kosten in de periode na de opzegging niet (verder) kunnen worden terugverdiend. Deze kostenpost wordt daarom afgewezen.

Gederfde winst van EUR 1.771,44 inclusief BTW vanwege de resterende Google Apps licenties

4.14. Cloudcarrier stelt dat de gederfde winst is gebaseerd op de eerdere aan Aedes verzonden facturen voor de Google Apps van EUR 221,43 per maand. Nu de Google Apps overeenkomst tegen 28 september 2014 is opgezegd, heeft Cloudcarrier nog aanspraak op (8 x EUR 221,43 =) EUR 1.771,44, aldus Cloudcarrier. Aedes voert aan dat een nadere onderbouwing van de gederfde winst ontbreekt. Voor het overige verwijst zij naar haar verweer tegen de schadepost vanwege de betaalde ticket systeem licenties. De rechtbank is van oordeel dat onderhavige schadepost uit hoofde van vervangende schadevergoeding toewijsbaar is omdat Aedes niet heeft bestreden dat de Google Apps overeenkomst nog tot 28 september 2014 een maandelijkse betalingsverplichting van EUR 221,43 meebracht voor Aedes. Tegen die achtergrond had Aedes haar verweer nader moeten onderbouwen.

Kosten ter voorkoming of beperking van schade van EUR 16.613,30

4.15. Aedes voert aan dat onduidelijk is waar de door Cloudcarrier gevorderde vergoeding van de kosten voor de gesprekken van 21 oktober 2013 en 7 januari 2014 op is gebaseerd. Ook de (minimaal) 152 uur tegen een tarief van EUR 85,00 per uur aan e-mailcorrespondentie bestede tijd kan Aedes niet herleiden. Een nadere onderbouwing van deze uren ontbreekt volledig, aldus Aedes. De rechtbank is van oordeel dat deze schadepost niet toewijsbaar is bij gebreke van een voldoende onderbouwing. De enkele stelling dat gesprekken zijn gevoerd en 152 e-mails zijn verstuurd naar Aedes waarin is gediscussieerd over betalingen, services en dienstverlening is daartoe onvoldoende. Voor deze kosten, die niet kunnen worden aangemerkt als kosten om tot invordering over te gaan zoals bedoeld in artikel 13 van de algemene voorwaarden van Cloudcarrier, geldt dat alleen redelijke kosten voor vergoeding in aanmerking komen (artikel 6:96 BW). Zonder nadere onderbouwing (die ontbreekt) kan door de rechtbank niet worden vastgesteld dat deze kosten redelijk waren.

Kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid van EUR 6.963,55 inclusief BTW

4.16. Aedes voert aan dat het gevorderde bedrag niet voldoende is onderbouwd en in geen verhouding staat tot de oorspronkelijke vordering van EUR 5.714,43. De rechtbank is van oordeel dat deze schadepost niet voor vergoeding in aanmerking komt. Evenals in r.o. 4.15 is overwogen, geldt ook voor deze kostenpost dat alleen redelijke kosten voor vergoeding in aanmerking komen. Zonder nadere onderbouwing (die ontbreekt) niet kan worden vastgesteld dat deze kosten redelijk zijn geweest.

Kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte van EUR 2.242,13 inclusief BTW

4.17. Aedes voert aan dat voor deze vordering elke onderbouwing ontbreekt. Daarnaast wijst zij op het Besluit vergoeding voor buitengerechtelijke incassokosten waarin de vergoeding voor onderhavige zaak is gemaximeerd tot EUR 733,14, aldus Aedes. De rechtbank neemt in aanmerking dat Cloudcarrier haar schade heeft onderbouwd met een aantal nota's en specificaties van haar advocaat. Daaruit kan de rechtbank zonder nadere toelichting (die ontbreekt) echter niet afleiden in hoeverre andere kosten worden opgevoerd dan kosten waarop krachtens artikel 241 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering de regels betreffende de proceskosten van toepassing zijn. Bij gebreke van een ander aanknopingspunt kan de rechtbank in onderhavig geval daarom slechts aansluiten bij het forfaitaire percentage van 15% uit artikel 13 van de algemene voorwaarden van Cloudcarrier. Toegepast op de toewijsbare factuurbedragen is derhalve EUR 795,45 toewijsbaar.

Wettelijke handelsrente ex artikel 6:119a BW, plus de contractueel overeengekomen 2%

4.18. Anders dan in r.o. 4.10 en r.o. 4.11 gaat het thans niet om (rente over) factuurbedragen, maar om een verplichting tot schadevergoeding. De rechtbank onderschrijft de stelling van Aedes dat de wettelijke handelsrente niet ziet op het geval dat sprake is van een verplichting tot schadevergoeding. De contractuele verhoging van 2% is naar oordeel van de rechtbank ten aanzien van de toegewezen schadeposten evenmin toewijsbaar, nu de algemene voorwaarden van Cloudcarrier voor een andersluidend oordeel geen aanknopingspunt bieden. De rechtbank leest het petitum van de dagvaarding aldus dat in het meerdere het mindere besloten ligt en zal, bij gebreke van een ander passend aanknopingspunt, de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW toewijzen met ingang van de datum van dit vonnis.

Voorts in conventie - proceskosten

4.19. Aedes zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De rechtbank ziet aanleiding het salaris advocaat te begroten op basis van het in totaal in hoofdsom toegewezen bedrag. De kosten aan de zijde van Cloudcarrier worden aldus begroot op:

- dagvaarding	EUR	77,52
- griffierecht		1.892,00
- salaris advocaat		768,00 (2 punten × tarief EUR 384)
Totaal	EUR	2.737,52

In reconventie

4.20. Uit hetgeen hiervoor in r.o. 4.5 - 4.8 is overwogen en beslist volgt dat de primaire vordering in reconventie niet toewijsbaar is. Datzelfde geldt voor de subsidiaire vordering; bovendien zijn de Google Apps overeenkomst en de SLA inmiddels door de opzegging en nadien verstreken tijd geëindigd. Tegen de meer subsidiaire vordering heeft Cloudcarrier - onder meer - aangevoerd dat er geen grondslag is voor afgifte van inloggegevens en dat Aedes bij deze gegevens (kort gezegd) geen belang meer heeft. Aedes heeft haar vordering vervolgens niet nader onderbouwd, zodat deze bij gebreke van een voldoende onderbouwing wordt afgewezen.

4.21. Aedes zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. In de omstandigheid dat de beslissing in reconventie voortvloeit uit de beslissing in conventie ziet de rechtbank aanleiding de proceskosten van Cloudcarrier in reconventie te begroten op nihil.

5. De beslissing

De rechtbank

in conventie

5.1. veroordeelt Aedes om aan Cloudcarrier te betalen een bedrag van EUR 5.303,03 inclusief BTW, vermeerderd met rente - welke op jaarbasis gelijk is aan de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119a BW verhoogd met 2% - over het toegewezen bedrag vanaf de

dag volgend op de dag die is overeengekomen als de uiterste dag van betaling van de respectieve onderliggende facturen tot de dag van volledige betaling,

1 / 1 5.2. ~~/veroordeelt Cloudcarrier om aan Aedes te betalen/~~ een bedrag van (EUR 1.771,44 plus EUR 795,45 =) EUR 2.566,89 aan schadevergoeding, vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW over dit bedrag met ingang van de datum van dit vonnis tot de dag van volledige betaling,

5.3. veroordeelt Aedes in de proceskosten, aan de zijde van Cloudcarrier tot op heden begroot op EUR 2.737,52, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW over dit bedrag met ingang van de veertiende dag na de datum van dit vonnis tot de dag van volledige betaling,

5.4. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad,

5.5. wijst het meer of anders gevorderde af,

in reconventie

5.6. wijst de vorderingen af,

5.7. veroordeelt Aedes in de proceskosten, aan de zijde van Cloudcarrier tot op heden begroot op nihil.

Dit vonnis is gewezen door mr. M.M. Korsten - Krijnen en in het openbaar uitgesproken op 17 december 2014.



1 / 1 veroordeelt Aedes om aan Cloudcarrier te betalen 

Doorhaling en invoeging conform herstellvonnis van 14 januari 2015.



UITGEGEVEN VOOR GROSSE
De griffier van de
Rechtbank Amsterdam