



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

NJ 2022/253-254

Loos, M.B.M.

Publication date

2022

Document Version

Final published version

Published in

Nederlandse Jurisprudentie

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Loos, M. B. M. (2022). NJ 2022/253-254. 253-254. Case note on: HvJ EU, 3/02/21, C-922/19, ECLI:EU:C:2021:9 *Nederlandse Jurisprudentie*, 2022(37/38/39), 4558-4577.

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Oneerlijke handelspraktijken. Begrip 'ongevraagde levering'. Distributie van drinkwater.

1) Artikel 9 van Richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 1997 betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten en artikel 27 van Richtlijn 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2011 betreffende consumentenrechten, tot wijziging van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad en van Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijn 85/577/EEG en van Richtlijn 97/7 van het Europees Parlement en de Raad – gelezen in samenhang met artikel 5, lid 5, van Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG van de Raad, Richtlijnen 97/7, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van Verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad alsook met punt 29 van bijlage I bij deze richtlijn – zijn niet van toepassing op de totstandkoming van overeenkomsten, zodat het aan de verwijzende rechter staat om overeenkomstig de nationale regeling te beoordelen of ervan kan worden uitgegaan dat een overeenkomst is gesloten tussen een drinkwaterbedrijf en een consument, wanneer deze consument daarmee niet expliciet heeft ingestemd.

2) Het begrip 'ongevraagde levering' in de zin van punt 29 van bijlage I bij Richtlijn 2005/29 moet aldus worden uitgelegd dat het zich, onder voorbehoud van de door de verwijzende rechter te verrichten verificaties, niet uitstrekt tot een handelspraktijk van een drinkwaterbedrijf die erin bestaat dat de aansluiting op de openbare drinkwatervoorziening in stand wordt gehouden wanneer een consument een eerder bewoonde woning betreft, ingeval deze consument geen keuzevrijheid heeft wat betreft het drinkwaterbedrijf, dat bedrijf kostendekkende, transparante en niet-discriminerende tarieven hanteert die gebaseerd zijn op het drinkwaterverbruik, en de consument weet dat die woning aangesloten is op de openbare drinkwatervoorziening en dat de levering van drinkwater niet gratis is.

Stichting Waternet
tegen
MG

Hof van Justitie EU:

Arrest

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing heeft betrekking op de uitlegging van artikel 9 van richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 1997 betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten (PB 1997, L 144, blz. 19), artikel 27 van richtlijn 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2011 betreffende consumentenrechten, tot wijziging van richtlijn 93/13/EEG

NJ 2022/253

HOF VAN JUSTITIE VAN DE EUROPESE UNIE

3 februari 2021, nr. C-922/19

(L. Bay Larsen, C. Toader, M. Safjan)
m.nt. M.B.M. Loos* onder NJ 2022/254

Art. 9 Richtlijn 97/7/EG; art. 5 lid 5, Bijlage I punt 29 Richtlijn 2005/29/EH; art. 27 Richtlijn 2011/83/EU

RCR 2021/24

ECLI:EU:C:2021:91

Verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Hoge Raad der Nederlanden bij beslissing van 13 december 2019 (NJ 2020/20; red.).

* Prof. dr. M.B.M. Loos is hoogleraar Privaatrecht, in het bijzonder Europees consumentenrecht, en verbonden aan het Amsterdam Centre for Transformative Private Law (ACT).

van de Raad en van richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van richtlijn 85/577/EEG en van richtlijn 97/7 (PB 2011, L 304, blz. 64), alsmede artikel 5, lid 5, van en punt 29 van bijlage I bij richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van richtlijn 84/450/EEG van de Raad, richtlijnen 97/7, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad ('richtlijn oneerlijke handelspraktijken') (PB 2005, L 149, blz. 22).

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Stichting Waternet, een drinkwaterbedrijf, en MG, een consument, over een vordering tot betaling van rekeningen met betrekking tot het verbruik van drinkwater dat door dat bedrijf is geleverd.

Toepasselijke bepalingen

Unierecht

Richtlijn 97/7

3 Overweging 16 van richtlijn 97/7 luidt:

'[D]e verkoopbevorderingstechniek die erin bestaat zonder voorafgaand verzoek of expliciet akkoord van de consument tegen betaling een product op te sturen of een dienst te verrichten, [kan niet] worden toegestaan, tenzij het een vervangende levering of dienst betreft'.

4 Artikel 9 van deze richtlijn, met als opschrift 'Niet-gevraagde leveringen', luidt:

'De lidstaten nemen de nodige maatregelen om:

- de levering met betalingsverzoek van goederen of diensten aan een consument te verbieden wanneer de consument geen voorafgaande bestelling heeft gedaan;
- de consument vrij te stellen van elke tegenprestatie in geval van niet-gevraagde levering, waarbij het feit dat de consument niet reageert niet betekent dat hij met de levering instemt.'

Richtlijn 2011/83

5 De overwegingen 14 en 60 van richtlijn 2011/83 luiden:

'(14) Deze richtlijn mag geen afbreuk doen aan het nationale recht op het gebied van het verbintenissenrecht voor de verbintenissenrechtelijke aspecten die niet door deze richtlijn worden geregeld. Deze richtlijn dient derhalve het nationale recht inzake bijvoorbeeld het sluiten of de geldigheid van een overeenkomst, zoals in het geval van het ontbreken van overeenstemming, onverlet te laten. [...]

[...]

(60) Aangezien ongevraagde commerciële toezending, dat wil zeggen de ongevraagde levering van goederen of de ongevraagde verstrekking van diensten aan consumenten, verboden is bij [richtlijn 2005/29] maar daarin geen contrac-

tueel verweermiddel wordt geboden, dient in deze richtlijn een contractueel verweermiddel te worden opgenomen dat de consument vrijstelt van enige betalingsverplichting voor dergelijke ongevraagde leveringen of verstrekkingen.'

6 Artikel 3 van die richtlijn, met als opschrift 'Toepassingsgebied', bepaalt in lid 5 het volgende:

'Voor zover algemene aspecten van het verbintenissenrecht niet bij deze richtlijn worden geregeld, laat deze richtlijn de algemene bepalingen van het nationale verbintenissenrecht, zoals over de geldigheid, het ontstaan of de gevolgen van overeenkomsten, onverlet.'

7 Artikel 27 van richtlijn 2011/83, met als opschrift 'Niet-gevraagde leveringen', luidt:

'Consumenten zijn vrijgesteld van enige betalingsverplichting in gevallen van ongevraagde levering van goederen, water, gas, elektriciteit, stadsverwarming of digitale inhoud, dan wel ongevraagde verstrekking van diensten, zoals verboden door artikel 5, lid 5, en punt 29 van bijlage I van [richtlijn 2005/29]. In deze gevallen betekent het uitblijven van een reactie van de consument op de ongevraagde levering of verstrekking niet dat hij met deze instemt.'

8 Artikel 31 van die richtlijn, met als opschrift 'Intrekkingsbepalingen', bepaalt in de eerste alinea:

'[Richtlijn 97/7 wordt] met ingang van 13 juni 2014 ingetrokken.'

Richtlijn 2005/29

9 De overwegingen 6, 16 tot en met 18 en 23 van richtlijn 2005/29 zijn als volgt verwoord:

'(6) Daarom wordt de wetgeving van de lidstaten betreffende oneerlijke handelspraktijken, waaronder oneerlijke reclame, die de economische belangen van de consumenten rechtstreeks en aldus de economische belangen van legitieme concurrenten onrechtstreeks schaden, bij deze richtlijn geharmoniseerd. [...]

[...]

(16) De bepalingen betreffende agressieve handelspraktijken moeten van toepassing zijn op praktijken die de keuzevrijheid van de consument aanzienlijk beperken. Het gaat om intimidatie, dwang, met inbegrip van het gebruik van lichamelijk geweld, en ongepaste beïnvloeding.

(17) Met het oog op een grotere rechtszekerheid is het wenselijk te bepalen welke handelspraktijken in alle omstandigheden [oneerlijk] zijn. Bijlage I bevat daarom een uitputtende lijst van deze praktijken. Alleen deze handelspraktijken worden verondersteld oneerlijk te zijn zonder een individuele toetsing aan het bepaalde in de artikelen 5 tot en met 9. De lijst mag alleen worden aangepast door herziening van deze richtlijn.

(18) [...] In overeenstemming met het evenredigheidsbeginsel, en om de uit hoofde van dat beginsel geboden bescherming ook effectief te kunnen toepassen, wordt in deze richtlijn het door het Hof van Justitie ontwikkelde criterium

van de gemiddelde — dit wil zeggen redelijk geïnformeerde, omzichtige en oplettende — consument als maatstaf genomen, waarbij eveneens rekening wordt gehouden met maatschappelijke, culturele en taalkundige factoren, maar wordt er tevens voorzien in bepalingen die voorkomen dat wordt geprofiteerd van consumenten die bijzonder vatbaar zijn voor oneerlijke handelspraktijken. [...]

[...]

(23) Aangezien de doelstellingen van deze richtlijn, namelijk het verwijderen van de barrières die de nationale wetten inzake oneerlijke handelspraktijken voor de werking van de interne markt opwerpen en het bieden van een hoog gemeenschappelijk niveau van consumentenbescherming, door de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten inzake oneerlijke handelspraktijken onderling aan te passen, niet voldoende door de lidstaten kunnen worden verwezenlijkt en derhalve beter door de [Unie] kunnen worden verwezenlijkt, kan de [Unie] overeenkomstig het in artikel 5 van het Verdrag vermelde subsidiariteitsbeginsel maatregelen nemen. Overeenkomstig het in hetzelfde artikel neergelegde evenredigheidsbeginsel gaat deze richtlijn niet verder dan wat nodig is om de belemmeringen voor de interne markt te verwijderen en een hoog niveau van consumentenbescherming tot stand te brengen.'

10 Artikel 3 van die richtlijn, met als opschrift 'Toepassingsgebied', bepaalt:

'1. Deze richtlijn is van toepassing op oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten, zoals omschreven in artikel 5, vóór, gedurende en na een commerciële transactie met betrekking tot een product.

2. Deze richtlijn laat het verbintenissenrecht en, in het bijzonder, de regels betreffende de geldigheid, de opstelling en de rechtsgevolgen van contracten onverlet.

[...]

11 In artikel 5, leden 1 en 5, van richtlijn 2005/29 is bepaald:

'1. Oneerlijke handelspraktijken zijn verboden.

[...]

5. Bijlage I bevat de lijst van handelspraktijken die onder alle omstandigheden als oneerlijk worden beschouwd. Deze lijst is van toepassing in alle lidstaten en mag alleen worden aangepast door wijziging van deze richtlijn.'

12 Artikel 8 van deze richtlijn, met als opschrift 'Agressieve handelspraktijken', luidt:

'Als agressief wordt beschouwd een handelspraktijk die, in haar feitelijke context, al haar kenmerken en omstandigheden in aanmerking genomen, door intimidatie, dwang, inclusief het gebruik van lichamelijk geweld, of ongepaste beïnvloeding, de keuzevrijheid of de vrijheid van handelen van de gemiddelde consument met betrekking tot het product aanzienlijk beperkt of

kan beperken, waardoor hij ertoe wordt gebracht of kan worden gebracht over een transactie een besluit te nemen dat hij anders niet had genomen.'

13 Artikel 9 van die richtlijn luidt:

'Om te bepalen of er bij een handelspraktijk gebruik wordt gemaakt van intimidatie, dwang, inclusief lichamelijk geweld, of ongepaste beïnvloeding, wordt rekening gehouden met:

a) het tijdstip, de plaats, de aard en de persistentie van de handelspraktijk;

b) het gebruik van dreigende of grove taal of gedragingen;

c) het uitbuiten door de handelaar van bepaalde tegenslagen of omstandigheden die zo ernstig zijn dat zij het beoordelingsvermogen van de consument kunnen beperken, hetgeen de handelaar bekend is, met het oogmerk het besluit van de consument met betrekking tot het product te beïnvloeden;

d) door de handelaar opgelegde, kosten met zich meebrengende of bovenmatige niet-contractuele belemmeringen ten aanzien van rechten die de consument uit hoofde van het contract wil uitoefenen, waaronder het recht om het contract te beëindigen of een ander product of een andere handelaar te kiezen;

e) het dreigen met maatregelen die wettelijk niet kunnen worden genomen.'

14 Punt 29 van bijlage I bij richtlijn 2005/29 ('Handelspraktijken die onder alle omstandigheden als oneerlijk worden beschouwd') is opgenomen onder het kopje 'Agressieve handelspraktijken' en luidt:

'Vragen om onmiddellijke dan wel uitgestelde betaling of om terugzending of bewaring van producten die de handelaar heeft geleverd, maar waar de consument niet om heeft gevraagd, tenzij het product een vervangingsgoed is zoals bedoeld in artikel 7, lid 3, van [richtlijn 97/7] (niet-gevraagde leveringen).'

Nederlands recht

BW

15 Het Burgerlijk Wetboek (hierna: 'BW'), in de versie die van kracht was tot en met 12 juni 2014, bepaalde in artikel 7:7, lid 2, dat het niet toegestaan was om aan een natuurlijke persoon die niet handelde in de uitoefening van een beroep of bedrijf, een niet door die persoon bestelde zaak toe te zenden met het verzoek een prijs te betalen of die zaak terug te zenden dan wel te bewaren. Werd niettemin een dergelijke zaak toegezonden, dan was hetgeen in artikel 7:7, lid 1, BW, in de versie die van kracht was tot en met 12 juni 2014, was bepaald omtrent de bevoegdheid de zaak om niet te behouden van overeenkomstige toepassing.

16 Artikel 7:7, lid 2, BW, in de versie die van toepassing is sinds 13 juni 2014, bepaalt dat er geen verplichting tot betaling ontstaat voor een natuurlijke persoon die handelt voor doeleinden buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit, bij de ongevraagde le-

vering van zaken, financiële producten, water, gas, elektriciteit, stadsverwarming of digitale inhoud die niet op een materiële drager is geleverd, ongeacht of de digitale inhoud individualiseerbaar is en of er feitelijke macht over kan worden uitgeoefend, dan wel de ongevraagde verrichting van diensten als bedoeld in artikel 193i, onderdeel f, van boek 6 van het BW, in de versie die van toepassing is sinds 13 juni 2014. Het uitblijven van een reactie van een natuurlijke persoon die handelt voor doeleinden buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit op de ongevraagde levering of verstrekking wordt niet als aanvaarding aangemerkt. Wordt niettemin een dergelijke zaak toegezonden, dan is hetgeen in artikel 7:7, lid 1, BW, in de versie die van toepassing is sinds 13 juni 2014, is bepaald omtrent de bevoegdheid de zaak om niet te behouden, van overeenkomstige toepassing. Laatstgenoemd lid is van toepassing ongeacht of de verzender wordt vertegenwoordigd.

Drinkwaterwet

17 Artikel 3 van de Wet van 18 juli 2009 houdende nieuwe bepalingen met betrekking tot de productie en distributie van drinkwater en de organisatie van de openbare drinkwatervoorziening (Drinkwaterwet) (Stb. 2009, 370; hierna: 'Drinkwaterwet') bepaalt dat de zorg voor een voldoende en duurzame uitvoering van de openbare drinkwatervoorziening binnen een distributiegebied berust bij de eigenaar van het drinkwaterbedrijf die bevoegd en, overeenkomstig artikel 8 van die wet, verplicht is om in dat gebied drinkwater te leveren.

18 Krachtens artikel 5 van de Drinkwaterwet moet de bevoegde minister voor elk drinkwaterbedrijf een distributiegebied vaststellen waarbinnen de eigenaar van het betreffende drinkwaterbedrijf bevoegd en, overeenkomstig artikel 8 van die wet, verplicht is om drinkwater te leveren.

19 Artikel 8 van de Drinkwaterwet bepaalt:

'1. De eigenaar van een drinkwaterbedrijf is verplicht, binnen het voor zijn bedrijf vastgestelde distributiegebied, aan degene die daarom verzoekt, een aanbod te doen om die persoon te voorzien van een aansluiting op het door hem beheerde leidingnet.

2. De eigenaar van een drinkwaterbedrijf is voorts verplicht, binnen het voor zijn bedrijf vastgestelde distributiegebied, aan degene die daarom verzoekt, een aanbod te doen om met gebruikmaking van het door hem beheerde leidingnet aan die persoon drinkwater te leveren.

3. De eigenaar van een drinkwaterbedrijf hanteert voorwaarden die redelijk, transparant en niet discriminerend zijn.

[...]

20 Artikel 9, lid 1, van deze wet bepaalt dat de eigenaar van een drinkwaterbedrijf een beleid voert dat gericht is op het voorkomen van het afsluiten van een kleinverbruiker. Op grond van artikel 9, lid 2, van die wet stelt de bevoegde minister regels vast over het beëindigen van de levering van drinkwater aan een kleinverbruiker, alsmede over de pre-

ventieve maatregelen om de afsluiting van kleinverbruikers zoveel mogelijk te voorkomen.

21 Volgens artikel 11 van de Drinkwaterwet hanteert de eigenaar van een drinkwaterbedrijf tarieven die kostendekkend, transparant en niet-discriminerend zijn.

22 Artikel 12 van deze wet luidt:

'1. Uit de begroting van het drinkwaterbedrijf blijkt op welke wijze de kosten, waaronder de vermogenskosten die ten hoogste mogen worden gehanteerd, in het tarief zijn verwerkt.

2. De eigenaar van een drinkwaterbedrijf brengt jaarlijks voor 1 oktober aan [de bevoegde] minister een verslag uit dat inzicht verschaft in de kosten, waaronder de vermogenskosten, die in het voorafgaande kalenderjaar zijn gehanteerd bij het vaststellen van de tarieven voor de levering van drinkwater en het gerealiseerde bedrijfsresultaat over dat jaar. Het verslag dient voorzien te zijn van een goedkeurende verklaring van een registeraccountant. [De bevoegde] minister zendt dit verslag voor het einde van het kalenderjaar aan de beide kamers der Staten-Generaal.

3. Indien uit het verslag, bedoeld in het tweede lid, blijkt dat het gerealiseerde bedrijfsresultaat de voor dat jaar op basis van artikel 11, tweede lid, bepaalde vermogenskosten overschrijdt, draagt de eigenaar van een drinkwaterbedrijf er zorg voor dat die overschrijding wordt gecompenseerd in de tariefstelling voor het daaropvolgende kalenderjaar.'

23 In artikel 13 van de Drinkwaterwet staat te lezen:

'1. In het belang van de openbare drinkwatervoorziening worden bij of krachtens algemene maatregel van bestuur nadere regels gesteld met betrekking tot:

- a. de kosten die ten grondslag liggen aan het tarief, bedoeld in artikel 11;
- b. de elementen en wijze van berekening van de tarieven, bedoeld in artikel 12.

2. Indien niet wordt voldaan aan artikel 11 of 12 of nadere regels als bedoeld in het eerste lid kan [de bevoegde] minister een aanwijzing geven aan de eigenaar van een drinkwaterbedrijf. Bij de aanwijzing wordt aangegeven op welke gronden niet wordt voldaan aan artikel 11 of 12 of de bedoelde regels en welke wijzigingen met het oog daarop in het tarief vereist zijn. Bij de aanwijzing wordt een termijn gesteld waarbinnen aan de aanwijzing voldaan moet worden.'

Regeling afsluitbeleid voor kleinverbruikers van drinkwater

24 Artikel 2 van Regeling nr. IENM/BSK-2012/14677 van de staatssecretaris van Infrastructuur en Milieu van 17 april 2012 houdende regels met betrekking tot het afsluiten van kleinverbruikers van drinkwater (Regeling afsluitbeleid voor

kleinverbruikers van drinkwater) (*Strct.* 2012, 7964) luidt:

'De eigenaar van een drinkwaterbedrijf beëindigt de levering van drinkwater aan een kleinverbruiker wegens wanbetaling niet voordat de in de artikelen 3 en 4 beschreven procedure is gevolgd.'

25 Artikel 3 van deze regeling, met als opschrift 'Schriftelijke herinnering', luidt:

1. Indien een kleinverbruiker niet binnen de gestelde termijn voldoet aan een eerste vordering tot betaling door de eigenaar van een drinkwaterbedrijf, zendt die eigenaar ten minste eenmaal een schriftelijke herinnering daaromtrent aan die kleinverbruiker.

2. De eigenaar van een drinkwaterbedrijf: a. wijst de kleinverbruiker bij die herinnering op de mogelijkheden voor schuldhulpverlening,

b. biedt bij de schriftelijke herinnering aan om met schriftelijke toestemming van de kleinverbruiker diens contactgegevens, diens klantnummer en informatie over de hoogte van diens schuld aan een instantie ten behoeve van schuldhulpverlening te verstrekken, tenzij de kleinverbruiker geen natuurlijk persoon is, en

c. vermeldt bij de schriftelijke herinnering dat de kleinverbruiker niet wordt afgesloten indien hij een medische verklaring als bedoeld in artikel 6, onderdeel d, overlegt, onverlet de omstandigheden genoemd in de onderdelen a tot en met c van dat artikel.'

26 Artikel 4 van die regeling luidt:

'De eigenaar van een drinkwaterbedrijf spant zich in om in persoonlijk contact te treden met de kleinverbruiker teneinde deze te wijzen op mogelijkheden om betalingsachterstanden te voorkomen en te beëindigen, en om uitsluitel te krijgen over het al of niet geven van toestemming als bedoeld in artikel 3, tweede lid, onderdeel b.'

Drinkwaterbesluit en Drinkwaterregeling

27 Het Besluit van 23 mei 2011 houdende bepalingen inzake de productie en distributie van drinkwater en de organisatie van de openbare drinkwatervoorziening (Drinkwaterbesluit) (*Stb.* 2011, 293), dat is vastgesteld ter uitvoering van de Drinkwaterwet, en Regeling nr. BJZ2011046947 van de staatssecretaris van Infrastructuur en Milieu van 14 juni 2011 houdende nadere regels met betrekking tot enige onderwerpen inzake de voorziening van drinkwater, warm tapwater en huishoudwater (Drinkwaterregeling) (*Strct.* 2011, 10842) bevatten gedetailleerde regels over de wijze van berekening van de kosten. In dat besluit en die regeling wordt tevens gepreciseerd welke kosten mogen worden doorberekend in het tarief en op welke wijze dit dient te geschieden. De bevoegde minister ziet erop toe dat deze regels worden nageleefd. Het drinkwaterbedrijf publiceert jaarlijks een overzicht

van de tarieven die het in het daaropvolgende kalenderjaar voor de levering van drinkwater in rekening zal brengen en licht daarbij toe hoe die tarieven zijn afgeleid uit de kosten.

Hoofdgeding en prejudiciële vragen

28 Stichting Waternet is een drinkwaterbedrijf dat exclusief belast is met de levering van drinkwater in de gemeente Amsterdam (Nederland), waar MG sinds september 2012 een woning bewoont.

29 Toen MG deze woning betrok, heeft hij zich niet bij Stichting Waternet gemeld als nieuwe bewoner. De vorige bewoner heeft zijn verhuizing evenmin gemeld en bleef tot 1 januari 2014 de facturen betalen voor de levering van drinkwater aan die woning. Op 12 november 2014 heeft Stichting Waternet een welkomstbrief verzonden aan MG en vanaf 18 november 2014 heeft zij MG facturen gestuurd voor de levering van drinkwater vanaf 1 januari 2014. MG heeft geen van de facturen die betrekking hebben op de periode van 1 januari 2014 tot 18 november 2016 voldaan.

30 Derhalve heeft Stichting Waternet bij de kantonrechter (Nederland) een vordering ingesteld die ertoe strekte dat MG zou worden veroordeeld tot betaling van € 283,79 – vermeerderd met de wettelijke rente en kosten – en subsidiair dat haar toestemming zou worden verleend om de drinkwateraansluiting van die woning af te sluiten. Die rechter heeft de door Stichting Waternet ingestelde vordering tot betaling afgewezen op grond dat de levering van drinkwater een 'ongevraagde levering' was in de zin van artikel 7:7, lid 2, BW, in de versie die van toepassing is sinds 13 juni 2014. Daarentegen heeft de kantonrechter de subsidiaire vordering van Stichting Waternet toegewezen op voorwaarde dat MG niet binnen 14 dagen na betekening van het vonnis uitdrukkelijk kenbaar maakte dat hij wenste dat hem drinkwater zou worden geleverd. Op 18 november 2016 heeft MG met Stichting Waternet een overeenkomst tot levering van drinkwater gesloten.

31 Stichting Waternet heeft tegen het vonnis van de kantonrechter hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof Amsterdam (Nederland), dat dit hoger beroep heeft verworpen op grond dat er tussen partijen in het hoofdgeding geen overeenkomst tot levering van drinkwater bestond voor de periode van 1 januari 2014 tot 18 november 2016, dat de levering van drinkwater in die periode een 'ongevraagde levering' vormde in de zin van artikel 7:7, lid 2, BW, in de versie die van toepassing is sinds 13 juni 2014, en dat de omstandigheid dat MG het drinkwater heeft verbruikt, niet tot een ander oordeel kon leiden.

32 Daarop heeft Stichting Waternet beroep in cassatie ingesteld bij de Hoge Raad der Nederlanden. Deze rechter vraagt zich af of in het licht van de gangbare praktijk in Nederland en de Nederlandse wetgeving inzake openbare drinkwatervoorziening kan worden aangenomen dat de handels-

praktijk van Stichting Waternet geen 'ongevraagde levering' van drinkwater vormt die verboden is krachtens artikel 5, lid 5, van richtlijn 2005/29 en punt 29 van bijlage I bij deze richtlijn, alsmede krachtens artikel 9 van richtlijn 97/7 en artikel 29 van richtlijn 2011/83.

33 Om te beginnen stelt de verwijzende rechter vast dat de openbare drinkwatervoorziening in Nederland wordt beschouwd als een kerntaak van de overheid en dat er in die sector geen marktwerking bestaat, zodat elk drinkwaterbedrijf exclusief bevoegd is om drinkwater te leveren in een aan dat bedrijf toegewezen distributiegebied en verplicht is om degene die daarom verzoekt, een aanbod tot aansluiting te doen, alsmede om de woning van een consument niet af te sluiten van de openbare drinkwatervoorziening wegens niet-betaling door deze consument. Voorts preciseert de verwijzende rechter dat dergelijke bedrijven kostendekkende, transparante en niet-discriminerende tarieven moeten hanteren die onder toezicht van de overheid zijn vastgesteld.

34 Vervolgens beklemtoont de verwijzende rechter dat de gemiddelde consument in Nederland wordt geacht te weten dat de door hem betrokken woning aangesloten is op de openbare drinkwatervoorziening en dat de levering van drinkwater niet gratis is.

35 Ten slotte is de verwijzende rechter van oordeel dat het hoofdgeding zich van de zaken die hebben geleid tot het arrest van 13 september 2018, *Wind Tre en Vodafone Italia* (C-54/17 en C-55/17, EU:C:2018:710), onderscheidt doordat in het hoofdgeding de consument geen keuzevrijheid heeft ten aanzien van het drinkwaterbedrijf dat het drinkwater zal leveren, de kosten in rekening worden gebracht nadat de consument daadwerkelijk water heeft verbruikt, en de tarieven kostendekkend, transparant en niet-discriminerend zijn alsook onder toezicht van de overheid zijn vastgesteld.

36 In deze omstandigheden heeft de Hoge Raad der Nederlanden de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

'1) Moeten art. 9 [richtlijn 97/7] en art. 27 [richtlijn 2011/83], in verbinding met art. 5 lid 5, en punt 29 van bijlage I van [richtlijn 2005/29], aldus worden uitgelegd dat sprake is van een ongevraagde levering van drinkwater in de zin van deze bepalingen, indien de handelspraktijk van het drinkwaterbedrijf in het volgende bestaat:

(i) het drinkwaterbedrijf is op grond van de wet (a) binnen het hem toegewezen distributiegebied exclusief bevoegd en verplicht tot levering van drinkwater door middel van leidingen, en (b) verplicht om degene die daarom verzoekt een aanbod te doen tot aansluiting op de openbare drinkwatervoorziening en om een aanbod te doen tot levering van drinkwater;

(ii) het drinkwaterbedrijf handhaaft de aansluiting van de woning van de consument op de openbare drinkwatervoorziening zoals die

bestond voordat de consument de woning betrok, waardoor er druk op de waterleidingen in de woning van de consument staat, en waardoor de consument na het verrichten van een actieve en bewuste handeling — bestaande in het open draaien van de kraan of een daaraan gelijk te stellen handeling — desgewenst drinkwater kan afnemen, ook nadat de consument kenbaar heeft gemaakt dat hij geen overeenkomst tot levering van drinkwater wenst aan te gaan; en

(iii) het drinkwaterbedrijf brengt kosten in rekening voor zover de consument door het verrichten van een actieve en bewuste handeling daadwerkelijk drinkwater heeft afgenomen, waarbij de gehanteerde tarieven kostendekkend, transparant en niet-discriminerend zijn en daarop door de overheid wordt toegezien?

2) Staan art. 9 [richtlijn 97/7] en art. 27 [richtlijn 2011/83], in verbinding met art. 5 lid 5 en punt 29 van bijlage I van [richtlijn 2005/29], eraan in de weg dat wordt aangenomen dat tussen het drinkwaterbedrijf en de consument een overeenkomst tot levering van drinkwater tot stand komt, indien (i) de consument, evenals de gemiddelde consument in Nederland, weet dat aan de levering van drinkwater kosten zijn verbonden, (ii) de consument niettemin gedurende een lange periode structureel drinkwater verbruikt, (iii) de consument, ook nadat hij van het drinkwaterbedrijf een welkombrief, facturen en aanmaningen heeft ontvangen, zijn waterverbruik voortzet, en (iv) de consument, nadat een rechterlijke machtiging is verleend om de drinkwateraansluiting van de woning af te sluiten, laat weten dat hij wel degelijk een overeenkomst met het drinkwaterbedrijf wenst?

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Tweede vraag

37 Met zijn tweede vraag, die eerst moet worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 9 van richtlijn 97/7 en artikel 27 van richtlijn 2011/83 — gelezen in samenhang met artikel 5, lid 5, van richtlijn 2005/29 en punt 29 van bijlage I bij deze richtlijn — van toepassing zijn op de totstandkoming van overeenkomsten en met name aldus moeten worden uitgelegd dat ervan kan worden uitgegaan dat een overeenkomst is gesloten tussen een drinkwaterbedrijf en een consument, wanneer deze consument daarmee niet expliciet heeft ingestemd.

38 Om te beginnen zij eraan herinnerd dat richtlijn 97/7 weliswaar op 13 juni 2014 is ingetrokken op grond van artikel 31 van richtlijn 2011/83, maar dat — gelet op de periode waarin de in de punten 28 en 29 van dit arrest bedoelde feiten hebben plaatsgevonden — bij de beantwoording van de tweede vraag rekening moet worden gehouden met zowel richtlijn 97/7 als richtlijn 2011/83.

39 Verder is die vraag enkel relevant is voor zover de rechtsverhouding tussen Stichting Waternet en MG niet volledig wordt beheerst door de na-

tionale wettelijke regeling, zowel wat betreft de levering van drinkwater door de handelaar als wat betreft de door de consument te dragen kosten die met die levering verband houden. De verwijzende rechter dient na te gaan of in het hoofdgeding aan die voorwaarde is voldaan.

40 In de eerste plaats zij opgemerkt dat richtlijn 97/7 tot doel heeft consumenten te beschermen bij op afstand gesloten overeenkomsten en met name de omvang te bepalen van de op de handelaars rustende verplichtingen met betrekking tot de aan de consumenten te verstrekken informatie en het herroepingsrecht van die consumenten. Die richtlijn ziet daarentegen niet op de voorschriften inzake de totstandkoming van overeenkomsten op afstand.

41 In de tweede plaats zij opgemerkt dat uit de duidelijke bewoordingen van artikel 3, lid 5, van richtlijn 2011/83 blijkt dat voor zover algemene aspecten van het verbintenissenrecht niet bij deze richtlijn worden geregeld, zij de algemene bepalingen van het nationale verbintenissenrecht, zoals die welke betrekking hebben op de geldigheid, het ontstaan of de gevolgen van overeenkomsten, onverlet laat. Tevens volgt uit overweging 14 van richtlijn 2011/83 dat deze richtlijn het nationale recht inzake het sluiten of de geldigheid van een overeenkomst, zoals in het geval van het ontbreken van overeenstemming, onverlet dient te laten.

42 In de derde plaats bepaalt artikel 3, lid 2, van richtlijn 2005/29 dat deze richtlijn het verbintenissenrecht en, in het bijzonder, de regels betreffende de geldigheid, de opstelling en de rechtsgevolgen van overeenkomsten onverlet laat.

43 In casu vraagt de nationale rechter zich af of artikel 9 van richtlijn 97/7 en artikel 27 van richtlijn 2011/83, gelezen in samenhang met artikel 5, lid 5, van richtlijn 2005/29 en punt 29 van bijlage I bij deze richtlijn, van toepassing zijn op de totstandkoming van overeenkomsten.

44 In dit verband moet worden gepreciseerd dat die bepalingen betrekking hebben op de gevolgen van de eventuele vaststelling dat er sprake is van een 'ongevraagde levering', doordat zij ertoe strekken de in een dergelijke levering bestaande handelspraktijk te verbieden overeenkomstig artikel 5, lid 5, van richtlijn 2005/29 en punt 29 van bijlage I bij deze richtlijn, alsmede de consumenten vrij te stellen van enige betalingsverplichting voor een 'ongevraagde levering'.

45 Uit de overwegingen in de punten 40 tot en met 42 en punt 44 van dit arrest volgt dus dat bij gebreke van harmonisatie op Unieniveau van de algemene aspecten van het verbintenissenrecht, de totstandkoming, de sluiting en de geldigheid van overeenkomsten worden beheerst door het nationale recht. Derhalve staat het aan de verwijzende rechter om naar Nederlands recht te beoordelen of ervan kan worden uitgegaan dat een overeenkomst is gesloten tussen een drinkwaterbedrijf en een consument, wanneer deze consument daarmee niet expliciet heeft ingestemd.

46 Gelet op een en ander moet op de tweede prejudiciële vraag worden geantwoord dat artikel 9 van richtlijn 97/7 en artikel 27 van richtlijn 2011/83 – gelezen in samenhang met artikel 5, lid 5, van richtlijn 2005/29 en punt 29 van bijlage I bij deze richtlijn – niet van toepassing zijn op de totstandkoming van overeenkomsten, zodat het aan de verwijzende rechter staat om overeenkomstig de nationale regeling te beoordelen of ervan kan worden uitgegaan dat een overeenkomst is gesloten tussen een drinkwaterbedrijf en een consument, wanneer deze consument daarmee niet expliciet heeft ingestemd.

Eerste vraag

47 Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of het begrip 'ongevraagde levering' in de zin van punt 29 van bijlage I bij richtlijn 2005/29 aldus moet worden uitgelegd dat het zich uitstrekt tot een handelspraktijk die erin bestaat dat de aansluiting op de openbare drinkwatervoorziening in stand wordt gehouden wanneer een consument een eerder bewoonde woning betreft, terwijl deze consument niet om die instandhouding heeft verzocht.

48 Om te beginnen zij eraan herinnerd dat het antwoord op de eerste vraag – zoals reeds in punt 39 van dit arrest is opgemerkt – enkel relevant is indien de rechtsverhouding tussen Stichting Waternet en MG niet volledig wordt beheerst door de nationale wetgeving, zowel wat betreft de levering van drinkwater door de handelaar als wat betreft de door de consument te dragen kosten die met die levering verband houden. Het staat aan de verwijzende rechter om na te gaan of aan deze voorwaarde is voldaan.

49 In voorkomend geval moet worden onderzocht of een handelspraktijk zoals de in het hoofdgeding aan de orde zijnde praktijk inzake drinkwatervoorziening binnen de werkingssfeer van richtlijn 2005/29 valt.

50 Artikel 1 van deze richtlijn, gelezen in het licht van overweging 23 ervan, bepaalt onder meer dat zij tot doel heeft bij te dragen tot de goede werking van de interne markt en een hoog niveau van consumentenbescherming te bieden door de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten inzake oneerlijke handelspraktijken die schade toebrengen aan de economische belangen van de consumenten, onderling aan te passen.

51 Derhalve valt een nationale wettelijke regeling slechts binnen de werkingssfeer van die richtlijn wanneer met die regeling doelstellingen worden nagestreefd die verband houden met consumentenbescherming (zie in die zin beschikking van 4 oktober 2012, *Pelckmans Turnhout*, C-559/11, niet gepubliceerd, EU:C:2012:615, punt 20).

52 In dit verband zij opgemerkt dat de doelstellingen van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale wettelijke regeling niet duidelijk naar voren komen uit de verwijzingsbeslissing of uit het dossier waarover het Hof beschikt. Het staat dan ook

aan de verwijzende rechter om na te gaan of de praktijk van Stichting Waternet voortvloeit uit de toepassing van nationale bepalingen waarmee doelstellingen worden nagestreefd die verband houden met de bescherming van de economische belangen van de consumenten, en of die praktijk dus binnen de werkingssfeer van richtlijn 2005/29 valt, dan wel of die praktijk – integendeel – enkel strekt tot bescherming van andere openbare belangen, zoals de volksgezondheid. De verwijzende rechter dient enkel na te gaan of de praktijk van Stichting Waternet een 'ongevraagde levering' is indien hij van oordeel is dat deze praktijk, gelet op het vorige punt van dit arrest, binnen de werkingssfeer van richtlijn 2005/29 valt.

53 Wat betreft het begrip 'ongevraagde levering' wordt in punt 29 van bijlage I bij richtlijn 2005/29 bepaald dat tot de agressieve handelspraktijken die onder alle omstandigheden als oneerlijk worden beschouwd, onder meer behoort het '[v]ragen om onmiddellijke dan wel uitgestelde betaling of om terugzending of bewaring van producten die de handelaar heeft geleverd, maar waar de consument niet om heeft gevraagd [...] (niet-gevraagde leveringen)'.

54 Een 'niet-gevraagde levering' in de zin van punt 29 van die bijlage, is dus met name een handelwijze die erin bestaat dat de handelaar van de consument verlangt dat deze betaalt voor een dienst die door die handelaar aan hem is geleverd zonder dat hij erom had gevraagd (arresten van 13 september 2018, *Wind Tre en Vodafone Italia*, C-54/17 en C-55/17, EU:C:2018:710, punt 43, en 5 december 2019, *EVN Bulgaria Toplofikatsia en Toplofikatsia Sofia*, C-708/17 en C-725/17, EU:C:2019:1049, punt 64).

55 In dit verband zijn eraan herinnerd dat het begrip 'agressieve handelspraktijk' in artikel 8 van richtlijn 2005/29 met name aldus wordt gedefinieerd dat deze praktijk de keuzevrijheid of de vrijheid van handelen van de gemiddelde consument met betrekking tot een product aanzienlijk beperkt of kan beperken. Hieruit volgt dat de vraag naar een dienst een vrije keuze van de consument dient te zijn. Dit onderstelt in het bijzonder dat de door de handelaar aan de consument verstrekte informatie duidelijk en passend is (arrest van 13 september 2018, *Wind Tre en Vodafone Italia*, C-54/17 en C-55/17, EU:C:2018:710, punt 45 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

56 Het Hof heeft eveneens geoordeeld dat de prijs in de ogen van de consument in beginsel een beslissende factor is wanneer hij een besluit over een transactie neemt, zodat de prijs moet worden beschouwd als informatie die de consument nodig heeft om een dergelijk besluit te kunnen nemen met kennis van zaken (arrest van 13 september 2018, *Wind Tre en Vodafone Italia*, C-54/17 en C-55/17, EU:C:2018:710, punt 47).

57 Voorts speelt het begrip 'consument' een doorslaggevende rol bij de uitlegging van richtlijn 2005/29. In deze richtlijn wordt volgens overweging 18 ervan het criterium van de gemiddelde – dat wil

zeggen redelijk geïnformeerde, omzichtige en opletende – consument als maatstaf genomen, waarbij eveneens rekening wordt gehouden met maatschappelijke, culturele en taalkundige factoren (arrest van 13 september 2018, *Wind Tre en Vodafone Italia*, C-54/17 en C-55/17, EU:C:2018:710, punt 51 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Volgens diezelfde overweging staat het aan de verwijzende rechter om vast te stellen wat de typische reactie van de gemiddelde consument in een bepaald geval is.

58 In casu blijkt uit het verzoek om een prejudiciële beslissing dat het in het hoofdgeding aan de orde zijnde drinkwaterbedrijf verplicht is om drinkwater te leveren. Dat bedrijf mag deze levering niet wegens niet-betaling door de consument onderbreken voordat het deze consument een schriftelijke herinnering heeft gezonden en een inspanning heeft geleverd om in persoonlijk contact met hem te treden.

59 Wat de facturering van drinkwater betreft, preciseert de verwijzende rechter dat slechts kosten in rekening mogen worden gebracht indien er sprake is van een bewuste handeling van de consument door het verbruik van drinkwater. Bovendien moet elk drinkwaterbedrijf kostendekkende, transparante, niet-discriminerende en aan het drinkwaterverbruik evenredige tarieven hanteren die onder toezicht van de overheid zijn vastgesteld.

60 De verwijzende rechter wijst er tevens op dat de gemiddelde consument in Nederland die een eerder bewoonde woning betreft, weet dat deze woning aangesloten blijft op de openbare drinkwatervoorziening en dat de levering van drinkwater niet gratis is.

61 Deze omstandigheden onderscheiden de zaak in het hoofdgeding van de zaken die hebben geleid tot het arrest van 13 september 2018, *Wind Tre en Vodafone Italia* (C-54/17 en C-55/17, EU:C:2018:710, punten 49 en 56). In dat arrest heeft het Hof namelijk geoordeeld dat het irrelevant was dat het gebruik van de aan de orde zijnde diensten in bepaalde gevallen een bewuste handeling van de consument kon vereisen, en is het tot de slotsom gekomen dat er sprake was van een 'ongevraagde levering' in de zin van punt 29 van bijlage I bij richtlijn 2005/29, omdat de consumenten in die zaken geen passende informatie hadden ontvangen over bepaalde verstrekte diensten en de kosten daarvan.

62 Gelet op een en ander dient op de eerste prejudiciële vraag te worden geantwoord dat het begrip 'ongevraagde levering' in de zin van punt 29 van bijlage I bij richtlijn 2005/29 aldus moet worden uitgelegd dat het zich, onder voorbehoud van de door de verwijzende rechter te verrichten verificaties, niet uitstrekt tot een handelspraktijk van een drinkwaterbedrijf die erin bestaat dat de aansluiting op de openbare drinkwatervoorziening in stand wordt gehouden wanneer een consument een eerder bewoonde woning betreft, ingeval deze consument geen keuzevrijheid heeft wat betreft het drinkwaterbedrijf, dat bedrijf kostendekkende, transparante en niet-discriminerende tarieven han-

teert die gebaseerd zijn op het drinkwaterverbruik, en de consument weet dat die woning aangesloten is op de openbare drinkwatervoorziening en dat de levering van drinkwater niet gratis is.

Kosten

63 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechter over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Zesde kamer) verklaart voor recht: [zie *cur-sieve* kop].

Noot

Zie noot onder NJ 2022/254.

M.B.M. Loos

NJ 2022/254

HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

17 december 2021, nr. 18/02999

(Mrs. M.V. Polak, T.H. Tanja-van den Broek,

C.E. du Perron, C.H. Sieburgh, F.J.P. Lock;

A-G mr. B.J. Drijber)

m.nt. M.B.M. Loos*

Art. 3:33, 3:35, 3:37 lid 1, art. 7:7 lid 2 BW; art. 9 Richtlijn 97/7; art. 5 lid 5, Bijlage I punt 29 Richtlijn 2005/29; art. 27 Richtlijn consumentenrechten

RCR 2020/11

NJ 2020/19

RvdW 2020/35

RvdW 2020/36

NJ 2020/20

RvdW 2022/25

RCR 2022/23

RCR 2020/13

NJB 2019/2498

NJB 2022/12

ECLI:NL:HR:2021:1889

ECLI:NL:PHR:2019:739

ECLI:NL:HR:2019:1730

ECLI:NL:HR:2019:1972

ECLI:NL:PHR:2021:732

Overeenkomstenrecht. Consumentenrecht. Levering drinkwater o.g.v. Drinkwaterwet aan consument; overeenkomst? ‘Ongevraagde levering’ in zin art. 7:7 lid 2 BW (oud en nieuw); werkingssfeer Richtlijnen 2005/29/EG (oneerlijke handelsprak-

tijken), 97/7/EG (koop op afstand) en 2011/83/EU (consumentenrechten). Vervolg op HR 13 december 2019, NJ 2020/20 en HvJ EU 3 februari 2021, NJ 2022/253.

Het antwoord op de vraag of een overeenkomst tot stand is gekomen, is afhankelijk van wat beide partijen over en weer hebben verklaard en uit elkaars verklaringen en gedragingen, overeenkomstig de zin die zij daaraan in de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mochten toekennen, hebben afgeleid. Aanbod en aanvaarding behoeven niet uitdrukkelijk plaats te vinden. Zij kunnen in elke vorm plaatsvinden en kunnen besloten liggen in een of meer gedragingen (vgl. HR 21 december 2001, NJ 2002/60).

De doelstellingen die de Drinkwaterwet nastreeft houden verband met het belang van de volksgezondheid en niet met de bescherming van de economische belangen van consumenten. Dit betekent, mede gelet op hetgeen het HvJ EU in zijn arrest van 3 februari 2021, C-922/19, NJ 2022/253 heeft overwogen, dat het krachtens de Drinkwaterwet leveren van drinkwater niet valt binnen de werkingssfeer van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken. Die levering valt evenmin binnen de werkingssfeer van art. 9 Richtlijn koop op afstand en art. 27 Richtlijn consumentenrechten, omdat de werking van die bepalingen aanknoopt bij het verstrekken van een ongevraagde levering zoals verboden door art. 5 lid 5 en punt 29 van bijlage I van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken. Art. 7:7 lid 2 (oud) BW en art. 7:7 lid 2 BW, die zien op ongevraagde leveringen, zijn op die levering evenmin van toepassing, zodat niet hoeft te worden beoordeeld of sprake is van een ongevraagde levering.

Stichting Waternet, te Amsterdam, eiseres tot cassatie, hierna: Waternet, adv.: mr. F.E. Vermeulen,

tegen

[verweerder], verweerder in cassatie, adv.: mr. R.K. van der Brugge.

Conclusie na prejudiciële verwijzing

A-G mr. B.J. Drijber:

In deze zaak heeft uw Raad bij arrest van 13 december 2019 (hierna: *het verwijzingsarrest*)¹ prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: *het Hof*). Bij arrest van 3 februari 2021 heeft het Hof uitspraak gedaan (hierna: *het Arrest*)² Partijen hebben naar aanleiding van die uitspraak een nadere schriftelijke toelichting ingediend en vervolgens gerepliceerd en gedupliceerd. In deze conclusie ga ik in op de gevolgen van het Arrest voor het cassatieberoep van Waternet. Net als in mijn conclusie van 5 juli 2019 vóór het verwijzingsarrest zal ik concluderen tot vernietiging en verwijzing van de zaak naar een ander hof. Ik neem deze conclusie bij vervroeging omdat ik het ter voorkoming van lange doorlooptijden voor wenselijk houd

* Prof. dr. M.B.M. Loos is hoogleraar Privaatrecht, in het bijzonder Europees consumentenrecht, en verbonden aan het Amsterdam Centre for Transformative Private Law (ACT).

1 ECLI:NL:HR:2019:1972, NJ 2020/20, RCR 2020/11.

2 ECLI:EU:C:2021:91, RCR 2021/23.

om zaken die prejudicieel zijn verwezen en beslist met voorrang te behandelen, voor zover dat mogelijk is.³ Ik duid partijen verkort aan als *Waternet* en [verweerder].

1 Inleidende opmerkingen

1.1 Het Arrest is gewezen door een kleine kamer van het Hof, na alleen een schriftelijke procedure en zonder conclusie van de advocaat-generaal. Ik wijs erop dat het niet ongebruikelijk is dat gedetailleerde vragen van uitleg in zaken die geen institutionele vragen betreffen, worden beslist door een combinatie van drie rechters.⁴

1.2 [verweerder] meent dat zijn recht om te worden gehoord is geschonden omdat het Hof zijn verzoek om een mondelinge behandeling heeft afgewezen en hij daarom niet heeft kunnen reageren op de ingediende schriftelijke zienswijzen, waaronder die van de Europese Commissie.⁵ [verweerder] trekt daar echter geen gevolgtrekkingen uit voor dit geding bij de Hoge Raad. Hij stelt (slechts) dat hij zich het recht voorbehoudt om na afloop van deze civiele procedure een klacht in te dienen bij het EHRM.

1.3 In zijn verwijzingsarrest heeft de Hoge Raad, zoals Duitse gerechten dat ook met regelmaat doen, zelf een voorlopige beoordeling gegeven van de centrale vraag die aan het Hof werd voorgelegd, te weten of de handelwijze van Waternet een 'ongevraagde levering' vormt en daarmee als 'oneerlijke handelspraktijk' is aan te merken. De Hoge Raad overwoog daarover het volgende (rov. 3.10.2, tweede alinea):⁶

“Naar het voorlopig oordeel van de Hoge Raad is een ontkennende beantwoording van die vraag gerechtvaardigd op de grond dat de handelspraktijk van Waternet het economische belang van de gemiddelde consument niet rechtstreeks schaadt en zijn vrijheid van handelen met betrekking tot het afnemen van water niet beperkt. Evenmin worden indirect economische belangen van legitieme concurrenten van Waternet geschaad, nu immers met betrekking tot de levering van drinkwater in Nederland geen sprake is van marktwerking of mededinging. Zo bezien kan in redelijkheid worden gezegd dat geen sprake is van een handelspraktijk die de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken naar haar strekking beoogt te verbieden.”

In deze voorlopige beoordeling wordt onder meer betekenis toegekend aan het effect van de handels-

praktijk van Waternet in het licht van de doelstelling van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken.

1.4 De EU-lidstaten die in de prejudiciële procedure schriftelijke opmerkingen hebben ingediend, waren unaniem van oordeel dat in een geval als hier aan de orde geen sprake is van een ongevraagde levering. Volgens de Tsjechische regering is er aan de kant van Waternet geen sprake van een 'handelspraktijk' (punt 7 e.v.). Volgens de Oostenrijkse regering ligt het initiatief voor afname van water bij [verweerder] en is er alleen al daarom geen oneerlijke handelspraktijk (punt 25). Volgens de Nederlandse regering kan de consument een vrije en geïnformeerde keuze maken om gebruik te maken van de watervoorziening (punt 25 en 35).

1.5 De Europese Commissie leidt uit het doel van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken af dat die richtlijn geen betrekking heeft op handelspraktijken die rechtstreeks voortvloeien uit nationale regels ter bescherming van belangen van niet-economische aard (zie punt 55 en 61). Volgens haar volgt daaruit dat de handelwijze van Waternet geen 'handelspraktijk' vormt (punt 74 en 75). Zou wél sprake zijn van een handelspraktijk, dan is die volgens de Commissie niet 'oneerlijk'. Het drinkwaterbedrijf legt de consument namelijk geen contractuele relatie op waarmee deze niet vrijwillig heeft ingestemd (punt 79). Net als genoemde lidstaten heeft de Commissie haar beoordeling in belangrijke mate doen steunen op de het verwijzingsarrest (rov. 3.10.1) genoemde (vier) kenmerken van het Nederlandse stelsel van drinkwatervoorziening. De uitkomst van het Arrest is tegen die achtergrond niet verrassend.

1.6 In dat verband wijs ik voorts op het arrest in de zaak *EVN*,⁷ dat is gewezen kort nadat uw Raad (bij arrest van 8 november 2019) had beslist om prejudiciële vragen te stellen. De zaak *EVN* heeft betrekking op een Bulgaarse wettelijke regeling over stadverwarming, op grond waarvan de facturen voor het warmteverbruik van de interne installaties van een appartementsgebouw voor iedere mede-eigenaar zijn gebaseerd op het verwarmbare volume van zijn appartement. Eigenaren die in hun appartement een andere verwarmingsvoorziening hadden laten installeren, dienden in zoverre toch hun aandeel in die collectieve voorziening bij te dragen. Volgens het Hof leverde dat geen schending op van het consumentenrechtelijke verbod van ongevraagde levering, omdat dat verbod ertoe strekt te verhinderen dat een handelaar de consument een contractuele relatie oplegt waarmee hij niet vrijwillig heeft ingestemd.⁸ Die situatie deed zich niet voor omdat de betalingsverplichting van de appartementseigenaren voortvloeide uit een (nationale) wettelijke regeling.

³ Het komt ook voor dat partijen enige tijd willen wachten met de hervatting van het geschorste geding.

⁴ Vgl. bijv. HvJEU 14 juni 2017, C-422/16, ECLI:EU:C:2017:458 (*Tofu Town*). Daar werd een specialistische interpretatiekwes- tie ook beslist door een kleine kamer zonder pleidooien en zonder conclusie A-G.

⁵ Zie nadere schriftelijke toelichting namens [verweerder], p. 5/6.

⁶ Zie, instemmend, C.E. Drion e.a., 'Kroniek Vermogensrecht', *Advocatenblad*, 23 oktober 2020.

⁷ HvJEU 5 december 2019, C-708/17 en C-725/17, ECLI:EU:C:2019:1049 (*EVN Bulgarij/Dimitrova en Toplofikat-sia/Dimitrov*). In mijn conclusie van 5 juli 2019 ben ik op deze zaken ingegaan (punt 4.28 en 4.29) op basis van de conclusie van A-G Saugmandsgaard Øe. Het Hof heeft die conclusie gevolgd.

⁸ Punt 65 van het arrest *EVN*.

2 Analyse van het Arrest

2.1 Het Hof heeft, in navolging van de schriftelijke opmerkingen van de Nederlandse regering en de Europese Commissie, de twee prejudiciële vragen in omgekeerde volgorde behandeld:⁹

- *eerst* de vraag of art. 9 Richtlijn 97/7 en art. 27 Richtlijn 2011/83, in verbinding met art. 5 lid 5 en punt 29 van bijlage I bij de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken, eraan in de weg staan dat tussen het drinkwaterbedrijf en de consument een overeenkomst tot levering van drinkwater tot stand komt (waarbij in de vraagstelling de in rov. 3.10.3 genoemde omstandigheden van het geval zijn opgenomen);

- *vervolgens* de vraag of er sprake is van een ongevraagde levering als bedoeld in genoemde bepalingen (waarbij in de vraagstelling de in rov. 3.10.1 genoemde kenmerken van het Nederlandse stelsel van drinkwatervoorziening zijn opgenomen).

2.2 Naar aanleiding van de *tweede prejudiciële vraag*, die als eerste is behandeld, overweegt het Hof dat de genoemde richtlijnen de algemene aspecten van het verbintenissenrecht niet harmoniseren. Art. 3 lid 2 Richtlijn oneerlijke handelspraktijken bepaalt bovendien dat deze richtlijn het verbintenissenrecht en, in het bijzonder, de regels betreffende de geldigheid, de opstelling en de rechtsgevolgen van contracten onverlet laat. De totstandkoming, de sluiting en de geldigheid van overeenkomsten worden daarom uitsluitend beheerst door het nationale recht (punt 45).

2.3 Het Hof heeft deze prejudiciële vraag als volgt beantwoord (punt 46):

“Gelet op een en ander moet op de tweede prejudiciële vraag worden geantwoord dat artikel 9 van richtlijn 97/7 en artikel 27 van richtlijn 2011/83 – gelezen in samenhang met artikel 5, lid 5, van richtlijn 2005/29 en punt 29 van bijlage I bij deze richtlijn – niet van toepassing zijn op de totstandkoming van overeenkomsten, zodat het aan de verwijzende rechter staat om overeenkomstig de nationale regeling te beoordelen of ervan kan worden uitgegaan dat een overeenkomst is gesloten tussen een drinkwaterbedrijf en een consument, wanneer deze consument daarmee niet expliciet heeft ingestemd.”

2.4 In de nadere schriftelijke opmerkingen namens Waternet (punt 5) wordt een vraagteken geplaatst bij punt 39 van het Arrest, waar het Hof bij wijze van vooropstelling overweegt dat deze prejudiciële vraag enkel relevant is voor zover de rechtsverhouding tussen partijen “niet volledig wordt beheerst” door de nationale wettelijke regeling inzake drinkwaterlevering. Ik lees die passage zo dat als de wet de rechtsverhouding tussen partijen (leverancier en afnemer) uitputtend regelt, er voor hen niet iets overblijft waarover zij nog wilsovereenstem-

ming moeten bereiken. Het lijkt mij duidelijk dat een dergelijke situatie zich hier niet voordoet. Zo liggen bijvoorbeeld de watertarieven niet in een wettelijke regeling vast, zodat daarover overeenstemming moet worden bereikt overeenkomstig de regels van nationale verbintenissenrecht (vgl. punt 41, 42 en 45 van het Arrest). Het Hof overweegt verder dat hoewel art. 27 Richtlijn consumentenovereenkomsten bepaalt dat uit het uitblijven van een reactie van de consument geen instemming met de levering mag worden afgeleid, dit niet aan de totstandkoming van een overeenkomst in de weg staat indien het uitblijven van een reactie gezien in samenhang met andere gedragingen (in dit geval: het blijven afnemen van water) naar nationaal verbintenissenrecht als instemming kan worden aangemerkt.

2.5 Bij de bespreking van de *eerste prejudiciële vraag*, over het begrip ‘ongevraagde levering’, stelt het Hof voorop dat het antwoord slechts relevant is (punt 48):

“(…) indien de rechtsverhouding tussen Stichting Waternet en [[verweerder]] niet volledig wordt beheerst door de nationale wetgeving, zowel wat betreft de levering van drinkwater door de handelaar als wat betreft de door de consument te dragen kosten die met die levering verband houden. Het staat aan de verwijzende rechter om na te gaan of aan deze voorwaarde is voldaan.”

Met andere woorden, als het drinkwaterbedrijf niet iets anders doet en kan doen dan de regelgeving toepassen, komt men niet toe aan de vraag of sprake is van een oneerlijke handelspraktijk. De aanwezigheid van een handelspraktijk impliceert (een bepaalde mate van) vrijheid van handelen aan de zijde van de handelaar.

2.6 Daarna maakt het Hof, in navolging van de Commissie, een koppeling tussen de doelstelling en de werkingssfeer van de regelgeving inzake consumentenbescherming (punt 51 en 52):

“Derhalve valt een nationale wettelijke regeling slechts binnen de werkingssfeer van die richtlijn wanneer met die regeling doelstellingen worden nagestreefd die verband houden met consumentenbescherming (zie in die zin beschikking van 4 oktober 2012, Pelckmans Turnhout, C559/11, EU:C:2012:615, punt 20).

In dit verband zij opgemerkt dat de doelstellingen van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale wettelijke regeling niet duidelijk naar voren komen uit de verwijzingsbeslissing of uit het dossier waarover het Hof beschikt. Het staat dan ook aan de verwijzende rechter om na te gaan of de praktijk van Stichting Waternet voortvloeit uit de toepassing van nationale bepalingen waarmee doelstellingen worden nagestreefd die verband houden met de bescherming van de economische belangen van de consumenten, en of die praktijk dus binnen de werkingssfeer van richtlijn 2005/29 valt, dan wel of die praktijk – integendeel – enkel strekt tot be-

⁹ Dit komt overeen met de door het hof Amsterdam in zijn bestreden arrest aangehouden volgorde (waaraan ik mij in mijn conclusie van 5 juli 2019 heb geconformeerd), maar wijkt af van de in het cassatiemiddel en in het verwijzingsarrest aangehouden volgorde.

scherming van andere openbare belangen, zoals de volksgezondheid. De verwijzende rechter dient enkel na te gaan of de praktijk van Stichting Waternet een 'ongevraagde levering' is in dien hij van oordeel is dat deze praktijk, gelet op het vorige punt van dit arrest, binnen de werkingssfeer van richtlijn 2005/29 valt."

2.7 Vervolgens beoordeelt het Hof of de handelwijze van Waternet een 'niet-gevraagde levering' vormt. Het stelt daarbij het volgende voorop (punt 54):

"Een 'niet-gevraagde levering' in de zin van punt 29 van die bijlage, is dus met name een handelwijze die erin bestaat dat de handelaar van de consument verlangt dat deze betaalt voor een dienst die door die handelaar aan hem is geleverd zonder dat hij erom had gevraagd (arresten van 13 september 2018, *Wind Tre* en *Vodafone Italia*, C54/17 en C55/17, EU:C:2018:710, punt 43, en 5 december 2019, *EVN Bulgaria Toplofikatsia* en *Toplofikatsia Sofia*, C708/17 en C725/17, EU:C:2019:1049, punt 64)."

2.8 Na te zijn ingegaan op (i) de betekenis van het begrip 'agressieve handelspraktijk', (ii) het belang van de prijs als beslissende factor bij het besluit van een consument over een transactie, en (iii) het begrip 'gemiddelde consument' (punt 55-57), vat het Hof de in rov. 3.10.1 respectievelijk rov. 3.10.3 van de verwijzingsuitspraak genoemde kenmerken en omstandigheden samen (punt 58-60). Daaruit leidt het Hof af dat deze zaak verschilt van de zaak *Wind Tre* (punt 61).¹⁰ Die bevinding strookt met hetgeen in het verwijzingsarrest (rov. 3.11.1-3.11.3) daarover heeft overwogen.

2.9 Het Hof heeft deze prejudiciële vraag als volgt beantwoord (punt 62):

"... het begrip 'ongevraagde levering' in de zin van punt 29 van bijlage 1 bij richtlijn 2005/29 (...) moet [aldus] worden uitgelegd dat het zich, onder voorbehoud van de door de verwijzende rechter te verrichten verificaties, niet uitstrekt tot een handelspraktijk van een drinkwaterbedrijf die erin bestaat dat de aansluiting op de openbare drinkwatervoorziening in stand wordt gehouden wanneer een consument een eerder bewoonde woning betreft, ingeval deze consument geen keuzevrijheid heeft wat betreft het drinkwaterbedrijf, dat bedrijf kostendekkende, transparante en niet-discriminerende tarieven hanteert die gebaseerd zijn op het drinkwaterverbruik, en de consument weet dat die woning aangesloten is op de openbare drinkwatervoorziening en dat de levering van drinkwater niet gratis is."

2.10 In dit antwoord omschrijft het Hof de te beoordelen praktijk als "een handelspraktijk van een drinkwaterbedrijf die erin bestaat dat de aansluiting op de openbare drinkwatervoorziening in stand wordt

gehouden". Zoals Waternet opmerkt:¹¹ wijkt die omschrijving af van de handelspraktijk zoals die door de Hoge Raad in rov. 3.10.1 is weergegeven, omdat daarin ook het aspect van het afnemen van water en het vragen om betaling was opgenomen. Ik denk echter dat het gegeven antwoord in zijn geheel moet worden gelezen en het Hof heeft bedoeld om de onderhavige situatie samengevat weer te geven. Ik meen daarom ook dat de eerste prejudiciële vraag (volledig) is beantwoord.

2.11 [verweerder] is daarentegen de mening toegeedaan dat het Hof de eerste prejudiciële vraag *niet* heeft beantwoord.¹² Het Hof zou niets hebben overwogen over de inhoud en de betekenis van het begrip 'ongevraagde levering' in de desbetreffende consumentenrichtlijnen in relatie tot de handelwijze van Waternet, maar zou slechts hebben terugverwezen naar het nationale recht. Daarom zou van richtlijnconforme interpretatie van het begrippenpaar 'ongevraagde levering', in het verband van art. 7:7 lid 2 BW (huidig en oud recht), geen sprake kunnen zijn. [verweerder] verbindt daaraan de conclusie dat de beantwoording van de prejudiciële vragen geen waardevolle gezichtspunten oplevert die van doorslaggevend belang zijn bij de beantwoording van de vraag of het cassatieberoep van Waternet gegrond is of verworpen moet worden.¹³

2.12 Ik zie dat anders. Uit het antwoord van het Hof op de eerste prejudiciële vraag volgt dat de daar omschreven 'handelspraktijk' van een drinkwaterbedrijf niet is te kwalificeren als een 'ongevraagde levering' in de zin van punt 29 van bijlage 1 bij de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken. Dit antwoord laat mijns inziens aan duidelijkheid weinig te wensen over en is bovendien toegespitst op de onderhavige zaak.

3 *Gevolgen van het Arrest voor de beoordeling van het cassatieberoep* Grondslag vorderingen Waternet

3.1 Waternet heeft, samengevat, aan haar vorderingen ten grondslag gelegd dat zij met [verweerder] een overeenkomst tot levering van drinkwater heeft afgesloten, dat zij feitelijk ook drinkwater aan hem heeft geleverd en hij daarom de daarbij horende vergoeding contractueel is verschuldigd. In hoger beroep heeft Waternet zich subsidiair beroepen op ongerechtvaardigde verrijking, waarvan de omvang volgens haar overeenkomt met de door [verweerder] onbetaald gelaten facturen.¹⁴

3.2 Bij arrest van 10 april 2018 heeft het gerechtshof Amsterdam (hierna: *het hof*) geoordeeld dat tussen partijen geen overeenkomst tot waterle-

¹¹ Nadere schriftelijke toelichting namens Waternet, punt 10.

¹² Nadere schriftelijke toelichting namens [verweerder], punt 1.

¹³ Zie de slotbeschuwing in de nadere schriftelijke toelichting namens [verweerder]. Aan het eind wordt opgemerkt: "Dit neemt niet weg dat het EU-arrest wat toekomstige geschillen betreft tussen consumenten en openbare drinkwaterbedrijven waardevolle gezichtspunten kan opleveren." Dat dan weer wel.

¹⁴ Memorie van grieven, punt 5, 55 en 59. Zie ook rov. 3.7 van het bestreden arrest.

¹⁰ HvJEU 13 september 2018, C54/17 en C55/17, ECLI:EU:C:2018:710 (*Wind Tre*).

vering tot stand is gekomen omdat – kort gezegd – [verweerder] duidelijk had gemaakt dat hij geen waterlevering wenste, en voorts dat [verweerder] niet ongerechtvaardigd is verrijkt omdat – kort gezegd – het hier gaat om een ongevraagde levering van drinkwater en hij daarom is vrijgesteld van enige betalingsverplichting.

3.3 Het cassatiemiddel van Waternet bestaat uit twee onderdelen. Onderdeel 1 komt op tegen de beslissing van het hof op haar subsidiaire vordering en onderdeel 2 tegen de beslissing op haar primaire vordering.

3.4 In mijn conclusie van 5 juli 2019 heb ik eerst onderdeel 2 behandeld. Nu ook het Hof eerst de vraag over het bestaan van een overeenkomst en vervolgens de vraag over het bestaan van een ongevraagde levering heeft behandeld, houd ik opnieuw die volgorde aan.

De betekenis van het Arrest voor de beoordeling van onderdeel 2 van het middel

3.5 Met zijn antwoord op de tweede prejudiciële vraag, onder 1) van het dictum, heeft het Hof zonder mitsen en maren geoordeeld dat bij gebreke aan harmonisatie van nationale wetgeving, enkel op grond van het nationale verbintenissenrecht moet worden bepaald of een overeenkomst tot stand is gekomen. Deze beslissing moet denk ik in algemene zin worden toegejuicht. Over de vraag of in dit geval een overeenkomst tot stand is gekomen, oordeelt het Hof niet. Dit is immers een vraag van nationaal recht, waarvan de uitleg niet tot zijn bevoegdheid hoort. Bovendien is deze vraag nauw verweven met de feiten en de omstandigheden van het geval.

3.6 Ik kan hier volstaan met te verwijzen naar de bespreking van onderdeel 2 in mijn conclusie van 5 juli 2019. Daar heb ik geconcludeerd dat van de aangevoerde klachten tegen het oordeel van het hof dat tussen partijen geen contractuele relatie tot stand was gekomen omdat [verweerder] had meegedeeld dat hij geen overeenkomst wilde (rov. 3.9 en 3.10), drie motiveringsklachten slagen:

- het hof heeft onvoldoende kenbaar in zijn oordeel betrokken of in het bestendig afnemen van water door [verweerder] lag besloten dat deze de wil had water af te nemen (conclusie, punt 5);
- het hof kon niet voorbijgaan aan de essentiële stelling van Waternet dat het stilzwijgen van [verweerder] is doorgestaan ook nadat hij van Waternet een welkome brief had ontvangen (conclusie, punt 8);
- het oordeel dat [verweerder] binnen 'betrekkelijk korte tijd' (vier maanden) nadat Waternet schriftelijk contact met hem had gehad kenbaar heeft gemaakt dat hij geen leveringscontract wilde, is onvoldoende gemotiveerd (conclusie, punt 10). Ook als deze klachten worden samengenomen, luidt de conclusie dat het oordeel van het hof onvoldoende (begrijpelijk) is gemotiveerd.

De betekenis van het Arrest voor de beoordeling van onderdeel 1 van het middel

3.7 Uit het antwoord van het Hof op de eerste prejudiciële vraag, onder 2) van het dictum, volgt dat de daar omschreven 'handelspraktijk' van een drinkwaterbedrijf niet een 'ongevraagde levering' in de zin van punt 29 van bijlage 1 bij de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken vormt. Dit antwoord wordt gegeven "onder voorbehoud van de door de verwijzende rechter te verrichten verificaties". Ik wijs erop dat het Hof regelmatig een dergelijk voorbehoud maakt,¹⁵ dat eerst en vooral uitdrukking geeft aan de bevoegdheidsverdeling tussen het Hof en de verwijzende nationale rechterlijke instantie in het kader van de prejudiciële procedure (art. 267 VWEU). Er valt voor de verwijzende rechter echter weinig meer te 'verifiëren' indien de in aanmerking te nemen feitelijke uitgangspunten reeds zijn vastgesteld. Dat lijkt mij ook hier het geval te zijn, temeer nu het Hof de door de Hoge Raad geformuleerde uitgangspunten in het Arrest heeft overgenomen. Het Hof heeft in het Arrest geen andere feitelijke uitgangspunten toegevoegd die nopen tot nader onderzoek, wat een enkele keer wel is gebeurd.¹⁶

3.8 Mogelijk zou nog kunnen worden onderzocht of met de hier aan de orde zijnde regeling doelstellingen worden nagestreefd die verband houden met consumentenbescherming (punt 51, geciteerd in 2.6). Zoals Waternet echter opmerkt, beogen de wetten en regels inzake de drinkwatervoorziening geen economische consumentenbescherming te bewerkstelligen. Deze regelgeving heeft tot doel ervoor te zorgen dat een ieder toegang heeft tot drinkwater, zowel in technische zin (door de aansluitings- en leveringsverplichting van het aangewezen drinkwaterbedrijf) als in financiële zin (door de verplichting kostendekkende en niet-discriminatoire tarieven te hanteren). Deze doelstellingen houden verband met de bescherming van de volksgezondheid en met sociale gelijkheid. Dat laatste is kenmerkend is voor een publieke dienst.

3.9 Uit dit een en ander volgt dat het hof de subsidiaire vordering van Waternet op onduidelijke gronden heeft afgewezen door te oordelen "dat de levering van water aan [verweerder] moet worden aangemerkt als ongevraagde levering" (rov. 3.12). Dit is de dragende overweging voor het oordeel van het hof dat de subsidiaire vordering, die stoelt op ongerechtvaardigde verrijking, niet kan worden toegewezen.

3.10 Voorts heeft het hof geoordeeld dat art. 7:7 BW en de daaraan ten grondslag liggende bepalingen uit Europese richtlijnen geen steun bieden aan

¹⁵ Vgl. het reeds aangehaalde arrest *Wind Tre*, punt 53 en dictum, punt 1. Zie voor een ander voorbeeld HvJEU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489 (*FNV/Smallsteps*), punt 50.

¹⁶ Dat heeft toen geleid tot een instructie aan het verwijzingshof. Vgl. HR 22 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ3083, *NJ* 2007/161, m.nt. M.R. Mok (*Staat[...]*), rov. 3.4; en HR 26 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY0539, *NJ* 2013/433, m.nt. M.R. Mok (*Residex/Rotterdam*), rov. 3.4.4.

de stelling van Waternet dat onder 'ongevraagde levering' niet is begrepen "de ongevraagde levering van een product dat (...) voorziet in een eerste levensbehoefte tegen de kostprijs door een monopolist" (rov. 3.13). In het licht van het Arrest getuigt ook deze overweging van een onjuiste rechtsopvatting. Rv. 3.13 kan daarom niet de beslissing van het hof dragen dat de subsidiaire vordering van Waternet moet worden afgewezen.

3.11 Volgens [verweerder] is sprake van een novum in cassatie voor zover het art. 7:7 lid 2 BW (oud) betreft, welke bepaling van toepassing was tot 13 juni 2014. In eerste en tweede aanleg is namelijk niet gedebatteerd over het oude recht. Ik denk dat aan dit bezwaar voorbij moet worden gegaan. De Hoge Raad heeft in het verwijzingsarrest zowel de oude als de huidige versie van art. 7:7 lid 2 BW in zijn overwegingen betrokken en geoordeeld dat art. 7:7 lid 2 BW (oud), net zo goed als het huidige art. 7:7 lid 2 BW, richtlijnconform moet worden geïnterpreteerd (verwijzingsarrest, rov. 3.4.8 en 3.5.2). Het verweer van [verweerder] dat het om een novum gaat, lijkt daarmee gepasseerd.

4 Afdoening van de zaak

4.1 Het oordeel van het hof dat geen leveringsovereenkomst tot stand is gekomen en zijn oordeel dat van een ongevraagde levering geen sprake is, kunnen niet in stand blijven. Dat betekent niet zonder meer dat er wél een leveringsovereenkomst tot stand is gekomen of dat bij gebreke daarvan [verweerder] wél ongerechtvaardigd is verrijkt. Dit brengt mij op de wijze van afdoening.

4.2 Uit de nadere schriftelijke toelichting van mr. Van der Brugge namens [verweerder] leid ik af dat indien de Hoge Raad het bestreden arrest vernietigt – anders dan door hem is bepleit –, verwijzing dient plaats te vinden omdat zowel de vraag of een overeenkomst tot stand is gekomen als de vraag of Waternet met succes beroep kan doen op ongerechtvaardigde verrijking een feitelijke beoordeling vergt.¹⁷

4.3 Mr. Vermeulen betoogt namens Waternet daarentegen dat de Hoge Raad de zaak zelf kan afdoen omdat de antwoorden van het Hof van Justitie duidelijk richting geven.¹⁸ Hij wijst er op dat [verweerder] tegen de verrijkingsovereenkomst van Waternet geen ander verweer heeft gevoerd dan het beroep op art. 7:7 lid 2 BW. Wat de vordering op de contractuele grondslag betreft kan de Hoge Raad "zonder enige nadere feitelijke beoordeling, vaststellen dat gelet op de vaststaande, onbestreden objectieve feiten [voetnoot naar het verwijzingsarrest, rov. 3.10.3] geen andere uitkomst mogelijk is, dan dat Waternet begreep en heeft mogen begrijpen dat [verweerder] door water af te nemen een daarop gerichte overeenkomst wilde afsluiten."¹⁹

¹⁷ Vgl. nadere schriftelijke toelichting namens [verweerder], punt 2 en 9 en, expliciet, zijn dupliek van 9 april 2021, punt 4.

¹⁸ Nadere schriftelijke toelichting namens Waternet, punt 2 en 15 e.v.

¹⁹ Nadere schriftelijke toelichting namens Waternet, punt 20.

4.4 Zelf afdoen is een aangewezen optie indien slechts één uitkomst mogelijk is. Dat geval doet zich hier niet voor. Met de vaststelling dat het oordeel van het hof dat geen overeenkomst tot stand is gekomen onvoldoende is gemotiveerd, is niet tevens vast komen te staan dat er tussen partijen wel een overeenkomst tot stand is gekomen. Of dat zo is, vereist een beoordeling van feiten waartoe de cassatieprocedure zich niet leent.

4.5 Op de grondslag van ongerechtvaardigde verrijking heeft Waternet voor het eerst beroep gedaan bij memorie van grieven.²⁰ [verweerder] heeft daartegen aangevoerd dat bij een ongevraagde levering de consument is vrijgesteld een betalingsverplichting, ook op grond van ongerechtvaardigde verrijking.²¹ Over de vraag of aan de vereisten van art. 6:212 BW is voldaan indien het beroep van [verweerder] op art. 7:7 lid 2 BW niet opgaat, heeft geen partijdebat plaatsgevonden. Uit de gedingstukken maak ik op dat ook de hoogte van de schade is betwist en daarom niet vaststaat.²²

4.6 Ten overvloede merk ik op dat het in deze zaak niet mogelijk is de uitspraak van het hof te vernietigen en die van de rechtbank te bekrachtigen, aangezien Waternet in eerste aanleg ook in het ongelijk is gesteld.

5 Conclusie

De conclusie strekt tot vernietiging en tot verwijzing.

Hoge Raad:

1 Procesverloop

Voor het verloop van het geding verwijst de Hoge Raad naar:

a. zijn arresten van 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1730 (NJ 2020/19; red.), en 13 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1972 (NJ 2020/20; red.);

b. het arrest in de zaak C-922/19 van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJEU) van 3 februari 2021, ECLI:EU:C:2021:91 (NJ 2022/253; red.).

De zaak is voor partijen nader schriftelijk toegelicht door hun advocaten, en voor Waternet mede door F.H. Oosterloo.

De nadere conclusie van de Advocaat-Generaal B.J. Drijber strekt tot vernietiging en verwijzing.

De advocaten van partijen hebben schriftelijk op die conclusie gereageerd.

²⁰ Zie het bestreden arrest, rov. 3.7. Bij pleidooi in hoger beroep heeft Waternet slechts gesteld dat nu er geen sprake is van een ongevraagde levering, zij "gerechtigd [is] (subsidiair) betaling te vorderen op grond van ongerechtvaardigde verrijking" (pleitnota, punt 15).

²¹ Memorie van antwoord, punt 3.8.

²² Vgl. de betwisting zijdens [verweerder] bij pleidooi in hoger beroep (pleitnota, slot).

2 *Uitgangspunten en feiten*

Voor de feiten waarvan in cassatie kan worden uitgegaan, de vordering van Waternet, de beslissingen van de kantonrechter en het hof, en de voor de beoordeling in cassatie relevante overwegingen van het hof, verwijst de Hoge Raad naar de rov. 2.1-2.4 van zijn tussenarrest van 13 december 2019 (hierna: het tussenarrest).¹

3 *Verdere beoordeling van het middel*

3.1.1 De Hoge Raad heeft in het tussenarrest de volgende prejudiciële vragen voorgelegd aan het HvJEU:

“1. Moeten art. 9 Richtlijn koop op afstand en art. 27 Richtlijn consumentenrechten, in verbinding met art. 5 lid 5 en punt 29 van bijlage I van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken, aldus worden uitgelegd dat sprake is van een ongevroegde levering van drinkwater in de zin van deze bepalingen, indien de handelspraktijk van het drinkwaterbedrijf in het volgende bestaat:

(i) het drinkwaterbedrijf is op grond van de wet (a) binnen het hem toegewezen distributiegebied exclusief bevoegd en verplicht tot levering van drinkwater door middel van leidingen, en (b) verplicht om degene die daarom verzoekt een aanbod te doen tot aansluiting op de openbare drinkwatervoorziening en om een aanbod te doen tot levering van drinkwater;

(ii) het drinkwaterbedrijf handhaaft de aansluiting van de woning van de consument op de openbare drinkwatervoorziening zoals die bestond voordat de consument de woning betrok, waardoor er druk op de waterleidingen in de woning van de consument staat, en waardoor de consument na het verrichten van een actieve en bewuste handeling – bestaande in het open draaien van de kraan of een daaraan gelijk te stellen handeling – desgewenst drinkwater kan afnemen, ook nadat de consument kenbaar heeft gemaakt dat hij geen overeenkomst tot levering van drinkwater wenst aan te gaan; en

(iii) het drinkwaterbedrijf brengt kosten in rekening voor zover de consument door het verrichten van een actieve en bewuste handeling daadwerkelijk drinkwater heeft afgenomen, waarbij de gehanteerde tarieven kostendekkend, transparant en niet discriminerend zijn en daarop door de overheid wordt toegezien?

2. Staan art. 9 Richtlijn koop op afstand en art. 27 Richtlijn consumentenrechten, in verbinding met art. 5 lid 5 en punt 29 van bijlage I van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken, eraan in de weg dat wordt aangenomen dat tussen het drinkwaterbedrijf en de consument een overeenkomst tot levering van drinkwater tot stand komt, indien (i) de consument, evenals de gemiddelde consument in Nederland, weet dat aan de levering van drinkwater kosten zijn ver-

bonden, (ii) de consument niettemin gedurende een lange periode structureel drinkwater verbruikt, (iii) de consument, ook nadat hij van het drinkwaterbedrijf een welkome brief, facturen en aanmaningen heeft ontvangen, zijn waterverbruik voortzet, en (iv) de consument, nadat een rechterlijke machtiging is verleend om de drinkwateraansluiting van de woning af te sluiten, laat weten dat hij wel degelijk een overeenkomst met het drinkwaterbedrijf wenst?”

3.1.2 Het HvJEU² heeft deze vragen als volgt beantwoord:

“1) Artikel 9 van richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 1997 betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten en artikel 27 van richtlijn 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2011 betreffende consumentenrechten, tot wijziging van richtlijn 93/13/EEG van de Raad en van richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van richtlijn 85/577/EEG en van richtlijn 97/7 van het Europees Parlement en de Raad – gelezen in samenhang met artikel 5, lid 5, van richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van richtlijn 84/450/EEG van de Raad, richtlijnen 97/7, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad alsook met punt 29 van bijlage I bij deze richtlijn – zijn niet van toepassing op de totstandkoming van overeenkomsten, zodat het aan de verwijzende rechter staat om overeenkomstig de nationale regeling te beoordelen of ervan kan worden uitgegaan dat een overeenkomst is gesloten tussen een drinkwaterbedrijf en een consument, wanneer deze consument daarmee niet expliciet heeft ingestemd.

2) Het begrip ‘ongevraagde levering’ in de zin van punt 29 van bijlage I bij richtlijn 2005/29 moet aldus worden uitgelegd dat het zich, onder voorbehoud van de door de verwijzende rechter te verrichten verificaties, niet uitstrekt tot een handelspraktijk van een drinkwaterbedrijf die erin bestaat dat de aansluiting op de openbare drinkwatervoorziening in stand wordt gehouden wanneer een consument een eerder bewoonde woning betreft, ingeval deze consument geen keuzevrijheid heeft wat betreft het drinkwaterbedrijf, dat bedrijf kostendekkende, transparante en niet-discriminerende tarieven hanteert die gebaseerd zijn op het drinkwaterverbruik, en de consument weet dat die woning aangesloten is op de openbare drinkwatervoorziening en dat de levering van drinkwater niet gratis is.”

1 HR 13 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1972 (NJ 2020/20; red.).

2 HvJEU 3 februari 2021, zaak C-922/19, ECLI:EU:C:2021:91 (NJ 2022/253; red.).

3.2.1 De Hoge Raad ziet aanleiding eerst onderdeel 2 van het middel te behandelen. Voor de weergave van de klachten van dat onderdeel verwijst de Hoge Raad naar rov. 3.1.2 van het tussenarrest.

3.2.2 Gelet op het hiervoor in 3.1.2 onder 1) geciteerde antwoord van het HvJEU dient in een geval als het onderhavige op grond van het nationale recht te worden beoordeeld of een overeenkomst tot stand is gekomen.

Het antwoord op de vraag of een overeenkomst tot stand is gekomen, is naar Nederlands recht afhankelijk van wat beide partijen over en weer hebben verklaard en uit elkaars verklaringen en gedragingen, overeenkomstig de zin die zij daaraan in de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mochten toekennen, hebben afgeleid.³ Aanbod en aanvaarding behoeven niet uitdrukkelijk plaats te vinden. Zij kunnen in elke vorm plaatsvinden en kunnen besloten liggen in een of meer gedragingen.⁴

3.2.3 Het oordeel van het hof (in rov. 3.9) dat tussen Waternet en [verweerder] geen overeenkomst tot waterlevering tot stand is gekomen, berust erop dat betrekkelijk korte tijd nadat Waternet zich schriftelijk tot [verweerder] had gewend, [verweerder] zowel telefonisch als schriftelijk aan Waternet kenbaar heeft gemaakt dat er geen contractuele relatie was en dat hij die ook niet wenste.

Dit oordeel geeft blijk van een onjuiste rechtsopvatting voor zover het berust op een miskening van hetgeen hiervoor in 3.2.2 is overwogen. Indien het hof dat niet heeft miskend, is het bedoelde oordeel zonder nadere toelichting niet begrijpelijk in het licht van de door Waternet aangevoerde omstandigheden (i) dat [verweerder], evenals elke andere consument, wist dat de levering van drinkwater niet gratis is, (ii) dat [verweerder] niettemin bijna vier jaar lang structureel drinkwater heeft verbruikt, (iii) dat [verweerder], ook nadat hij de welkombrief van Waternet en de daaropvolgende facturen en aanmaningen had ontvangen, zijn waterverbruik heeft voortgezet, en (iv) dat [verweerder], nadat een rechterlijke machtiging was verleend om de drinkwateraansluiting van de woning af te sluiten, heeft laten weten dat hij toch een overeenkomst met Waternet wenste.

De in rov. 3.1.2 van het tussenarrest weergegeven klachten slagen dus.

3.3.1 Onderdeel 1 klaagt onder meer dat het hof (in de rov. 3.12-3.13) heeft miskend dat het leveren van drinkwater in Nederland niet onder de reikwijd-

te van de Richtlijn consumentenrechten⁵ en de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken⁶ valt. Indien een waterbedrijf water levert aan een consument op grond van de wettelijke verplichting tot aansluiting en leveren, kan geen sprake zijn van 'ongevraagde levering' en in dergelijke gevallen is de contractuele remedie die consumenten wordt geboden in art. 27 Richtlijn consumentenrechten niet van toepassing, aldus het onderdeel.

3.3.2 Het HvJEU heeft in zijn prejudiciële beslissing onder meer het volgende overwogen:

"49 In voorkomend geval moet worden onderzocht of een handelspraktijk zoals de in het hoofdgeding aan de orde zijnde praktijk inzake drinkwatervoorziening binnen de werkingssfeer van richtlijn 2005/29 valt.

50 Artikel 1 van deze richtlijn, gelezen in het licht van overweging 23 ervan, bepaalt onder meer dat zij tot doel heeft bij te dragen tot de goede werking van de interne markt en een hoog niveau van consumentenbescherming te bieden door de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten inzake oneerlijke handelspraktijken die schade toebrengen aan de economische belangen van de consumenten, onderling aan te passen.

51 Derhalve valt een nationale wettelijke regeling slechts binnen de werkingssfeer van die richtlijn wanneer met die regeling doelstellingen worden nagestreefd die verband houden met consumentenbescherming (zie in die zin beschikking van 4 oktober 2012, Pelckmans Turnhout, C-559/11, niet gepubliceerd, EU:C:2012:615, punt 20).

52 In dit verband zij opgemerkt dat de doelstellingen van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale wettelijke regeling niet duidelijk naar voren komen uit de verwijzingsbeslissing of uit het dossier waarover het Hof beschikt. Het staat dan ook aan de verwijzende rechter om na te gaan of de praktijk van Stichting Waternet voortvloeit uit de toepassing van nationale bepalingen waarmee doelstellingen worden nagestreefd die verband houden met de bescherming van de economische belangen van de consumenten, en of die praktijk dus binnen de werkingssfeer van richtlijn 2005/29 valt, dan wel of die praktijk – integendeel – enkel strekt

5 Richtlijn 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2011 betreffende consumentenrechten, tot wijziging van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad en van Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijn 85/577/EEG en van Richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad, *PbEU* 2011, L 304, p. 64.

6 Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG van de Raad, Richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van Verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad ("Richtlijn oneerlijke handelspraktijken"), *PbEU* 2005, L 149, p. 22.

3 Vgl. HR 17 december 1976, ECLI:NL:HR:1976:AC5835 (*Bunde/Erkens*) (NJ 1977/241, m.nt. G.J. Scholten; red.).

4 HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD5352, rov. 3.7 (NJ 2002/60; red.); HR 16 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ2213, rov. 3.4 (NJ 2011/572, m.nt. M.R. Mok; red.).

tot bescherming van andere openbare belangen, zoals de volksgezondheid. De verwijzende rechter dient enkel na te gaan of de praktijk van Stichting Watermet een 'ongevraagde levering' is indien hij van oordeel is dat deze praktijk, gelet op het vorige punt van dit arrest, binnen de werkingssfeer van richtlijn 2005/29 valt."

3.3.3 Het wettelijke stelsel met betrekking tot de openbare drinkwatervoorziening in Nederland wordt gevormd door de Drinkwaterwet en de daarop gebaseerde regelingen. De Hoge Raad verwijst daarvoor naar de rov. 3.7.1-3.7.4 van het tussenarrest. In aanvulling daarop overweegt de Hoge Raad het volgende.

3.3.4 De Drinkwaterwet is een uitwerking van het in art. 22 lid 1 Grondwet vastgelegde grondrecht dat de overheid maatregelen treft ter bevordering van de volksgezondheid.⁷ De aanhef van de Drinkwaterwet luidt onder meer als volgt:⁸

"Alzo Wij in overweging genomen hebben, dat het in het belang van een duurzame veiligstelling van de openbare drinkwatervoorziening en in het belang van de volksgezondheid wenselijk is de bepalingen van de Waterleidingwet inzake de productie en distributie van drinkwater en de organisatie van de openbare drinkwatervoorziening aan te vullen, te verbeteren en te moderniseren en deze in een nieuwe wet onder te brengen, met inachtneming van richtlijn nr. 98/83/EG van de Raad van de Europese Unie van 3 november 1998 betreffende de kwaliteit van voor menselijke consumptie bestemd water (...)"

Doelstelling van de Drinkwaterwet is de bevordering van de volksgezondheid, door de voorziening van drinkwater aan alle consumenten op een maatschappelijk verantwoorde wijze te waarborgen.⁹ Ook de Drinkwaterrichtlijn,¹⁰ waarnaar in de aanhef van de Drinkwaterwet wordt verwezen, heeft ten doel de volksgezondheid te beschermen (zie art. 1 lid 2 Drinkwaterrichtlijn).

De in de Drinkwaterwet opgenomen regeling van de verplichtingen van het drinkwaterbedrijf inzake het voorzien van een aansluiting en de levering van drinkwater en de aard van de daarbij te hantieren tarieven en voorwaarden, is ter bescherming van de consumenten noodzakelijk geacht omdat drinkwater een primaire levensbehoefte is.¹¹ In de wetsgeschiedenis is in dit verband onder meer opgemerkt dat de drinkwatervoorziening een publieke dienst van groot algemeen (niet-economisch) belang is, dat de overheid zorg dient te dragen voor een duurzame veiligstelling van de openbare drinkwatervoorziening, dat de uitvoering dient plaats te vinden op een doelmatige wijze en tegen maatschappelijk aanvaardbare kosten, en dat uitgangs-

punt is dat de dienstverlening op een kostendekkende wijze plaatsheeft.¹² Ten aanzien van de prijs van het drinkwater is opgemerkt dat de kwaliteit van de drinkwatervoorziening voorop staat. Alle kosten die nodig zijn om de gewenste hoge kwaliteit van de drinkwatervoorziening te waarborgen, mogen in het tarief worden meegenomen.¹³

3.3.5 Uit het voorgaande volgt dat de doelstellingen die de Drinkwaterwet nastreeft verband houden met het belang van de volksgezondheid en niet met de bescherming van de economische belangen van consumenten.

Dit betekent, mede gelet op hetgeen het HvJEU in de punten 49-52 (zie hiervoor in 3.3.2) heeft overwogen, dat het krachtens de Drinkwaterwet leveren van drinkwater niet valt binnen de werkingssfeer van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken. Die levering valt evenmin binnen de werkingssfeer van art. 9 Richtlijn koop op afstand¹⁴ en art. 27 Richtlijn consumentenrechten, omdat de werking van die bepalingen aanknoopt bij het verstrekken van een ongevraagde levering zoals verboden door art. 5 lid 5 en punt 29 van bijlage I van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken.

3.3.6 Art. 7:7 lid 2 (oud) BW strekte tot implementatie van art. 9 Richtlijn koop op afstand, zoals gewijzigd door art. 15 Richtlijn oneerlijke handelspraktijken (zie rov. 3.4.2 van het tussenarrest) en art. 7:7 lid 2 BW strekt tot implementatie van art. 27 Richtlijn consumentenrechten (zie rov. 3.5.2 van het tussenarrest). Uit de wetsgeschiedenis volgt niet dat is beoogd om met art. 7:7 lid 2 (oud) BW en art. 7:7 lid 2 BW aspecten te regelen die niet door voornoemde bepalingen uit de richtlijnen worden bestreken.¹⁵ Dit betekent dat niet hoeft te worden beoordeeld of de levering van drinkwater door Watermet aan [verweerder] een ongevraagde levering in de zin van art. 7:7 lid 2 (oud) BW en art. 7:7 lid 2 BW was. Art. 7:7 lid 2 (oud) BW en art. 7:7 lid 2 BW zijn op die levering immers niet van toepassing. Het andersluidende oordeel van het hof is onjuist. De daarop gerichte klachten slagen.

3.4 De overige klachten van het middel behoeven, gelet op het voorgaande, geen behandeling.

3.5.1 Voor zover onderdeel 1 erover klaagt dat het hof (in rov. 3.1.2-3.1.4) is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting ten aanzien van het begrip 'ongevraagde levering' in art. 7:7 lid 2 BW, merkt de Hoge Raad – ten overvloede – nog het volgende op.

3.5.2 Gelet op het hiervoor in 3.1.2 onder 2) geciteerde antwoord van het HvJEU zou, indien art. 7:7 lid 2 (oud) BW en art. 7:7 lid 2 BW van toepassing

7 *Kamerstukken I* 2008/09, 30895, D, p. 4.

8 *Stb.* 2009, 370.

9 *Kamerstukken II* 2006/07, 30895, nr. 3, p. 5.

10 Richtlijn 98/83/EG van de Raad van 3 november 1998 betreffende de kwaliteit van voor menselijke consumptie bestemd water, *PbEG* L 330, p. 32.

11 *Kamerstukken II* 2006/07, 30895, nr. 3, p. 46.

12 *Kamerstukken II* 2006/07, 30895, nr. 3, p. 47 en *Kamerstukken I* 2008/09, 30895, D, p. 2-4.

13 *Kamerstukken I* 2008/09, 30895, D, p. 17.

14 Richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 1997 betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten, *PbEU* 1997, L 144, p. 19.

15 *Kamerstukken II* 1999/2000, 26861, nr. 3, p. 7, 11-12 en 15, *Kamerstukken II* 2007/08, 30928, nr. 10, p. 3 en *Kamerstukken II*, 2012/13, 33520, nr. 3, p. 1 en 57-58.

zouden zijn geweest op de levering van drinkwater, richtlijnconforme interpretatie meebrengen dat geen sprake is van een ongevraagde levering in de zin van die bepalingen voor zover een handelspraktijk van een drinkwaterbedrijf erin bestaat dat de aansluiting op de openbare drinkwatervoorziening in stand wordt gehouden wanneer een consument een eerder bewoonde woning betreft, ingeval deze consument geen keuzevrijheid heeft wat betreft het drinkwaterbedrijf, dat bedrijf kostendekkende, transparante en niet-discriminerende tarieven hanteert die gebaseerd zijn op het drinkwaterverbruik, en de consument weet dat die woning aangesloten is op de openbare drinkwatervoorziening en dat de levering van drinkwater niet gratis is.

3.5.3 Vast staat dat de levering van drinkwater door Waternet aan [verweerder] heeft plaatsgevonden onder de hiervoor in 3.5.2 genoemde omstandigheden. Het hof had dan ook niet tot een ander oordeel kunnen komen dan dat van een ongevraagde levering in de zin van art. 7:7 lid 2 (oud) BW en art. 7:7 lid 2 BW geen sprake is geweest. Ook indien art. 7:7 lid 2 (oud) BW en art. 7:7 lid 2 BW wel van toepassing zouden zijn geweest op de levering van drinkwater door Waternet aan [verweerder], had het oordeel van het hof dus niet in stand kunnen blijven.

4 *Beslissing*

De Hoge Raad:

- vernietigt het arrest van het Gerechtshof Amsterdam van 10 april 2018;
- verwijst het geding naar het Gerechtshof Den Haag ter verdere behandeling en beslissing;
- veroordeelt [verweerder] in de kosten van het geding in cassatie, daaronder begrepen de kosten verband houdende met de behandeling van de zaak bij het Hof van Justitie van de Europese Unie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Waternet begroot op € 973,19 aan verschotten en € 4.800 voor salaris.

Noot

1. Deze zaak betreft een betrekkelijk alledaags fenomeen: een Amsterdammer betreft in september 2012 een nieuwe woning, constateert dat de wuertoevoer niet is afgesloten en neemt vervolgens water af zonder hierover contact op te nemen met het plaatselijke drinkwaterbedrijf, Waternet. De rekeningen tot 1 januari 2014 worden voldaan door de oude bewoner. Pas in november 2014 stuurt Waternet, dat in Amsterdam een monopolie voor de levering van drinkwater heeft, een welkomstbrief aan de nieuwe bewoner. Vanaf 18 november 2014 volgen dan facturen voor de levering van drinkwater vanaf 1 januari 2014. De nieuwe bewoner heeft in reactie op de welkomstbrief echter zowel telefonisch als schriftelijk aan Waternet laten weten dat hij geen waterleveringsovereenkomst had gesloten en niet bereid was om voor het geleverde drinkwater te betalen. Hij heeft de facturen tot 18 november 2016 dan ook niet betaald. Vanaf die datum heeft de be-

woner, onder druk van een mogelijke afsluiting, echter alsnog een leveringsovereenkomst gesloten en de sindsdien verschuldigde bedragen voldaan. De hele procedure — in 3 instanties, met twee arresten van de Hoge Raad en een arrest van het Hof van Justitie — betreft daarmee een vordering van € 283,79 plus wettelijke rente en kosten, voor de levering van drinkwater in de periode van 1 januari 2014 tot 18 november 2016. De kern van het geschil betreft de vraag of tussen partijen een geldige overeenkomst is gesloten, dan wel dat sprake is van ongevraagde levering als bedoeld in art. 7:7 BW. In het eerste geval is de bewoner gehouden het bedrag te voldoen, in het andere geval hoeft hij niets te betalen.

2. Het verweer van de bewoner tegen de vordering van Waternet wordt in eerste aanleg en in hoger beroep gehonoreerd omdat, aldus het hof, de bewoner uitdrukkelijk kenbaar had gemaakt juist geen waterleveringsovereenkomst te willen sluiten nadat hij in november 2014 de welkomstbrief van Waternet had ontvangen. Zowel kantonrechter als hof oordeelden dan ook dat sprake was van ongevraagde levering als bedoeld in art. 7:7 lid 2 BW, zodat de bewoner niet hoefde te betalen voor het geleverde drinkwater.

3. In cassatie voert Waternet, vereenvoudigd weergegeven, aan dat van ongevraagde levering in de zin van art. 7:7 BW geen sprake is bij de levering van drinkwater aan de eigen woning van een bewoner en die bewoner zelf de kraan opendraait om het drinkwater te kunnen afnemen. Om die reden kan ook geen sprake zijn van een agressieve handelspraktijk van Waternet.

4. In zijn arrest van 13 december 2019 (NJ 2020/20) overwoog de Hoge Raad dat de drinkwaterbedrijven in Nederland op grond van de Drinkwaterwet (Wet van 18 juli 2009, *Stb.* 2009, 370) binnen hun verzorgingsgebied beschikken over een wettelijk vastgelegde monopoliepositie en dat voor elk bedrijf een aansluitings- en leveringsplicht geldt. Ook zijn de drinkwaterbedrijven wettelijk verplicht om een beleid te voeren dat erop is gericht te voorkomen dat consumenten worden afgesloten van de openbare drinkwatervoorziening (rov. 3.7.1-3.7.2). De Hoge Raad stelde vast dat het in Nederland gangbaar is dat bij een verhuizing de drinkwateraansluiting niet (direct) wordt afgesloten om aan de aansluitings- en leveringsplicht te kunnen voldoen en om te voorkomen dat de afsluiting mogelijk te maken, de woning moet worden betreden. Deze praktijk heeft er volgens de Hoge Raad toe geleid dat de gemiddelde consument in Nederland die een voordien reeds bewoonde woning betreft, ervan op de hoogte is — en zelfs zal verwachten — dat die woning is aangesloten op de openbare drinkwatervoorziening en dat de levering van drinkwater wordt voortgezet. Ook is de gemiddelde consument in Nederland ermee bekend dat aan de levering van drinkwater kosten zijn verbonden (rov. 3.8). Ook in de bij de Hoge Raad dienende zaak zijn deze omstandigheden aan de orde (rov. 3.9.1-3.9.2). De Hoge Raad constateerde vervolgens

dat omdat de woning niet was afgesloten van de drinkwatervoorziening, er druk op de waterleidingen in de woning van de nieuwe bewoner is blijven staan en dat dit tot gevolg heeft dat telkens wanneer de nieuwe bewoner de kraan opendraaide (of de wasmachine of vaatwasser startte, etc.), Waternet drinkwater aan hem leverde. Dit betekent, aldus de Hoge Raad, dat de bewoner steeds een actieve en bewuste handeling heeft moeten verrichten om daadwerkelijk drinkwater van Waternet af te nemen (rov. 3.9.3). Voor dat waterverbruik heeft Waternet bedragen in rekening gebracht die, overeenkomstig de daarvoor geldende regelgeving slechts kostendekkend, transparant en niet discriminerend mogen zijn en jaarlijks gepubliceerd moeten worden (rov. 3.9.4 en 3.7.4).

5. De Hoge Raad stelde vast dat hiermee de vraag aan de orde is of onder deze omstandigheden sprake is van een agressieve handelspraktijk op grond van art. 6:193i onder f BW en van ongevraagde levering op grond van art. 7:7 lid 2 BW, dan wel of tussen partijen een overeenkomst tot stand is gekomen. Het antwoord op deze vraag is afhankelijk van de uitleg van art. 9 Richtlijn koop op afstand (Richtlijn 97/7/EG, *PbEU* 1997, L 144/19), art. 27 Richtlijn consumentenrechten (Richtlijn 2011/83/EU, *PbEU* 2011, L 304/64) en art. 5 lid 5 en punt 29 van bijlage I van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken (Richtlijn 2005/29/EG, *PbEU* 2005, L 149/22), van welke bepalingen art. 6:193i onder f en art. 7:7 lid 2 BW de implementatie vormen. De Hoge Raad stelde daarom in zijn arrest van 13 december 2019 vast dat hieromtrent prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie moeten worden gesteld.

6. Het Hof van Justitie beantwoordde deze vragen in een arrest van 3 februari 2021 (nr. C-922/19, *NJ* 2022/253). Het Hof van Justitie stelde voorop dat geen van de drie richtlijnen regels bevat over de totstandkoming, sluiting of geldigheid van overeenkomsten, zodat de vraag of een overeenkomst tot stand is gekomen indien de consument niet uitdrukkelijk met de totstandkoming van de overeenkomst heeft ingestemd, naar Nederlands recht moet worden beoordeeld (punten 40-45). Als het antwoord daarop bevestigend is, is geen sprake van ongevraagde levering in de zin van art. 9 Richtlijn koop op afstand en art. 27 Richtlijn consumentenrechten (punt 46). In de door de Hoge Raad geschetste omstandigheden is de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken, en daarmee de bepaling over agressieve handelspraktijken in art. 6:193i onder f BW, niet van toepassing indien de handelspraktijk van Waternet voortvloeit uit de toepassing van nationale bepalingen waarmee doelstellingen worden nagestreefd die geen verband houden met consumentenbescherming en die bepalingen alleen strekken tot bescherming van andere openbare belangen, zoals de volksgezondheid (punt 51).

7. In het vervolgarrest van 17 december 2021 (*NJ* 2022/254) stelt de Hoge Raad vast dat eerst moet worden vastgesteld of naar Nederlands recht tussen partijen een overeenkomst is gesloten. Het

antwoord op die vraag is, overeenkomstig het bekende arrest *Bunde/Erckens* (HR 17 december 1976, *NJ* 1977/241, m.nt. G.J. Scholten) afhankelijk van wat beide partijen over en weer hebben verklaard en wat zij uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben afgeleid en hebben mogen afleiden. Voor zowel aanbod als aanvaarding geldt overeenkomstig art. 3:37 lid 1 BW dat geen vormvereiste geldt en dat zij (dus) ook besloten kunnen liggen in een of meer gedragingen (rov. 3.2.2). Het enkele feit dat de nieuwe bewoner kort na de ontvangst van de welkomstbrief zowel telefonisch als schriftelijk aan Waternet kenbaar had gemaakt dat er geen contractuele relatie tussen hen bestond en dat hij een dergelijke relatie ook niet wenste, betekent niet dat er tussen hen geen overeenkomst tot stand kan zijn gekomen. Daarbij neemt de Hoge Raad in ogenschouw dat ook deze bewoner wist dat levering van drinkwater niet gratis is, hij niettemin bijna vier jaar lang structureel drinkwater heeft verbruikt en dat hij daarmee is doorgestaan nadat hij de welkomstbrief van Waternet en de daaropvolgende facturen en aanmaningen had ontvangen, en dat hij, nadat een rechterlijke machtiging was verleend om de drinkwateraansluiting van de woning af te sluiten, aan Waternet heeft laten weten dat hij vanaf dat moment wél een overeenkomst met Waternet wenste. Onder deze omstandigheden geeft het oordeel van het gerechtshof dat geen overeenkomst was gesloten, blijk van een onjuiste rechtsopvatting dan wel een onbegrijpelijke motivering (rov. 3.2.3).

8. De Hoge Raad stelt vervolgens (rov. 3.3.3-3.3.6) vast dat de Drinkwaterwet een uitwerking vormt van het in art. 22 lid 1 Grondwet vastgelegde grondrecht dat de overheid maatregelen treft ter bevordering van de volksgezondheid en de Drinkwaterwet in dat kader moet waarborgen dat de voorziening van drinkwater aan alle consumenten op een maatschappelijk verantwoorde wijze plaatsvindt. De in de wet opgenomen regeling van de aansluitings- en leveringsplicht en de aard van de daarbij te hanteren tarieven en voorwaarden is, zo constateert de Raad, blijkens de parlementaire geschiedenis nodig geacht omdat drinkwater een primaire levensbehoefte is, waarbij de drinkwatervoorziening is aangemerkt als een publieke dienst van groot algemeen (niet-economisch) belang. De Hoge Raad leidt hieruit af dat de doelstellingen die de Drinkwaterwet nastreeft verband houden met het belang van de volksgezondheid en niet met de bescherming van de economische belangen van consumenten. Daaruit volgt dat de levering van drinkwater niet valt binnen de werkingssfeer van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken en ook niet binnen de werkingssfeer van art. 9 Richtlijn koop op afstand en art. 27 Richtlijn consumentenrechten. Dat betekent dat geen sprake is van een agressieve handelspraktijk in de zin van art. 6:193i onder f BW en geen sprake is van ongevraagde levering in de zin van art. 7:7 lid 2 BW. Ook op dit punt wordt het arrest van het gerechtshof daarom gecasseerd.

9. De arresten van de Hoge Raad en het Hof van Justitie stemmen in ieder geval mij tot tevredenheid. De handelwijze van de Amsterdamse bewoner komt weinig sympathiek over, omdat hij wel zei geen overeenkomst te willen sluiten, maar wel drinkwater afnam. Dergelijk *free rider*-gedrag betekent dat de kosten van de levering aan deze bewoner zouden moeten worden omgeslagen over de andere inwoners van de hoofdstad. Bovendien zou, indien hij ook in hoogste instantie gelijk zou hebben gekregen, zijn gedrag onmiddellijk gekopieerd worden door andere consumenten. Daarmee zou de in Nederland gangbare praktijk dat de watertoevoer niet zou worden afgesloten bij de beëindiging van de waterleveringsovereenkomst door de oude bewoner, op losse schroeven komen te staan. Omdat voor afsluiting en heraansluiting veelal de woning moet worden betreden, is deze procedure relatief kostbaar en tijdrovend. Die kosten zouden dan weer verhaald worden op de bewoners. Daarmee zou het kleine voordeel dat deze Amsterdammer dacht te behalen hebben kunnen leiden tot een aanzienlijke kostenpost voor iedere Nederlander die verhuist. Dat is noch maatschappelijk, noch economisch wenselijk. Het recht sluit daar dus gelukkig bij aan.

10. Een interessante vraag is in hoeverre de uitspraken van Hoge Raad en Hof van Justitie ook verder getrokken kunnen worden. Ook bij de levering en het netbeheer en transport van energie is afsluiting mogelijk, en ook daar kan het nodig zijn hiertoe de woning te betreden. Dat maakt dat ook hier het gangbaar is om de energietoevoer niet direct af te sluiten bij een verhuizing. Bij energie bestaat wel concurrentie ten aanzien van de levering, maar voor het netbeheer en het transport van elektriciteit en gas geldt een soortgelijke situatie als bij de levering van water. De regels die gelden voor zowel een energieleveringsovereenkomst met een leverancier of een aansluitings- en transportovereenkomst met een netbeheerder zijn echter samengebracht in een paragraaf met de titel Consumentenbescherming (§ 1c van Hoofdstuk 8 van de Elektriciteitswet 1998 en paragraaf 5.3a van Hoofdstuk 5 van de Gaswet). Aan deze regels liggen dus (ook) overwegingen van consumentenbescherming ten grondslag, en dat betekent dat de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken zowel ten aanzien van de levering als ten aanzien van het netbeheer en het transport van elektriciteit en gas van toepassing is. Ook art. 7:7 lid 2 BW is op de ongevraagde levering van energie en op ongevraagde levering van diensten als die van de netbeheerder van toepassing. Zeker gelet op de hoge energieprijzen van dit moment lijkt het een kwestie van tijd dat iemand op het idee komt om na een verhuizing 'gratis energie' af te nemen. De uitkomst van de procedure zou dan wel eens heel anders kunnen zijn.

M.B.M. Loos