

C-922/19 - 1

ECLI:NL:HR:2019:1972

Instantie Hoge Raad
Datum uitspraak 13-12-2019
Datum publicatie 13-12-2019
Zaaknummer 18/02999
Rechtsgebieden Civiel recht
Bijzondere kenmerken Cassatie
Inhoudsindicatie

Contractenrecht; consumentenrecht. Vervolg van HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1730. Is tussen consument en drinkwaterbedrijf een overeenkomst tot stand gekomen of is sprake van ongevraagde levering van drinkwater? Art. 7:7 lid 2 BW (oud en nieuw). Uitleg van Richtlijn 97/7/EG (koop op afstand), Richtlijn 2005/29/EG (oneerlijke handelspraktijken) en Richtlijn 2011/83/EU (consumentenrechten). Hoge Raad stelt prejudiciële vragen aan HvJEU.

Vindplaatsen Rechtspraak.nl

Uitspraak

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

CIVIELE KAMER

Nummer 18/02999

Datum 13 december 2019

ARREST

In de zaak van

STICHTING WATERNET,
gevestigd te Amsterdam,
EISERES tot cassatie,
hierna: Waternet,

Ingeschreven in het register van het Hof van Justitie onder nr. <u>1.137.643</u>	
Luxemburg	18. 12. 2019 De Griffier, voor deze
Fax/E-mail:	<u>po. dr. H. de J. v.</u>
Neergelegd op: <u>17.12.19</u>	Maria Manuela Ferreira Hoofdadministrateur

advocaat: mr. F.E. Vermeulen,

tegen

MG

[verweerder],

wonende te [woonplaats],

VERWEERDER in cassatie,

hierna: [verweerder],

advocaat: mr. R.K. van der Brugge.

1 Procesverloop

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar zijn arrest van 8 november 2019 (ECLI:NL:HR:2019:1730).

In het arrest van 8 november 2019 heeft de Hoge Raad partijen in de gelegenheid gesteld zich uit te laten over de beoogde vragen van uitleg als in die uitspraak vermeld.

De advocaten van partijen hebben zich ieder schriftelijk over die vragen uitgelaten. De Hoge Raad ziet daarin aanleiding de eerste prejudiciële vraag en rov. 3.10.1 aan te vullen. Voorts zijn in rov. 3.5.3 een passage en een verwijzing toegevoegd.

2 Uitgangspunten en feiten

2.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Waternet is een drinkwaterbedrijf dat krachtens de Drinkwaterwet exclusief is belast met het leveren van drinkwater dat door middel van leidingen ter beschikking wordt gesteld in de gemeente Amsterdam.

- i) [verweerder] is sinds september 2012 bewoner van een woning te Amsterdam (hierna: de woning). [verweerder] heeft zich, toen hij de woning betrok, niet bij Waternet gemeld als nieuwe bewoner en de vorige bewoner heeft zich toen niet afgemeld. Waternet heeft drinkwater geleverd op dit adres.
- ii) De facturen voor de levering van drinkwater in de periode tot 1 januari 2014 zijn betaald door de vorige bewoner van de woning.
- iii) Op 12 november 2014 heeft Waternet een zogeheten welkombrief aan [verweerder] gestuurd.
- iv) Vanaf 18 november 2014 heeft Waternet [verweerder] facturen toegestuurd voor de levering van drinkwater in de periode vanaf 1 januari 2014.
- v) [verweerder] heeft geen betaling verricht op de door Waternet toegezonden facturen die zien op de periode van 1 januari 2014 tot 18 november 2016.
- vi) De afsluiting van de drinkwata aansluiting kan alleen in de woning plaatvinden.

2.2 Waternet vordert in deze procedure, na wijziging van eis en voor zover in cassatie van belang, veroordeling van [verweerder] tot betaling van € 283,79, vermeerderd met wettelijke rente en kosten.

In eerste aanleg vorderde Waternet subsidiair machtiging tot afsluiting van de drinkwata aansluiting, voor het geval de kantonrechter tot de slotsom zou komen dat tussen

partijen geen overeenkomst tot stand is gekomen. Deze subsidiaire vordering is, na wijziging van eis in hoger beroep, in cassatie niet meer aan de orde.

Aan haar vordering heeft Waternet primair ten grondslag gelegd dat zij met [verweerder] een overeenkomst tot levering van drinkwater heeft gesloten. In hoger beroep heeft zij haar vordering subsidiair gegrond op ongerechtvaardigde verrijking.

[verweerder] heeft hiertegen ingebracht, kort gezegd, dat hij geen overeenkomst met Waternet heeft gesloten en dat Waternet ongevraagd drinkwater aan hem heeft geleverd.

2.3 De kantonrechter heeft de primaire vordering van Waternet tot betaling van het geleverde drinkwater afgewezen. Daartoe heeft de kantonrechter overwogen, kort gezegd, dat [verweerder] geen handelingen heeft verricht waardoor Waternet gerechtvaardigd erop mocht vertrouwen dat [verweerder] het aanbod tot levering van drinkwater heeft aanvaard. Daardoor is volgens de kantonrechter sprake van ongevraagde levering als bedoeld in art. 7:7 lid 2 BW.

De kantonrechter heeft de subsidiair gevorderde machtiging tot afsluiting van de drinkwateraansluiting toegewezen indien [verweerder] niet binnen veertien dagen na betekening van het vonnis aan Waternet uitdrukkelijk kenbaar heeft gemaakt dat hij de levering van water wil.

2.4 Het hof heeft het vonnis van de kantonrechter, voor zover aan zijn oordeel onderworpen, bekrachtigd. Hiertoe heeft het hof, voor zover in cassatie van belang, als volgt overwogen.

Na het vonnis van de kantonrechter heeft [verweerder] bij brief van 12 november 2016 aan Waternet verzocht drinkwater te leveren, zodat de vordering van Waternet waarover het hof heeft te oordelen, alleen betreft de vordering tot betaling voor waterverbruik in de periode van 1 januari 2014 tot 18 november 2016 ten bedrage van € 283,79. (rov. 3.5)

De stelling van Waternet dat tussen partijen sinds 2014 een overeenkomst tot levering van drinkwater bestaat, moet worden verworpen. [verweerder] heeft immers betrekkelijk korte tijd nadat Waternet zich in november 2014 tot hem had gewend, zowel telefonisch als schriftelijk aan Waternet kenbaar gemaakt dat hij geen overeenkomst met Waternet had en dat hij, zoals Waternet duidelijk had moeten zijn, een dergelijke overeenkomst ook niet wenste. De enkele omstandigheid dat [verweerder] wel door Waternet geleverd drinkwater verbruikte, kan niet tot een ander oordeel leiden. (rov. 3.9) De vordering van Waternet is derhalve niet toewijsbaar op de primair aangevoerde contractuele grondslag. (rov. 3.10)

Het door Waternet aan [verweerder] geleverde drinkwater moet voor de periode vanaf 13 juni 2014 worden aangemerkt als ongevraagde levering in de zin van art. 7:7 lid 2 BW. Voor de periode tot 13 juni 2014 moet het door Waternet geleverde drinkwater worden aangemerkt als een niet door [verweerder] bestelde zaak als bedoeld in art. 7:7 lid 2 (oud) BW. Dit staat ten aanzien van beide periodes in de weg aan toewijzing van de vordering van Waternet op de subsidiair aangevoerde grondslag van ongerechtvaardigde verrijking. (rov. 3.11-3.12)

De stelling van Waternet dat met deze uitkomst ten onrechte geen rekening wordt gehouden met de bijzonderheden rond de drinkwatervoorziening in Nederland, wordt verworpen. Noch de tekst van art. 7:7 BW (in de versies geldend vóór dan wel vanaf 13 juni 2014) noch de Europese richtlijnen ter uitvoering waarvan deze bepaling strekt, bieden steun aan een zo beperkte uitleg van de begrippen 'niet bestelde zaak' respectievelijk 'ongevraagde levering' dat daaronder niet is begrepen de ongevraagde levering van een product dat, zoals Waternet stelt, voorziet in een eerste levensbehoefte tegen de kostprijs door een monopolist. (rov. 3.13)

De door Waternet gestelde praktische problemen die zullen ontstaan als de drinkwatervoorziening bij woningen moet worden afgesloten als geen overeenkomst met de bewoner is gesloten, zijn niet aannemelijk, daargelaten de betekenis die een ander oordeel op dit punt zou kunnen hebben. (rov. 3.14)

3 Beoordeling van het middel

De klachten in cassatie

3.1.1 Onderdeel 1 van het middel klaagt onder meer dat het hof (in rov. 3.12-3.14) is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting ten aanzien van het begrip 'ongevraagde levering' in art. 7:7 lid 2 BW. Van 'ongevraagde levering' in de hier bedoelde zin is geen sprake indien de consument, van wie moet worden aangenomen dat hij behoefte heeft aan water voor de eigen woning, zelf ervoor kiest water af te nemen met gebruikmaking van een wettelijke aansluitings- en leveringsplicht van het waterbedrijf. Dat geldt in ieder geval in Nederland, waar het waterbedrijf als monopolist opereert in een markt met gereguleerde tarieven en zonder marktwerking, waardoor in beginsel geen sprake kan zijn van een agressieve handelspraktijk. Van belang is bovendien dat het waterbedrijf geen reële mogelijkheid heeft om watergebruik te beletten.

Het onderdeel klaagt verder onder meer dat het hof (in rov. 3.12) is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting ten aanzien van art. 7:7 lid 2 (oud) BW. Deze bepaling is niet van toepassing op de levering van water; zij verzet zich niet ertegen dat een overeenkomst tot stand komt door (enkel) waterverbruik en het uitblijven van een reactie van de bewoner op de waterlevering; evenmin belet deze bepaling het ontstaan van betalingsverplichtingen.

3.1.2 Onderdeel 2 klaagt over het oordeel van het hof (in rov. 3.9-3.10) dat tussen Waternet en [verweerder] geen overeenkomst tot stand is gekomen. Volgens het onderdeel heeft het hof ten onrechte de mededeling van [verweerder] dat hij geen overeenkomst wilde, als enige aanknopingspunt gebruikt voor de motivering van dit oordeel. Daarmee heeft het hof niet in zijn oordeelsvorming betrokken 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.

3.1.3 Deze klachten lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

De centraal staande vraag en de verdere indeling van dit arrest

3.2.1 In deze zaak staat centraal – kort gezegd – of het door [verweerder] afgenomen water door Waternet ongevraagd is geleverd als bedoeld in art. 7:7 lid 2 (oud) BW, dan wel het huidige art. 7:7 lid 2 BW, en, indien dat het geval is, of dit tot gevolg heeft dat voor [verweerder] geen betalingsverplichting is ontstaan.

3.2.2 De Hoge Raad zal eerst het relevante consumentenrecht schetsen (zie hierna in 3.3-3.5.4). Daarna volgt een precisering van de in deze zaak te beantwoorden vraag (zie hierna in 3.6.1-3.6.2). Vervolgens zal de Hoge Raad ingaan op het Nederlandse wettelijke stelsel met betrekking tot de openbare drinkwatervoorziening (zie hierna in 3.7.1-3.7.4), de in Nederland gangbare praktijk rond het afnemen van drinkwater door consumenten (zie hierna in 3.8) en de relevante omstandigheden van dit geval (zie hierna in 3.9.1-3.9.4). Een en ander leidt ertoe dat de Hoge Raad prejudiciële vragen zal stellen aan het HvJEU (zie hierna in 3.10.1-3.10.3). Ook zal de Hoge Raad toelichten waarom voor de beantwoording van de hier aan de orde zijnde vragen niet kan worden aangesloten bij een arrest van het HvJEU waarop door partijen is gewezen (zie hierna in 3.11.1-3.11.3).

Consumentenrecht

- 3.3 De vordering van Waternet heeft betrekking op de periode van 1 januari 2014 tot 18 november 2016. Op 13 juni 2014 is een wijziging van art. 7:7 lid 2 BW in werking getreden. Dat brengt mee dat de vordering van Waternet die ziet op de levering van drinkwater in de periode van 1 januari 2014 tot en met 12 juni 2014, door een ander wettelijk regime wordt beheerst dan de vordering die ziet op de levering van drinkwater in de periode van 13 juni 2014 tot 18 november 2016.¹
- 3.4.1 Voor zover de vordering van Waternet ziet op de levering van drinkwater in de periode van 1 januari 2014 tot en met 12 juni 2014, is het volgende wettelijke kader van toepassing.
- 3.4.2 Art. 7:7 lid 2 (oud) BW stond niet toe dat aan een natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf (hierna: consument), een niet door hem bestelde zaak werd toegezonden, met het verzoek tot betaling van een prijs, terugzending of bewaring. Indien desalniettemin een zaak werd toegezonden, was de consument bevoegd de zaak te behouden om niet. Blijkens de wetsgeschiedenis was het doel van deze bepaling te voorkomen dat een koopovereenkomst tot stand komt op de grond dat de consument de ongevraagd toegezonden zaak behoudt.²
- Art. 7:7 lid 2 (oud) BW vormde de implementatie van art. 9 Richtlijn koop op afstand,³ zoals gewijzigd door art. 15 Richtlijn oneerlijke handelspraktijken,⁴ en moet dan ook richtlijnconform worden geïnterpreteerd.
- 3.4.3 De Richtlijn koop op afstand⁵ stelde in overweging 16 voorop dat de 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, niet kan worden toegestaan. Op grond van art. 9 Richtlijn koop op afstand waren de lidstaten verplicht de nodige maatregelen te nemen om de levering met betalingsverzoek van goederen of diensten aan een consument te verbieden wanneer de consument geen voorafgaande bestelling heeft gedaan, en om 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.
- De Richtlijn koop op afstand liet de lidstaten blijkens art. 14 de ruimte om ter verhoging van het beschermingsniveau van consumenten strengere bepalingen aan te nemen en strekte daarmee tot minimumharmonisatie.
- 3.4.4 Bij de implementatie van de Richtlijn koop op afstand in art. 7:7 lid 2 (oud) BW is de Nederlandse wetgever ervan uitgegaan dat laatstgenoemde bepaling ook van toepassing was op door leidingen naar de verbruiker aangevoerd water.⁶ Aangenomen moet worden dat dit strookt met het karakter van minimumharmonisatie van de Richtlijn koop op afstand. Voor zover onderdeel 1 van het middel betoogt dat art. 7:7 lid 2 (oud) BW niet zag op het door middel van leidingen leveren van water, berust het derhalve op een onjuiste rechtsopvatting.
- 3.4.5 Met de inwerkingtreding van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken⁷, is art. 9 Richtlijn koop op afstand gewijzigd. Krachtens art. 15 Richtlijn oneerlijke handelspraktijken wordt in de Richtlijn koop op afstand en in de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken hetzelfde begrip 'niet-gevraagde levering' gehanteerd.
- 3.4.6 De Richtlijn oneerlijke handelspraktijken heeft tot doel de wetgeving van de lidstaten te harmoniseren ten aanzien van oneerlijke handelspraktijken die de economische belangen van de consumenten rechtstreeks en aldus de economische belangen van legitieme concurrenten indirect schaden (overweging 6). De Richtlijn oneerlijke handelspraktijken ziet op handelspraktijken die rechtstreeks verband houden met het beïnvloeden van beslissingen van de consument over transacties met betrekking tot producten (overweging 7) en dus het

economische gedrag van consumenten verstoren (overweging 11).

In de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken is een verbod op oneerlijke handelspraktijken opgenomen (art. 5 lid 1). Art. 5 lid 2 bepaalt dat een handelspraktijk oneerlijk is wanneer zij (a) in strijd is met de vereisten van professionele toewijding, en (b) het economische gedrag van de gemiddelde consument die zij bereikt of op wie zij gericht is of, indien zij op een bepaalde groep consumenten gericht is, het economisch gedrag van het gemiddelde lid van deze groep, met betrekking tot het product wezenlijk verstoort of kan verstoren. Meer in het bijzonder zijn handelspraktijken oneerlijk die misleidend zijn in de zin van de art. 6 en 7, of agressief zijn in de zin van de art. 8 en 9 (art. 5 lid 4).

3.4.7 Bijlage I bij de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken bevat de lijst van handelspraktijken die onder alle omstandigheden als oneerlijk worden beschouwd (art. 5 lid 5). De in deze bijlage vermelde handelspraktijken worden als oneerlijk beschouwd zonder dat zij moeten worden onderworpen aan een individuele toetsing aan het bepaalde in de art. 5-9 Richtlijn oneerlijke handelspraktijken (overweging 17).⁸ Onder het kopje 'agressieve handelspraktijken' staat in punt 29 van deze bijlage vermeld het 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.

Ten aanzien van de vraag wat moet worden verstaan onder een ongevraagde levering in de zin van punt 29 van Bijlage I, heeft het HvJEU als volgt overwogen⁹:

"45. In dit verband zij eraan herinnerd dat artikel 8 van de richtlijn 2005/29 het begrip "agressieve handelspraktijk" aldus definieert dat die praktijk met name 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. (...)."

3.4.8 Uit het vorenstaande volgt dat richtlijnconforme interpretatie van art. 7:7 lid 2 (oud) BW vergt dat bij de toepassing van deze bepaling wordt nagegaan of sprake is van een niet-gevraagde levering in de zin van art. 9 Richtlijn koop op afstand en daarmee of sprake is van een verboden niet-gevraagde levering in de zin van art. 5 lid 5 en punt 29 van bijlage I van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken.

3.5.1 Voor zover de vordering van Waternet ziet op de levering van drinkwater in de periode met ingang van 13 juni 2014, is het volgende wettelijke kader van toepassing.

3.5.2 Op grond van het huidige art. 7:7 lid 2 BW ontstaat geen verplichting tot betaling voor een consument bij de ongevraagde levering van onder meer zaken, financiële producten, water, gas, elektriciteit en stadsverwarming; het uitblijven van een reactie van de consument op de ongevraagde levering of verstrekking wordt niet als aanvaarding aangemerkt. In dergelijke gevallen komt geen overeenkomst tot stand en ontstaat geen betalingsverplichting, ook niet op een andere rechtsgrond dan een overeenkomst.¹⁰

Art. 7:7 lid 2 BW in zijn huidige redactie vormt de implementatie van art. 27 Richtlijn consumentenrechten¹¹ en moet dan ook richtlijnconform worden geïnterpreteerd.

3.5.3 De Richtlijn consumentenrechten¹² heeft blijkens overweging 60 onder meer tot doel de consument vrij te stellen van enige betalingsverplichting voor de – op grond van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken verboden – ongevraagde levering van goederen of ongevraagde verstrekking van diensten.

De Richtlijn consumentenrechten is ingevolge art. 3 lid 1 ook van toepassing op overeenkomsten voor de levering van water, gas, elektriciteit of stadsverwarming, ook door openbare leveranciers, voor zover deze producten op een contractuele basis worden geleverd.

Art. 27 Richtlijn consumentenrechten bepaalt dat consumenten zijn vrijgesteld van enige betalingsverplichting in gevallen van ongevraagde levering van onder meer water, gas, elektriciteit en stadsverwarming, zoals verboden door art. 5 lid 5 en punt 29 van bijlage I van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken (zie over laatstgenoemde bepalingen hiervoor in 3.4.6-3.4.7). Art. 27 Richtlijn consumentenrechten bepaalt voorts dat het uitblijven van een reactie van de consument op de ongevraagde levering of verstrekking, niet betekent dat hij daarmee instemt. Art. 27 Richtlijn consumentenrechten strekt dus ertoe te verhinderen dat een handelaar de consument een contractuele relatie oplegt waarmee laatstgenoemde niet vrijwillig heeft ingestemd.¹³

De Richtlijn consumentenrechten beoogt maximumharmonisatie ten aanzien van hetgeen is bepaald in art. 27, zo volgt uit art. 4 van deze richtlijn in verbinding met art. 27.

- 3.5.4 Uit het vorenstaande volgt dat richtlijnconforme interpretatie van art. 7:7 lid 2 BW vergt dat bij de toepassing van deze bepaling wordt nagegaan of sprake is van een ongevraagde levering in de zin van art. 27 Richtlijn consumentenrechten en daarmee of sprake is van een verboden niet-gevraagde levering in de zin van art. 5 lid 5 en punt 29 van bijlage I van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken.

Precisering van de in deze zaak te beantwoorden vraag

- 3.6.1 Blijkens hetgeen hiervoor in 3.4.1-3.4.8 en 3.5.1-3.5.4 is overwogen, gaat het in de onderhavige zaak – zowel in het kader van het op art. 9 Richtlijn koop op afstand gebaseerde art. 7:7 lid 2 (oud) BW, als in het kader van het op art. 27 Richtlijn consumentenrechten gebaseerde huidige art. 7:7 lid 2 BW – om de vraag of in de omstandigheden van dit geval sprake is van levering van drinkwater op grond van een overeenkomst, dan wel van een ongevraagde levering van drinkwater zoals verboden door art. 5 lid 5 en punt 29 van bijlage I van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken.
- 3.6.2 De wijze waarop de openbare drinkwatervoorziening in Nederland wettelijk is geregeld,¹⁴ de in Nederland gangbare praktijk rond het afnemen van drinkwater door consumenten en de omstandigheden van deze zaak brengen mee dat over het antwoord op de hiervoor in 3.6.1 bedoelde vraag redelijke twijfel kan bestaan. De Hoge Raad licht dit als volgt toe.

De openbare drinkwatervoorziening in Nederland

- 3.7.1 Het wettelijke stelsel met betrekking tot openbare drinkwatervoorziening in Nederland wordt gevormd door de Drinkwaterwet en de daarop gebaseerde regelingen. In de Drinkwaterwet en de daarop gebaseerde regelingen wordt onder 'drinkwater' verstaan "water bestemd of mede bestemd om te drinken, te koken of voedsel te bereiden dan wel voor andere huishoudelijke doeleinden, met uitzondering van warm tapwater, dat door middel van leidingen ter beschikking wordt gesteld aan consumenten of andere afnemers" (art. 1 lid 1, aanhef en onder b, Drinkwaterwet).
- 3.7.2 In Nederland wordt de openbare drinkwatervoorziening gezien als een kerntaak van de overheid. De openbare drinkwatervoorziening is niet geprivatiseerd. In plaats daarvan heeft de overheid (indirect) de eigendom van en de zeggenschap over de in Nederland gevestigde drinkwaterbedrijven. Voor drinkwater bestaat in Nederland geen marktwerking.¹⁵
- Op de eigenaar van een drinkwaterbedrijf rust de verantwoordelijkheid voor de openbare drinkwatervoorziening (art. 3 Drinkwaterwet). Het is aan andere personen dan de eigenaar

van een drinkwaterbedrijf verboden om drinkwater te leveren (art. 4 Drinkwaterwet).

Ieder drinkwaterbedrijf is op grond van de wet exclusief bevoegd en verplicht tot het leveren van drinkwater in een door de verantwoordelijke Minister aan dat bedrijf toegewezen distributiegebied (art. 5 lid 1 Drinkwaterwet). Binnen dat distributiegebied bestaat ten aanzien van de openbare drinkwatervoorziening dus geen mededinging.

Het drinkwaterbedrijf dat binnen een bepaald distributiegebied exclusief bevoegd en verplicht is om drinkwater te leveren, is op grond van de wet verplicht om degene die daarom verzoekt, een aanbod te doen om die persoon te voorzien van een aansluiting op het door het drinkwaterbedrijf beheerde leidingnet, en om degene die daarom verzoekt, een aanbod te doen om met gebruikmaking van dit leidingnet aan die persoon drinkwater te leveren (art. 8 leden 1 en 2 Drinkwaterwet).

- 3.7.3 De drinkwaterbedrijven zijn wettelijk verplicht om een beleid te voeren dat erop is gericht te voorkomen dat consumenten worden afgesloten van de openbare drinkwatervoorziening (art. 9 Drinkwaterwet).

In dat verband bevat de op art. 9 Drinkwaterwet gebaseerde Regeling afsluitbeleid voor kleinverbruikers van drinkwater¹⁶ regels waaraan een drinkwaterbedrijf moet voldoen voordat het een consument van de levering van drinkwater mag afsluiten.

Op grond van de art. 2-4 van deze Regeling mag het drinkwaterbedrijf een consument niet wegens wanbetaling afsluiten voordat het de consument een schriftelijke herinnering heeft gestuurd en zich heeft ingespannen om in persoonlijk contact te treden met de consument.

Op grond van art. 6 van deze Regeling kan het drinkwaterbedrijf een consument voor wie de beëindiging van de levering van drinkwater zeer ernstige gezondheidsrisico's tot gevolg zou hebben, slechts van de levering van drinkwater afsluiten indien (a) de consument daarom verzoekt, (b) er sprake is van fraude of misbruik, (c) de onveiligheid van de installatie beëindiging van de levering noodzakelijk maakt, of (d) er sprake is van wanbetaling en de consument niet binnen een redelijke termijn een verklaring van een arts kan overleggen waaruit de zeer ernstige gezondheidsrisico's die ontstaan door het afsluiten van drinkwater blijken.

- 3.7.4 Voor het leveren van drinkwater mag een drinkwaterbedrijf op grond van de wet alleen tarieven hanteren die kostendekkend, transparant en niet discriminerend zijn (art. 11 Drinkwaterwet). De Drinkwaterwet (art. 10-13), het daarop gebaseerde Drinkwaterbesluit¹⁷ en de Drinkwaterregeling¹⁸ bevatten een gedetailleerde regeling over de wijze waarop de kosten moeten worden berekend, welke kosten mogen worden doorberekend in het tarief en op welke wijze dat mag gebeuren. De verantwoordelijke Minister ziet erop toe dat wordt voldaan aan deze regels. Het drinkwaterbedrijf publiceert jaarlijks een overzicht van de tarieven die het in het daaropvolgende kalenderjaar voor de levering van drinkwater in rekening brengt en licht daarbij toe hoe deze tarieven zijn afgeleid uit de kosten.

De in Nederland gangbare praktijk rond het afnemen van drinkwater door consumenten

- 3.8 In de praktijk wordt in Nederland bij een verhuizing van een consument de drinkwateraansluiting van de woning niet (direct) afgesloten, ook niet als de vertrekkende bewoner zijn overeenkomst met het drinkwaterbedrijf heeft opgezegd en de inkomende bewoner (nog) geen overeenkomst met het drinkwaterbedrijf heeft gesloten. Deze praktijk vloeit allereerst voort uit de wettelijke verplichtingen van het drinkwaterbedrijf om (i) een beleid te voeren dat erop is gericht te voorkomen dat consumenten worden afgesloten van de openbare drinkwatervoorziening, (ii) op verzoek een aanbod te doen om te voorzien in een drinkwateraansluiting, en (iii) op verzoek een aanbod te doen voor de levering van drinkwater (zie hiervoor in 3.7.2-3.7.3). Daarnaast vloeit deze praktijk voort uit de omstandigheid dat in een aanzienlijk aantal gevallen de woning moet worden betreden om de drinkwateraansluiting te kunnen afsluiten zonder ingrijpende

maatregelen te moeten treffen, zoals het openbreken van de straat voor de woning.

Deze praktijk leidt ertoe 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.

De gemiddelde consument in Nederland is ermee bekend dat aan de levering van drinkwater kosten zijn verbonden.

De omstandigheden van dit geval

3.9.1 De woning van [verweerder] bevindt zich in het distributiegebied waar Waternet exclusief bevoegd en verplicht is om drinkwater te leveren. [verweerder] kon en kan niet ervoor kiezen zijn drinkwater bij een ander drinkwaterbedrijf af te nemen.

3.9.2 De woning van [verweerder] was – naar moet worden aangenomen: op verzoek van een van de vorige eigenaren of bewoners van de woning – al aangesloten op de openbare drinkwatervoorziening op het moment dat [verweerder] de woning betrok. [verweerder] heeft niet verzocht om de woning af te sluiten van de openbare drinkwatervoorziening. In lijn met de hiervoor in 3.8 geschetste praktijk, heeft Waternet de woning van [verweerder] niet afgesloten van de drinkwatervoorziening.

3.9.3 Doordat de woning van [verweerder] niet was afgesloten van de drinkwatervoorziening, is er druk op de waterleidingen in de woning van [verweerder] blijven staan. Dit had tot gevolg dat Waternet drinkwater aan [verweerder] leverde telkens wanneer [verweerder] de kraan opendraaide. Onder 'het opendraaien van de kraan' moeten in dit verband ook andere handelingen worden begrepen die logischerwijs resulteren in de afname van water, zoals het starten van een wasmachine of een vaatwasser. Zolang [verweerder] de kraan niet opendraaide, nam hij geen drinkwater af en bracht Waternet geen kosten voor waterverbruik in rekening.

Dit betekent dat [verweerder] steeds een actieve en bewuste handeling heeft moeten verrichten om daadwerkelijk drinkwater van Waternet af te nemen. In dit opzicht verschilt dit geval van situaties waarin een product geheel spontaan en zonder dat daartoe enig handelen van de consument is vereist, aan een consument wordt toegezonden of verstrekt.

3.9.4 [verweerder] heeft daadwerkelijk drinkwater afgenomen door de kraan open te draaien. Dit volgt uit de – in cassatie onbestreden – overweging van het hof dat [verweerder] door Waternet geleverd water verbruikte (rov. 3.9), in samenhang met de omstandigheid dat [verweerder] in de processtukken van de feitelijke instanties niet voldoende gemotiveerd heeft betwist dat hij dit water heeft gebruikt (zij het wellicht voor andere doeleinden dan om het te drinken). De door Waternet in rekening gebrachte kosten hebben betrekking op het aldus afgenomen water en voldoen aan de vereisten die de Drinkwaterwet en de daarop gebaseerde regeling in dat verband stellen.

Vragen over de uitleg van bepalingen van Unierecht

3.10.1 De handelspraktijk van Waternet kan op grond van het vorenstaande als volgt worden weergegeven:

- (i) Waternet is op grond van de wet binnen haar distributiegebied exclusief bevoegd en verplicht tot de levering van drinkwater dat door middel van leidingen ter beschikking wordt gesteld;
- (ii) Waternet is op grond van de wet 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;

(iii) Waternet heeft de aansluiting van de woning van [verweerder] op de openbare drinkwatervoorziening die reeds bestond toen [verweerder] de woning betrok, in stand gelaten, waardoor er druk bleef staan op de waterleidingen in die woning; dit bracht mee dat [verweerder] na het verrichten van een actieve en bewuste handeling – bestaande in het opendraaien van de kraan of een daaraan gelijk te stellen handeling – desgewenst drinkwater kon afnemen, ook nadat [verweerder] kenbaar had gemaakt dat hij geen overeenkomst tot levering van drinkwater wenste aan te gaan; en

(iv) Waternet heeft voor het door [verweerder] daadwerkelijk afgenomen drinkwater tarieven in rekening gebracht die wettelijk zijn gereguleerd.

3.10.2 De Hoge Raad dient de vraag te beantwoorden of de hiervoor in 3.10.1 weergegeven handelspraktijk van Waternet oneerlijk is op de grond dat sprake is van ongevraagde levering van drinkwater zoals verboden door art. 5 lid 5 en punt 29 van bijlage I van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken en daarmee van een ongevraagde levering in de zin van art. 9 Richtlijn koop op afstand en van art. 27 Richtlijn consumentenrechten.

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.

De Hoge Raad zal een hierop gerichte vraag aan het HvJEU voorleggen. Deze vraag is noodzakelijk voor de beoordeling van de door onderdeel 1 van het middel aan de orde gestelde problematiek (zie hiervoor in 3.1.1).

3.10.3 Voorts rijst de vraag welke betekenis toekomt aan de hiervoor in 3.10.2 bedoelde bepalingen van Unierecht bij de beoordeling van de klacht van onderdeel 2 van het middel, die is gericht tegen het oordeel van het hof dat tussen Waternet en [verweerder] geen overeenkomst tot stand is gekomen (zie hiervoor in 3.1.2). Staan de hiervoor bedoelde bepalingen van Unierecht eraan in de weg aan te nemen dat tussen Waternet en [verweerder] een overeenkomst tot stand is gekomen, gegeven de door Waternet aangevoerde omstandigheden dat (i) [verweerder], evenals elke andere consument, wist dat aan de levering van drinkwater kosten zijn verbonden, (ii) [verweerder] niettemin bijna vier jaar lang structureel drinkwater heeft verbruikt, (iii) [verweerder], ook nadat hij de welkomebrief van Waternet en de daaropvolgende facturen en aanmaningen had ontvangen, zijn waterverbruik heeft voortgezet, en (iv) [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 Hoge Raad zal ook een hierop gerichte vraag aan het HvJEU voorleggen.

Onderscheid met het arrest Wind Tre en Vodafone Italia

3.11.1 Het geval dat in deze zaak aan de orde is, wijkt op belangrijke punten af van het geval dat heeft geleid tot het arrest *Wind Tre en Vodafone Italia*¹⁹ van het HvJEU. Om die reden lijkt bij de beantwoording van de hier aan de orde zijnde vragen niet bij dat arrest te kunnen worden aangesloten.

3.11.2 Het arrest *Wind Tre en Vodafone Italia* had betrekking op een handelspraktijk waarbij simkaarten in de handel werden gebracht waarop vooraf diensten waren geïnstalleerd en geactiveerd. De kosten van deze diensten werden in rekening gebracht aan de consument indien zij niet op diens uitdrukkelijk verzoek waren gedeactiveerd. De consument was niet naar behoren geïnformeerd over dit vooraf installeren en activeren van diensten en evenmin over de kosten van die diensten. Aan het HvJEU werd de vraag voorgelegd of een dergelijke handelspraktijk kon worden aangemerkt als een niet-gevraagde levering in de zin van punt 29 van bijlage I bij de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken. Het HvJEU overwoog, voor zover hier van belang, als volgt:

“48. (...). Wanneer de consument niet is geïnformeerd over de kosten van de betrokken diensten, en zelfs niet over het feit dat zij vooraf zijn geïnstalleerd en geactiveerd op de simkaart die hij heeft gekocht, kan er niet van worden uitgegaan dat deze de levering van dergelijke diensten vrij heeft gekozen.

49. In dit verband is het irrelevant dat het gebruik van de in de hoofdgedingen aan de orde zijnde diensten in bepaalde gevallen een bewuste handeling van de consument kan vereisen. Bij gebreke van passende informatie over de kosten van het gebruik van internet en voicemail, kan een dergelijke handeling namelijk niet aantonen dat er sprake is van keuzevrijheid bij de levering van die diensten. Bovendien kan de internetdienst leiden tot internetverbindingen die zonder medeweten van de consument worden gemaakt, waardoor er kosten worden genereerd zonder dat de consument hiervan op de hoogte is.”

3.11.3 Anders dan aan de orde was in de zaak die heeft geleid tot het arrest *Wind Tre en Vodafone Italia*, brengen het Nederlandse wettelijke stelsel met betrekking tot de openbare drinkwatervoorziening en de gangbare praktijk mee (i) dat de consument geen keuzevrijheid heeft ten aanzien van het drinkwaterbedrijf dat door middel van leidingen drinkwater levert, (ii) dat alleen kosten in rekening worden gebracht nadat de consument een actieve en bewuste handeling heeft verricht, (iii) dat de gemiddelde consument in Nederland zich ervan bewust is dat die actieve en bewuste handeling leidt tot de levering van drinkwater en dat daaraan kosten zijn verbonden, en (iv) dat de kosten die het drinkwaterbedrijf in rekening brengt, kostendekkend, transparant en niet discriminerend zijn, waarop door de overheid wordt toegezien.

De overige klachten van het middel

3.12 De overige klachten van het middel behoeven in dit stadium geen behandeling.

4. Omschrijving van de feiten en uitgangspunten waarop de door het HvJEU te geven uitleg moet worden toegepast

De Hoge Raad verwijst naar de hiervoor in 2.1, 3.7.1-3.7.4, 3.8 en 3.9.1-3.9.4 vermelde feiten en uitgangspunten, waarvan moet worden uitgegaan.

5. Vragen van uitleg

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 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 opendraaien 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 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?

6 Beslissing

De Hoge Raad:

- verzoekt het HvJEU met betrekking tot de hiervoor onder 5 geformuleerde vragen uitspraak te doen;
- houdt iedere verdere beslissing aan en schorst het geding tot het HvJEU naar aanleiding van dit verzoek uitspraak zal hebben gedaan.

Dit arrest is gewezen door de vicepresident C.A. Streefkerk als voorzitter en de raadsheren M.V. Polak, T.H. Tanja-van den Broek, C.H. Sieburgh en F.J.P. Lock, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer M.J. Kroeze op 13 december 2019.

¹ Zie art. X van de Implementatiewet richtlijn consumentenrechten (Stb. 2014, 140) in verbinding met art. 196 lid 4 Ow NBW.

² Kamerstukken II 1999/00, 26861, nr. 3, p. 11-12.

³ Kamerstukken II 1999/00, 26861, nr. 3, p. 11-12.

⁴ Kamerstukken II 2007/08, 30928, nr. 10, p. 3.

⁵ 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.

⁶ Kamerstukken II 1999/00, 26861, nr. 3, p. 15.

⁷ 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.

⁸ Vgl. HvJEU 13 september 2018, gevoegde zaken C-54/17 en C-55/17, ECLI:EU:C:2018:710 (*Wind Tre en Vodafone Italia*), punt 40; HvJEU 7 september 2016, zaak C-310/15, ECLI:EU:C:2016:633 (*Deroo-Blanquart*), punt 29.

⁹ HvJEU 13 september 2018, gevoegde zaken C-54/17 en C-55/17, ECLI:EU:C:2018:710 (*Wind Tre en Vodafone Italia*).

¹⁰ Kamerstukken II 2012/13, 33520, nr. 3, p. 58.

¹¹ Kamerstukken II 2012/13, 33520, nr. 3, p. 57-58.

¹² 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.

¹³ HvJEU 5 december 2019, gevoegde zaken C-708/17 en C-725/17, ECLI:EU:C:2019:1049 (*EVN BulgariaToplofikatsia*), punt 65.

¹⁴ Zie daarover ook Commission Staff Working Document - Evaluation of the Consumer Rights Directive, Brussel, 23 mei 2017, SWD(2017) 169 final, p. 27.

¹⁵ Kamerstukken II 2006/07, 30895, nr. 3, p. 26.

¹⁶ Stcrt. 2012, 7964.

¹⁷ Stb. 2011, 293.

¹⁸ Stcrt. 2011, 10842.

¹⁹ HvJEU 13 september 2018, gevoegde zaken C-54/17 en C-55/17, ECLI:EU:C:2018:710 (*Wind Tre en Vodafone Italia*).
