

RCR 2016/15: Overeenkomst en derden. Levert een toerekenbare tekortkoming in verhouding tot (een failliete) dochtermaatschappij een onrechtmatige...

Instantie:	Hof Arnhem-Leeuwarden	Datum:	3 november 2015
Magistraten:	Mrs. N.A. Baarsma, H.E. de Boer, C.J.H.G. Bronzwaer	Zaaknr:	200.145.412/01
Conclusie:	-		
Noot:	-	Roepnaam:	-
Brondocumenten:	ECLI:NL:GHARL:2015:8309, Uitspraak, Hof Arnhem-Leeuwarden, 03-11-2015		
Wetgang:	Art. 3:310, 6:74, 6:162, 7:23 lid 2 BW		
Brondocument:	Hof Arnhem-Leeuwarden, 03-11-2015, nr. 200.145.412/01		

Essentie

Overeenkomst en derden. Wanprestatie. Verjaring vordering.

Levert een toerekenbare tekortkoming in verhouding tot (een failliete) dochtermaatschappij een onrechtmatige daad op jegens moedermaatschappij?

Samenvatting

Swentibold GmbH had een in Nederland gevestigde dochtermaatschappij: Swentibold B.V. (hierna Swentibold). Swentibold nam diverse producten, waaronder kabelbeschermingsbuizen (hierna: buizen), af van Dyka). Swentibold is op 10 maart 2009 failliet verklaard. Daarvoor was Swentibold in 2008 al eens geconfronteerd met (geur)klachten over de door Dyka geleverde buizen. Ook Swentibold GmbH is door een onderaannemer van haar, WPTEC GmbH (hierna: WPTEC), in 2010 geconfronteerd met dezelfde klachten over buizen van Dyka. WPTEC is vanwege die klachten ook door een eindgebruiker van de buizen aansprakelijk gesteld en gedagvaard. WPTEC heeft Swentibold GmbH vervolgens in vrijwaring opgeroepen. Swentibold GmbH is in de gevoegde procedure veroordeeld tot betaling van schadevergoeding aan de eindgebruiker. Naar aanleiding daarvan heeft Swentibold GmbH bij brief aan Dyka van 19 oktober 2010 alle betalingen aan Dyka opgeschort en haar eerst bij brief van 10 december

2012 aansprakelijk gesteld. In de daarop volgende procedure heeft de rechtbank de vorderingen van Swentibold GmbH jegens Dyka afgewezen.

Hof: Het hof heeft veronderstellenderwijs aangenomen dat Dyka jegens Swentibold toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van haar contractuele verplichtingen. Het hof toetst vervolgens – aan de hand van de in r.v. 6.2 aangehaalde standaardrechtspraak van de Hoge Raad – of wanprestatie door Dyka jegens Swentibold tevens een onrechtmatige daad jegens Swentibold GmbH kan opleveren. Het hof overweegt dat uit de aard van de rechtsverhouding niet volgt dat deze contractverhouding in het rechtsverkeer een schakel is gaan vormen waarmee de belangen van Swentibold GmbH kunnen worden verbonden. In het bijzonder heeft Swentibold GmbH onvoldoende concreet gesteld en onderbouwd dat het voor Dyka kenbaar was dat haar belangen betrokken waren bij de aanschaf van de buizen. De enkele omstandigheid dat facturen aan Swentibold GmbH waren geadresseerd, is daartoe onvoldoende. Daarnaast is niet komen vast te staan dat de buizen bij Swentibold GmbH werden afgeleverd dan wel dat Dyka wist dat de buizen door Swentibold aan Swentibold GmbH werden doorgeleverd. Dat Swentibold en Swentibold GmbH zusterondernemingen zijn en dat Swentibold GmbH belang had bij een correcte uitvoering van de overeenkomst is ontoereikend. Swentibold GmbH heeft onvoldoende onderbouwd op grond waarvan zij erop mocht vertrouwen dat Dyka ook met haar belangen rekening zou houden, dit temeer nu is gesteld noch gebleken dat er voorafgaand aan het faillissement van Swentibold rechtstreeks contact tussen Swentibold GmbH en Dyka heeft plaatsgevonden. Ten overvloede heeft het hof nog overwogen dat de vordering van Swentibold GmbH jegens Dyka is verjaard. De korte verjaringstermijn van twee jaar op grond van art. 7:23 lid 2 BW geldt, ook nu sprake is van een vordering uit onrechtmatige daad (vgl. HR 21 april 2006, [ECLI:NL:HR:2006:AW2585](#)). De gestelde onrechtmatige daad is immers gelegen in de levering van de buizen en tussen de laatste brief van 19 oktober 2009, waarmee Swentibold GmbH haar betalingsverplichtingen heeft opgeschort, en de aansprakelijkstelling van 10 december 2012 is meer dan twee jaar verstreken.

Zie ook

Zie ook:

- HR 20 januari 2012, RCR 2012/22, RAV 2012/32, RVR 2012/34, NJ 2012/59, ECLI:NL:HR:2012:BT7496 (Wierds/Visseren);
- HR 25 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9069, NJ 2008/587 (Vleesmeesters/Alog);
- HR 3 mei 1946, NJ 1946/323 (Staat/Degens);
- Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/518 e.v.;
- W.L. Valk, *T&C Burgerlijk Wetboek*, commentaar op afdeling 4, Boek 6 BW;
- M.M. van Rossum en A.H. Lamers, 'Contractuele vernetwerking in perspectief', *NTHR* 2015, p. 287 (afl. 6).

Wenk

Wenk:

Uitgangspunt blijft dat derden in beginsel geen rechten kunnen ontleen aan een overeenkomst waarbij zijn geen partij zijn. Uitzonderingen op dat uitgangspunt zijn mogelijk. Te denken valt aan bijvoorbeeld het leerstuk van samenhangende overeenkomsten (vgl. de literatuur genoemd onder 'Zie ook'). Een andere uitzondering, die onderwerp is van dit arrest, is dat in bepaalde gevallen een wanprestatie tevens een onrechtmatige daad jegens een derde op kan leveren. In het onder 'Zie ook' genoemde arrest *Staat/Degens* heeft de Hoge Raad zich daarover voor het eerst uitgelaten. De destijds gehanteerde norm was dat sprake moest zijn van een (verkort weergegeven) '*rechtsverhouding die in het rechtsverkeer een schakel is gaan vormen waarmee de belangen van derden kunnen worden verbonden*'. Deze maatstaf, om te beoordelen of de belangen van een derde 'zo nauw zijn betrokken bij de behoorlijke uitvoering van de overeenkomst', dat de contractant, kort gezegd, onrechtmatig jegens die derde handelt, is verfijnd in het onder 'Zie ook' genoemde arrest *Vleesmeester/Alog* (vgl. r.o. 6.2 van het onderhavige arrest). In het bijzonder refereert het hof ook expliciet aan het arrest *Wierds/Visseren* (zie onder 'Zie ook' HR 20 januari 2012, *RCR* 2012/22) waarin de Hoge Raad deze maatstaf heeft toegespitst op de verhouding tussen een onderaannemer en een (particuliere) opdrachtgever. In een dergelijke verhouding ligt het – anders dan in de onderhavige kwestie – (eerder) voor de hand dat de onderaannemer wetenschap heeft dat de opdrachtgever (lees: derde) een belang heeft bij juiste uitvoering van de overeenkomst met de betreffende (hoofd)aannemer. De vordering van Swentibold GmbH faalt ook omdat de vereiste 'kenbaarheid' niet is komen vast te staan. De enkele (gebleken) omstandigheden dat Swentibold GmbH de moedermaatschappij van Swentibold was en de facturen aan Swentibold GmbH waren gericht, zijn naar de mening van het hof onvoldoende. Deze uitspraak bevestigt dat derden niet lichtvaardig rechten kunnen ontleen aan overeenkomsten waarbij zij geen partij zijn. Aan de vereiste kenbaarheid met de belangen van derden bij de uitvoering van de overeenkomst wordt in rechtspraak dan ook zwaar getild.

Partij(en)

Swentibold GmbH, te Selfkant-Millen, Duitsland, appellante, in eerste aanleg: eiseres, hierna:

Swentibold GmbH, adv. mr. J.H.M. Daniëls,

tegen

Dyka B.V., te Steenwijk, geïntimeerde, in eerste aanleg: gedaagde, hierna: Dyka, adv. mr. R. Evers.

Uitspraak

Hof Arnhem-Leeuwarden, locatie Leeuwarden:

1. Het geding in eerste aanleg

In eerste aanleg is geprocedeerd en beslist zoals weergegeven in het vonnis van 18 december 2013 dat de Rechtbank Overijssel, locatie Zwolle, heeft gewezen.

2. Het geding in hoger beroep

2.1 Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding in hoger beroep d.d. 12 maart 2014;
- de memorie van grieven, met twee producties;
- de memorie van antwoord, met twee producties;
- de pleidooien overeenkomstig de pleitnotities van beide partijen.

2.2 Vervolgens hebben partijen arrest gevraagd.

2.3 Swentibold GmbH vordert in hoger beroep dat het vonnis van de rechtbank van 18 december 2013 bij uitvoerbaar bij voorraad verklaard arrest wordt vernietigd en dat haar in eerste aanleg geformuleerde vorderingen alsnog worden toegewezen, met veroordeling van Dyka in de kosten van beide instanties, de nakosten daaronder begrepen.

3. De feiten

- 3.1** De rechtbank heeft in rechtsoverweging 2 (2.1 tot en met 2.10) van het bestreden vonnis de relevante feiten vastgesteld. De grieven 1 en 2 keren zich tegen deze feitenvaststelling, deels met de klacht dat de rechtbank niet alle feiten zoals Swentibold GmbH die had gepresenteerd in het vonnis heeft overgenomen. Het hof overweegt daartoe dat er geen rechtsregel is die de rechter verplicht alle door de ene partij gestelde en door de andere partij erkende of niet weersproken feiten als vaststaand in de uitspraak te vermelden. Het staat de rechter vrij uit de tussen partijen vaststaande feiten die selectie te maken welke hem voor de beoordeling van het geschil relevant voorkomt. Ten aanzien van door de wederpartij betwiste feiten geldt dat deze, als de betwisting voldoende is gemotiveerd, niet onder de vaststaande feiten geschaard mogen worden. De grieven 1 en 2 kunnen niet tot vernietiging van het bestreden vonnis leiden. Het hof zal de feiten, voor zover van belang voor de beoordeling in appel, hierna vaststellen met inachtneming van het voorgaande, waarbij het hof grotendeels heeft geput uit het vonnis waarvan beroep.
- 3.2** Swentibold GmbH houdt zich bezig met (de vervaardiging van) klimaatoplossingen voor woonhuizen en kantoorgebouwen, met plaatbewerking, met dak- en gevelbekleding, met luchtkanaalsystemen en dakafvoersystemen.
- 3.3** Dyka is producent en leverancier van kunststof leidingsystemen, welke voornamelijk worden toegepast in de woning- en utiliteitsbouw en in de grond-, weg- en waterbouw. Dyka maakt onderdeel uit van de Belgische Tessengerlo Group. In Steenwijk is het hoofdkantoor van Dyka Nederland gevestigd, evenals de fabriek waar het grootste deel van de productie plaatsvindt. Daarnaast zijn 19 verkoopfilialen van Dyka verspreid over het hele land gevestigd.
- 3.4** Plaatbewerkingsbedrijf Swentibold B.V. (hierna: Swentibold B.V.), destijds gevestigd te Susteren, was een zusteronderneming van Swentibold GmbH en Swentibold Dak & Gevel B.V. Swentibold B.V. werd op 10 maart 2009 failliet verklaard.
- 3.5** In de jaren 2006 tot en met 2009 nam Swentibold B.V. diverse producten van Dyka af. Swentibold B.V. kocht vooral veel speciedeksels en rode kabelbeschermingsbuizen bij Dyka. Swentibold B.V. plaatste haar bestellingen voornamelijk per telefoon of per fax bij het filiaal van Dyka in Sittard.
- 3.6** In januari 2007 doet de heer A, dga bij Swentibold B.V., bij Dyka navraag naar de mogelijkheid om de rode kabelbeschermingsbuizen toe te passen als luchtleiding in de

woningbouw. Dyka mailde daarop aan de Franse fabrikant van de rode kabelbeschermingsbuizen, X, als volgt (mail van 19 januari 2007, productie 4 bij antwoord):

"We got a question for the use of A in housing. Can it be used for air at a temp. of 15-30 Celsius and pressure of 150 Kpa? Does it give hazardous material to the surrounding?"

X liet weten dat gebruik als luchtleiding geen probleem zou zijn en dat de buizen geen schadelijke stoffen zouden afgeven en wel als volgt:

"As anticipated, there should not be any problem at this level of temperature and pressure. No hazardous material either."

Dyka informeerde Swentibold B.V. dienovereenkomstig. In 2008 nam Swentibold B.V. een grote hoeveelheid rode kabelbeschermingsbuizen af.

- 3.7** In april 2008 maakt Swentibold B.V. melding van een geurprobleem dat was geconstateerd bij een rode kabelbeschermingsbuis. Na deze melding zijn de heren B, filiaalchef bij Dyka te Sittard, en C, rayonmanager Woning- en Utiliteitsbouw bij Dyka, bij Swentibold B.V. langsgegaan om de klacht inzake geuroverlast te bespreken.

- 3.8** Dyka heeft aan Swentibold B.V. een op 24 november 2008 ondertekende 'Verklaring van Conformiteit' afgegeven, welke als volgt luidt:

'Hiermee verklaren wij, D, dat kabelbeschermingsbuizen zoals die door Dyka verkocht worden bedoeld zijn als kabelbeschermingsbuis. Voor andere toepassingen is er altijd een zorgvuldige afweging omtrent uitvoering en eventuele risico's te maken. Het toegepaste materiaal (polyethyleen) is geschikt voor luchttransport. Ieder materiaal heeft uiteraard een specifieke geur, kunststoffen maar ook staal en beton. PE wordt echter ook toegepast als drinkwaterleiding. De geurproblemen waar u over spreekt kunnen op meerdere punten ontstaan maar komen normaal gesproken niet van het gebruikte materiaal. Het kan echter wel zijn dat er verontreiniging in de slang zit die de geur afgeeft (bladeren, vocht, enz.). Er zijn echter nog wel een paar kanttekeningen te maken. De binnenkant is niet helemaal glad dus het geeft extra weerstand en er zou ook enige vuilophoping kunnen ontstaan. Ik weet niet of eventuele statische oplading voor problemen kan zorgen. Dyka BV bezit het kwaliteitsmanagementsysteem ISO 9001. Dit systeemcertificaat wordt door KIWA geaudit volgens NERN-EN-ISO 9001.'

- 3.9** Onderaannemers van Swentibold GmbH hebben door Dyka aan Swentibold B.V. geleverde slangen gebruikt bij de aanleg van diverse door Swentibold GmbH ontwikkelde woonhuisventilatiesystemen, zulks op verschillende adressen bij in Duitsland wonende eindafnemers.

- 3.10** In de loop van 2010 werd één van de onderaannemers van Swentibold GmbH, de firma WPTEC GmbH (hierna te noemen: WPTEC), gedagvaard voor de Duitse rechter door een eindafnemer van een van de woonhuisventilatiesystemen, de heer en mevrouw E (hierna: E). In die procedure werd gesteld dat de 'Flex-Rohre', dat zijn de door Dyka aan Swentibold B.V. geleverde buizen, extreme geuroverlast veroorzaken en daardoor voor een woonhuisventilatiesysteem onbruikbaar zijn. WPTEC heeft Swentibold GmbH '*im Parallelverfahren*' (vrijwaring) betrokken.

Swentibold GmbH had WPTEC inmiddels (voor de Duitse rechter) gedagvaard ter verkrijging van betaling van openstaande facturen verband houdend met de materialen die door Swentibold GmbH aan WPTEC zijn geleverd ter verwerking in het

woonhuisventilatiesysteem van E. WPTEC heeft vervolgens een samenvoeging gevorderd van beide procedures, vergelijkbaar met een vrijwaringsprocedure. Uiteindelijk zijn de vorderingen van Swentibold GmbH jegens WPTEC afgewezen in verband met het feit dat door Swentibold GmbH materialen zijn geleverd die niet voldeden aan de tussen partijen overeengekomen specificaties van de betreffende materialen. Overeengekomen was dat de te leveren materialen geschikt zouden zijn voor de luchttoevoer en luchtafvoer, althans geschikt voor gebruik in een woonhuisventilatiesysteem.

- 3.11 Swentibold GmbH is vervolgens aangesproken tot betaling van de volledige schade geleden door E.
- 3.12 Swentibold GmbH heeft bij brief van 20 juli 2010 het volgende aan Dyka geschreven:
“Naar aanleiding van uw schrijven d.d. 13.07.2010 met betrekking tot openstaande facturen van de firma Dyka BV kunnen wij u het volgende mededelen. Aangezien er een schadeclaim van € 30.000 met betrekking tot door Dyka BV geleverd ondeugdelijk materiaal ligt, zullen wij tot verdere afhandeling van deze zaak alle betalingen aan Dyka BV opschorten.”
- 3.13 Swentibold GmbH heeft bovenstaande brief op 19 oktober 2010 nogmaals per fax aan Dyka gestuurd.
- 3.14 Swentibold GmbH heeft Dyka bij brief van 10 december 2012 aansprakelijk gesteld voor de schade van E.

4. Het geschil en de beslissing in eerste aanleg

- 4.1 Swentibold GmbH heeft in eerste aanleg – kort samengevat – gevorderd Dyka te veroordelen tot betaling van een bedrag van € 52.045,25, vermeerderd met rente en kosten. Zij heeft daaraan primair ten grondslag gelegd dat sprake is van een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de tussen Dyka en Swentibold GmbH (na overname van de contracten met Swentibold B.V.) gesloten koopovereenkomsten ten aanzien van de kabelbeschermingsbuizen. Subsidiair stelt Swentibold GmbH zich op het standpunt dat Dyka onrechtmatig jegens haar heeft gehandeld.
- 4.2 De rechtbank heeft de vorderingen van Swentibold GmbH in het bestreden vonnis afgewezen. Zij heeft daartoe het volgende overwogen. Er is geen sprake van een contractuele verhouding tussen Dyka en Swentibold GmbH, zodat Dyka niet door Swentibold GmbH kan worden aangesproken op grond van wanprestatie. Als er veronderstellenderwijs vanuit wordt gegaan dat Dyka toerekenbaar tekort is geschoten in de uitvoering van de koopovereenkomst(en) met Swentibold B.V., is er nog geen sprake van onrechtmatig handelen van Dyka jegens Swentibold GmbH. Naar het oordeel van de rechtbank heeft Swentibold onvoldoende onderbouwd dat haar belangen als niet-contractuele partij nauw betrokken waren bij een behoorlijke uitvoering door Dyka van de koopovereenkomsten met Swentibold B.V. van de kabelbeschermingsbuizen. Met name is niet, dan wel onvoldoende, onderbouwd op grond waarvan Dyka ten tijde van het sluiten van de koopovereenkomsten tussen Dyka en Swentibold B.V. bekend was met de betrokkenheid van de belangen van Swentibold GmbH.

5. Rechtsmacht en toepasselijk recht

- 5.1 Deze procedure heeft een internationaal karakter, gelet op het feit dat Swentibold GmbH een in Duitsland gevestigde vennootschap is. Het hof stelt voorop dat ambtshalve moet worden getoetst of de Nederlandse rechter bevoegdheid in dit geschil toekomt.

- 5.2 De vraag naar de rechterlijke bevoegdheid moet worden beantwoord aan de hand van de bepalingen van Verordening (EG) nr. 44/2001 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (hierna: Brussel I), nu de vorderingen zijn ingesteld vóór de inwerkingtreding op 10 januari 2015 van Verordening nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken.
- 5.3 Art. 2 Brussel I bepaalt dat partijen die woonplaats hebben in een lidstaat kunnen worden opgeroepen voor gerechten in de desbetreffende lidstaat. Nu Dyka in Nederland is gevestigd, is de Nederlandse rechter derhalve bevoegd om van het onderhavige geschil kennis te nemen.
- 5.4 Vervolgens dient te worden beoordeeld welk recht van toepassing is op de door Swentibold GmbH ingestelde vordering. Het hof overweegt dat Swentibold GmbH aan haar vorderingen ten grondslag legt dat Dyka onrechtmatig jegens haar heeft gehandeld doordat zij toerekenbaar tekort geschoten is in de nakoming van de koopovereenkomst(en) met Swentibold B.V.
- 5.5 De vraag naar het toepasselijk recht ten aanzien van vorderingen die gegrond zijn op een onrechtmatige daad dient te worden beantwoord aan de hand van de Wet conflictenrecht onrechtmatige daad (hierna: WCOD) of, indien de schadeveroorzakende gebeurtenis zich heeft voorgedaan na 11 januari 2009, aan de hand van de Verordening (EG) nr. 864/2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen. In casu heeft de gestelde schadeveroorzakende gebeurtenis, dat wil zeggen de wanprestatie van Dyka, zich voorgedaan in de eerste helft van 2008. De vraag naar het toepasselijk recht moet daarom worden beantwoord aan de hand van de WCOD.
- 5.6 Ingevolge de hoofdregel van art. 3 lid 1 WCOD wordt een verbintenis uit onrechtmatige daad, behoudens rechtskeuze, in beginsel beheerst door het recht van het land waar die daad plaatsvond (*lex loci delicti*). Een rechtskeuze is gesteld noch gebleken. Art. 5 WCOD bepaalt dat, indien een onrechtmatige daad nauw verbonden is met een tussen dader en benadeelde bestaande of gewezen rechtsverhouding, in afwijking van art. 3 WCOD op de verbintenis uit onrechtmatige daad het recht kan worden toegepast dat die andere rechtsverhouding beheerst.
- 5.6 Het hof overweegt dat tussen partijen ter discussie staat waar de gestelde onrechtmatige gedragingen van Dyka hebben plaatsgevonden, in Nederland of in Duitsland. Duidelijk is wel dat de vordering nauw verbonden is met de rechtsverhouding die voortvloeit uit de tussen Dyka en Swentibold B.V. gesloten koopovereenkomst(en). Voor zover de vordering op grond van de hoofdregel van art. 3 WCOD al niet door het Nederlandse recht wordt beheerst, is het hof van oordeel dat de vordering, die uiteindelijk haar grondslag heeft in door Dyka jegens de (Nederlandse) Swentibold B.V. gepleegde wanprestatie, nauw verbonden is met de rechtsverhouding tussen Dyka en Swentibold B.V., hetgeen – gelet op het bepaalde in art. 5 WCOD – (ook) tot toepassing van Nederlands recht leidt.

6. De beoordeling van de grieven

- 6.1 Swentibold GmbH legt in appel aan haar vorderingen ten grondslag dat de door Dyka gepleegde wanprestatie (te weten: levering van buizen aan Swentibold B.V. die niet aan de koopovereenkomst voldeden) een onrechtmatige daad van Dyka jegens haar, Swentibold GmbH, meebrengt. Swentibold GmbH heeft met grieven 3 en 4 het geschil ten aanzien van deze grondslag in volle omvang aan het hof voorgelegd. De grieven zullen gezamenlijk worden

besproken.

- 6.2** Het hof zal er in het onderstaande veronderstellenderwijs vanuit gaan dat Dyka jegens Swentibold B.V. toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van haar contractuele verplichtingen. Dyka handelde daarmee (ook) onrechtmatig jegens Swentibold GmbH indien de belangen van Swentibold GmbH zo nauw zijn betrokken bij de behoorlijke uitvoering van de overeenkomst tussen Dyka en Swentibold B.V., dat Swentibold GmbH schade of ander nadeel kan lijden als een contractant in de uitvoering van de overeenkomst tekortschiet, en de normen – van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt – meebrengen dat die contractant deze belangen dient te ontzien door zijn gedrag mede door die belangen te laten bepalen. Bij de beantwoording van de vraag of dat geval zich hier voordoet moeten de ter zake dienende omstandigheden van het geval betrokken worden, zoals de hoedanigheid van alle betrokken partijen, de aard en de strekking van de desbetreffende overeenkomst, de wijze waarop de belangen van de derde daarbij zijn betrokken, de vraag of deze betrokkenheid voor de contractant kenbaar was, de vraag of de derde erop mocht vertrouwen dat zijn belangen zouden worden ontzien en de vraag in hoeverre het voor de contractant bezwaarlijk was met de belangen van de derde rekening te houden alsmede de aard en de omvang van het nadeel dat voor de derde dreigt (HR 24 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9069 (*Vleesmeesters/Alog*) en HR 20 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT7496 (*Wierds/Vissers*)).
- 6.3** Swentibold GmbH heeft haar betoog dat Dyka in de gegeven omstandigheden onrechtmatig jegens haar heeft gehandeld met name gebaseerd op het feit dat Dyka bekend was met de doorlevering van de kabelbeschermingsbuizen door Swentibold B.V. aan Swentibold GmbH. Dyka leverde de door Swentibold B.V. gekochte buizen namelijk af bij Swentibold GmbH en adresseerde de facturen ook aan Swentibold GmbH. Zodoende gold ook voor Swentibold GmbH dat de geschiktheid van de kabelbeschermingsbuizen voor het bij Dyka bekende gebruiksdoel essentieel was voor de bedrijfsvoering. Dyka heeft dit betoog van Swentibold GmbH gemotiveerd betwist.
- 6.4** Het hof is van oordeel dat hetgeen Swentibold GmbH in dit verband aanvoert ontoereikend is om te kunnen concluderen dat Dyka onrechtmatig jegens haar heeft gehandeld. Bij de weging van de hiervoor onder 6.3 genoemde omstandigheden stelt het hof voorop dat het ging om (een) koopovereenkomst(en) gesloten tussen Dyka en Swentibold B.V. Het hof overweegt dat uit de aard van deze rechtsverhouding, anders dan Swentibold GmbH meent, niet volgt dat deze contractsverhouding in het rechtsverkeer een schakel is gaan vormen waarmee de belangen van derden die aan dit verkeer deelnemen, hier Swentibold GmbH, kunnen worden verbonden. Daarvoor zijn bijkomende omstandigheden vereist. Dergelijke omstandigheden zijn gesteld noch gebleken.
- In het bijzonder heeft Swentibold GmbH naar het oordeel van het hof onvoldoende concreet gesteld en onderbouwd dat het voor Dyka kenbaar was dat haar belangen betrokken waren bij de aanschaf van de kabelbeschermingsbuizen. De enkele omstandigheid dat de facturen aan Swentibold GmbH waren geadresseerd, is daartoe onvoldoende. Daarnaast is niet komen vast

te staan dat de kabelbeschermingsbuizen bij Swentibold GmbH werden afgeleverd dan wel dat Dyka wist dat de kabelbeschermingsbuizen door Swentibold B.V. aan Swentibold GmbH werden doorgeleverd. Dat Swentibold B.V. en Swentibold GmbH zusterondernemingen zijn, zo dat al bekend was bij Dyka, en dat Swentibold GmbH belang had bij een correcte uitvoering van de overeenkomst is ontoereikend om onder de geschetste omstandigheden te kunnen spreken van een voldoende bijzondere omstandigheid, die leidt tot de conclusie dat de belangen van Swentibold GmbH nauw betrokken waren bij de overeenkomst. Ten slotte heeft Swentibold GmbH onvoldoende onderbouwd op grond waarvan zij erop mocht vertrouwen dat Dyka ook met haar belangen rekening zou houden, dit temeer nu is gesteld noch gebleken dat er voorafgaand aan het faillissement van Swentibold B.V. rechtstreeks contact tussen Swentibold GmbH en Dyka heeft plaatsgevonden. Hierop stuit de vordering van Swentibold GmbH af.

6.5 Gelet op het voorgaande kunnen de grieven 3 en 4 geen doel treffen.

Verjaring

- 6.6** Er is een tweede afzonderlijke grond voor bevestiging van het bestreden vonnis. Ook als de grieven van Swentibold GmbH zouden slagen, leidt dit namelijk niet tot vernietiging daarvan. Op grond van de devolutieve werking van het appel dient het hof dan immers (alsnog) alle in eerste aanleg verworpen en/of niet behandelde verweren van Dyka te behandelen. Het hof overweegt daaromtrent als volgt.
- 6.7** Dyka heeft als meest verstrekkend verweer een beroep op verjaring gedaan. Zij stelt dat op de onderhavige vordering de verjaringstermijn van twee jaar op grond van art. 7:23 lid 2 BW van toepassing is. Swentibold heeft betwist dat de vordering is verjaard, nu er sprake is van een vordering uit onrechtmatige daad ter zake waarvan op grond van art. 3:310 BW een verjaringstermijn van vijf jaar geldt.
- 6.8** Het hof overweegt als volgt. Uit art. 7:23 BW vloeit voort dat een rechtsvordering als de onderhavige – die is gebaseerd op de stelling dat de afgeleverde zaken niet beantwoorden aan de overeenkomst – verjaart door verloop van twee jaren na de kennisgeving van de klacht. Zoals blijkt uit HR van 21 april 2006 ([ECLI:NL:HR:2006:AW2585](https://ecli.nl/HR:2006:AW2585)) geldt de korte verjaringstermijn van art. 7:23 lid 2 BW ook, als op de grondslag dat de afgeleverde zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt, (tevens) een rechtsvordering uit onrechtmatige daad wordt gebaseerd.
- 6.9** Naar het oordeel van het hof laten de stukken van het geding geen andere conclusie toe dan dat van de zijde van Swentibold GmbH is gesteld dat de onrechtmatige daad van Dyka is gelegen in de levering aan Swentibold B.V. van kabelbeschermingsbuizen die niet geschikt waren voor luchttransport van gebalanceerde woonhuisventilatiesystemen. Aldus houdt de feitelijke grondslag van de vordering uit onrechtmatige daad in dat de afgeleverde zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt en wordt deze rechtsvordering gelet op het hiervoor onder 6.8 overwogene eveneens beheerst door de verjaringsregel van art. 7:23 lid 2 BW.
- 6.10** Tussen partijen staat vast dat Swentibold GmbH op 1 oktober 2009 schriftelijk aansprakelijk werd gesteld door WPTEC voor de schade van E. Swentibold GmbH heeft vervolgens bij brief van 20 juli 2010 haar eigen verplichtingen jegens Dyka opgeschort, welke brief zij Dyka nogmaals per faxbericht van 19 oktober 2010 heeft toegezonden.

Tussen het faxbericht van 19 oktober 2009 en de brief van 10 december 2012 waarbij Dyka aansprakelijk werd gesteld voor de schade van E heeft geen schriftelijk contact plaatsgevonden, en is de vordering evenmin op andere wijze gestuit. Aldus moet worden geconcludeerd dat de verjaringstermijn ten tijde van de dagvaarding in eerste aanleg was verstreken, hetgeen eveneens in de weg staat aan de toewijzing van de vordering tot schadevergoeding.

De slotsom

De grieven falen, zodat het bestreden vonnis zal worden bekrachtigd.

6.12 Het hof zal Swentibold GmbH als de in het ongelijk te stellen partij in de kosten van het hoger beroep veroordelen. De kosten voor de procedure in hoger beroep aan de zijde van Dyka zullen worden vastgesteld op € 1920 voor griffierecht en € 4893 voor salaris advocaat volgens het liquidatietarief (3 punten in tarief IV).

7. De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep:

- bekrachtigt het vonnis van de Rechtbank Overijssel, locatie Zwolle, van 18 december 2013, waarvan beroep;
- veroordeelt Swentibold GmbH in de kosten van het hoger beroep, tot aan deze uitspraak aan de zijde van Dyka vastgesteld op € 1920 voor griffierecht en op € 4893 voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief;
- verklaart dit arrest, voor zover het de hierin vermelde proceskostenveroordeling betreft, uitvoerbaar bij voorraad.