

van een leveringsweigering zijn de volgende drie omstandigheden van belang: (i) de weigering te leveren kan elke mededinging van de verzoeker op de betrokken markt uitsluiten; (ii) zonder dat hiervoor een objectieve rechtvaardiging bestaat; (iii) terwijl de geweigerde dienst onontbeerlijk is voor de verzoeker in die zin dat er geen reëel of potentieel alternatief bestaat. Bij dit laatste moet rekening worden gehouden met het feit of het al dan niet economisch rendabel is om een tweede thuisbezorgingssysteem op te zetten.

Met andere woorden, het niet verlenen van toegang tot een 'essential facility' levert een misbruik van machtspositie op indien het gebruik van die faciliteiten onontbeerlijk voor diegene die de toegang vraagt. Indien er wel alternatieven bestaan, zelfs al zijn die alternatieven minder aantrekkelijk (vooral financieel-economisch), is het gebruik van die faciliteiten niet onontbeerlijk.

Advertentieruimte, een essential facility?

De NMa oordeelde naar aanleiding van de klacht van Relatieklik.nl dat de advertentieruimte Speurders.nl geen 'essential facility' is voor Relatieklik.nl. Immers, er resten voldoende alternatieven voor Relatieklik.nl waarop zij reclame kan maken voor haar diensten. Telegraaf heeft dus geen verplichting om advertentieruimte aan te bieden aan haar concurrenten.

Noot

1. Conclusie Advocaat-Generaal in de zaak Oscar Bronner vs Mediaprint, www.europa.eu.int

VERZEKERINGS- EN AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT

Mw. mr. M. Keijzer-de Korver, Stadermann Luiten Advocaten, Rotterdam

Subrogatie verzekeraar. Wettelijke rente over uitgekeerde schade.

Verzuim zonder ingebrekestelling (HR 20 oktober 2006, RvdW 2006, 972).

07-005

Inleiding

Sinds de invoering van het Nieuw BW bestond onduidelijkheid over de vraag of een gesubrogeerd schadeverzekeraar, die van een jegens zijn verzekerde aansprakelijke derde naast het uitgekeerde schadebedrag tevens wettelijke rente vorderde, een beroep toekwam op art. 6:83 sub b BW, indien die derde jegens de verzekerde een onrechtmatige daad of wanprestatie had gepleegd. Deze vraag speelde uiteraard met name in die gevallen waarin de gesubrogeerd verzekeraar had nagelaten de derde overeenkomstig art. 6:82 BW in gebreke te stellen bij een schriftelijke aanmaning, waarbij de derde een redelijke termijn werd gesteld voor de betaling van het uitgekeerde schadebedrag. De Hoge Raad heeft in het hier te bespreken arrest van 20 oktober 2006 de betreffende vraag bevestigend beantwoord. De casus was als volgt.

Feiten

Een hoofdaannemer had de opdracht gekregen een waterleiding aan te leggen, welke opdracht hij uitbesteedde aan een onderaannemer. Bij de aanleg van de leiding eind 1989 werd een fout gemaakt, waardoor waterschade optrad. De opdrachtgever dagvaardde de hoofdaannemer tot schadevergoeding op grond van wanprestatie (de hoofdzaak). De hoofdaannemer sprak daarop de onderaannemer aan tot vergoeding van al datgene waartoe hij mogelijk in de hoofdzaak zou worden veroordeeld (de vrijwaringsprocedure).

In de hoofdzaak werd de hoofdaannemer veroordeeld tot betaling van de door de opdrachtgever geleden schade vermeerderd met rente en kosten. De aansprakelijk-

heidsverzekeraar van de hoofdaannemer keerde vervolgens in 2003 de betreffende schade aan de opdrachtgever uit en subrogeerde daarmee in de rechten van zijn verzekerde, de hoofdaannemer, jegens de onderaannemer. De verzekeraar werd om die reden in de vrijwaringsprocedure - die zich op dat moment in de fase van hoger beroep bevond - als tussenkommende partij toegelaten.

Rechtbank en Hof

In tegenstelling tot de Rechtbank oordeelde het Hof in de vrijwaringsprocedure dat de onderaannemer aansprakelijk was voor de ontstane waterschade. Het Hof veroordeelde hem tot betaling aan de aansprakelijkheidsverzekeraar van het aan de opdrachtgever uitgekeerde bedrag, vermeerderd met de wettelijke rente daarover met ingang van de dag waarop de verzekeraar dit bedrag aan de opdrachtgever had betaald, tot aan de dag van voldoening door de onderaannemer.

Hoge Raad

In cassatie bestrijdt de onderaannemer onder meer dat hij wettelijke rente is verschuldigd over het door de verzekeraar uitgekeerde bedrag, omdat hij wegens het uitblijven van een ingebrekestelling nooit in verzuim is geweest met de voldoening van genoemd bedrag jegens de verzekeraar.

De Hoge Raad stelt voorop dat een verzekeraar die is gesubrogeerd in de rechten die zijn verzekerde ter zake van de schade jegens een derde kan uitoefenen, van deze derde slechts betaling kan vorderen voor zover hij zelf de schade aan de benadeelde heeft vergoed. Daaronder valt de wettelijke rente, die door de verzekerde aan de benadeelde is verschuldigd over de hoofdsom en die de verzekeraar aan de benadeelde heeft vergoed.

De aanspraak van de verzekeraar op wettelijke rente over hetgeen hij aan de benadeelde heeft vergoed en waarvoor hij verhaal zoekt op de derde, is alleen toewijsbaar indien de derde jegens de verzekeraar in verzuim is met de nakoming van zijn

verbintenis tot betaling van hetgeen waartoe hij door de verzekeraar is aangesproken. Indien de verzekeraar is gesubrogeerd in verhaalsrechten van de verzekerde jegens de derde die voortvloeien uit onrechtmatige daad of, zoals in dit geval, uit wanprestatie van de derde jegens de verzekerde, treedt het verzuim van de derde op grond van art. 6:83 sub b BW zonder ingebrekestelling in. Dit geldt niet slechts ten aanzien van hetgeen de verzekeraar aan de benadeelde heeft vergoed en waarvoor hij op de derde verhaal zoekt, maar ook voor de door de verzekeraar van de derde gevorderde wettelijke rente daarover. Deze wettelijke rente loopt dan ook vanaf het tijdstip dat de verzekeraar in de rechten van de verzekerde is gesubrogeerd, zonder dat daartoe een ingebrekestelling is vereist.

Commentaar

Een schadeverzekeraar die op grond van een verzekeringsovereenkomst schade vergoedt aan een benadeelde, jegens wie de verzekerde gehouden is tot schadevergoeding, subrogeert ingevolge art. 7:962 BW (art. 284 oud WvK) in de rechten die de verzekerde ter zake van die schade jegens een aansprakelijke derde kan uitoefenen. In 1972 had de Hoge Raad bepaald dat een verzekeraar niet aan art. 284 (oud) WvK een recht kon ontfemen op vergoeding van rente die hij zelf - en niet de verzekerde - had gederfd of zou derven over het door hem uitgekeerde bedrag. Wel kon de verzekeraar door een schriftelijke aanmaning als omschreven in art. 1286 oud BW zijn recht op wettelijke rente over de door hem betaalde som laten ingaan (*Hoge Raad 4 februari 1972, NJ 1972, 203*).

Sedert de invoering van het nieuw BW stelt art. 6:119 BW als vereiste voor de verschuldigdheid van wettelijke rente, dat de schuldenaar met de voldoening van een geldschuld in verzuim is. Wanneer dit verzuim intreedt, is bepaald in art. 6:82 (verzuim door ingebrekestelling) en art. 6:83 BW (verzuim zonder ingebrekestelling).

De Hoge Raad heeft in onderhavig arrest beslist dat indien een verzekeraar is gesubrogeerd in verhaalsrechten van de verzekerde jegens een derde die voortvloeien uit onrechtmatige daad of wanprestatie van de derde jegens de verzekerde, het verzuim van de derde jegens de verzekeraar eveneens op grond van art. 6:83 sub b BW intreedt zonder ingebrekestelling. De wettelijke rente over het door de verzekeraar uitgekeerde bedrag loopt dan vanaf het moment van subrogatie.

Advocaat-Generaal mr. Keus merkte in zijn conclusie voorafgaand aan het arrest van de Hoge Raad in zijn overweging 2.12 het volgende hierover op:

'Dat de verzekeraar tegenover de partij die jegens de verzekerde aansprakelijk is, slechts uit hoofde van een eigen recht op vergoeding van wettelijke rente over de verzekeringsuitkering aanspraak kan maken, neemt echter niet weg dat de verbintenis uit hoofde waarvan die aansprakelijke partij jegens de verzekeraar tot vergoeding van de verzekeringsuitkering is gehouden, geen andere is dan die welke jegens de verzekerde gold totdat de daarmee corresponderende vordering door de betaling van schadevergoeding door de verzekeraar bij wijze van subrogatie op de verzekeraar overging. Voor zover de verzekeraar de door hem betaalde schadevergoeding als hoofdsom van de jegens zijn verzekerde aansprakelijke partij vordert, maakt hij wel degelijk de door subrogatie op hem overgegangene vordering van de verzekerde geldend; daaraan doet niet af dat zijn aanspraken op vergoeding van de ten tijde van de subrogatie over die hoofdsom nog niet verschenen wettelijke rente van de vóór die subrogatie reeds lopende renteaanspraken van de verzekerde moeten worden onderscheiden'.

Naar mijn mening heeft de Hoge Raad terecht de verbintenis van de aansprakelijke derde jegens de gesubrogeerd verzekeraar voor wat betreft de wettelijke rente en het vereiste van verzuim op één lijn gesteld met de verbintenis van de aansprakelijke derde jegens de verzekerde. De positie van de aansprakelijke derde verslechtert hier-

door niet. Indien de verzekeraar de schade niet aan de benadeelde had uitgekeerd, was de wettelijke rente evenzeer over de hoofdsom blijven doorlopen, tot het moment waarop de schadeveroorzaker de schade zou hebben vergoed. De beslissing van de Hoge Raad doet recht aan de strekking van verhaalsrechten, namelijk te voorkomen dat de schadeveroorzaker aan zijn verplichting tot schadevergoeding ontkomt en ervan profiteert dat de door hem veroorzaakte schade wordt vergoed door de verhaalzoekende partij.

Overgangsrecht

In cassatie had de onderaannemer nog aangevoerd dat voor zover het Hof al terecht had geoordeeld dat de vordering van de verzekeraar jegens hem een verbintenis tot schadevergoeding wegens wanprestatie betrof, het Hof had miskend dat de gevolgen van deze wanprestatie, die in 1989 had plaatsgevonden, op grond van de Overgangswet Nieuw BW worden beheerst door Oud BW.

Het Hof was van oordeel dat het Nieuw BW van toepassing was, aangezien de tekortkoming van de onderaannemer jegens de verzekeraar zich eerst sedert de betaling door de verzekeraar (derhalve na 1 januari 1992) had voorgedaan. Het Hof baseerde zich daartoe op art. 68a juncto art. 182 Overgangswet Nieuw BW.

Dit oordeel van het Hof was echter niet correct. De Hoge Raad overwoog dienaangaande dat de verbintenis van de onderaannemer jegens de hoofdaannemer was ontstaan in 1989. Op grond van art. 182 en 183 Overgangswet Nieuw BW gold dan ook niet art. 6:83 sub b BW, maar art. 1286 lid 3 (oud) BW.

De consequentie hiervan is dat de wettelijke rente over het uitgekeerde schadebedrag bij gebreke van een aanzegging als bedoeld in art. 1286 lid 3 (oud) BW eerst is gaan lopen vanaf het moment waarop de verzekeraar deze in rechte had gevorderd, te weten in zijn memorie van tussenkomen-de partij in het hoger beroep van de vrijwaringsprocedure.