

Roelien van Neck¹

Ongevraagde levering – het Europese Hof van Justitie geeft uitleg

2021-0119

Recent heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie een interessant arrest gewezen over het onderwerp ongevraagde levering, dit naar aanleiding van prejudiciële vragen van de Hoge Raad. Het betreft in dit geval levering van drinkwater aan een consument die hierom niet heeft gevraagd. Toch heeft het Hof in dit geval de mogelijkheid opengelaten dat geen sprake is geweest van ongevraagde levering. In dit artikel wordt het desbetreffende arrest besproken en wordt het onderwerp ongevraagde levering in het algemeen onder de loep genomen.

Achtergrond regelgeving ongevraagde levering

Er bestaat al geruime tijd wetgeving die ongevraagde leveringen bestrijdt. Artikel 7:7 lid 2 BW bepaalt, kort gezegd, dat voor een consument geen betalingsverplichting ontstaat bij de ongevraagde levering van zaken, financiële producten, water, gas, elektriciteit, stadsverwarming of digitale inhoud die niet op een materiële drager is geleverd, of de ongevraagde verrichting van diensten (bedoeld in artikel 6:193i onderdeel f BW). Het uitblijven van een reactie van een consument wordt niet als aanvaarding van de levering aangemerkt. Wordt toch een zaak toegezonden, dan mag de consument de zaak om niet behouden. Indien sprake is van ongevraagde levering komt aldus geen overeenkomst tot stand. Er is immers geen sprake van aanbod en aanvaarding. Er ontstaat ook geen betalingsverplichting voor de consument.

De zinsnede «geen verplichting tot betaling ontstaat» bestrijkt elke vorm van vergoeding, in welke vorm dan ook, voor de consument wanneer hij te maken krijgt met een ongevraagde levering, aldus de wetsgeschiedenis. Evenmin kan er op een andere rechtsgrond, zoals onverschuldigde betaling (artikel 6:203 BW) of ongerechtvaardigde verrijking (artikel 6:212 BW) een betalingsverplichting ontstaan, voor zover deze is te herleiden tot de geleverde zaken of de verrichte diensten. Dit betekent dat verrichte diensten jegens de consument om niet zullen zijn verricht. De wetsgeschiedenis geeft verder het voorbeeld dat bij een verhuizing de nieuwe bewoner uitdrukkelijk moeten aangeven dat hij de levering van water, gas en elektriciteit wil, bijvoorbeeld door overname van het oude contract of een dergelijke mededeling te doen aan de leverancier van energie of water (Kamerstukken II 2012/13, 33520,

nr. 3, p. 58). In de wetsgeschiedenis wordt verder toegelicht dat de consument op grond van artikel 6:193b BW jo. Artikel 6:162 BW een actie kan instellen om zijn schade vergoed te krijgen. Op grond van de Wet oneerlijke handelspraktijken (ingevoerd per 13 juni 2014) geldt daarnaast een vernietigingssanctie. Op grond van artikel 6:193j lid 3 BW is een overeenkomst die tot stand is gekomen als gevolg van een oneerlijke handelspraktijk vernietigbaar.

De regel van artikel 7:7 lid 2 BW vormt de implementatie van artikel 27 Richtlijn consumentenrechten (2011/83/EU). Tot 13 juni 2014 (de inwerkingtredingsdatum van de Richtlijn consumentenrechten) gold een min of meer vergelijkbare regel. Artikel 7:7 lid 2 BW (tot 13 juni 2014) bepaalde, kort gezegd, dat het niet toegestaan was om aan een consument, 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 mocht de consument die behouden. Deze regel vormde de implementatie van artikel 9 Richtlijn verkoop op afstand (97/7). De regel was van overeenkomstige toepassing op de verlening van diensten.

De (Nederlandse) rechtspraak laat zien dat rechters kritisch zijn en betalingsvorderingen afwijzen indien deze gebaseerd zijn op ongevraagde leveringen. Voorbeelden uit de rechtspraak zien onder andere op ongevraagde levering van energie² en schoolfoto's³. Betalingsverplichtingen of terugzendingsverplichtingen worden hierin afgewezen en ook vorderingen op basis van ongerechtvaardigde verrijking worden van de hand gewezen.

Arrest Hof van Justitie van de Europese Unie

Feiten

In de zaak die tot het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft geleid, gaat het om leveringen van drinkwater door Stichting Waternet aan consument MG. Stichting Waternet is exclusief belast met de levering van drinkwater in Amsterdam, sinds 2012 de woonplaats van MG.

Toen MG de desbetreffende 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. Stichting Waternet heeft daarop bij de kantonrechter een vordering ingesteld die ertoe strekt dat MG zou worden veroordeeld tot betaling van het geleverde water en subsidiair dat haar toestemming zou worden verleend om de drinkwateraansluiting van die woning af te sluiten. De kantonrechter⁴ heeft de 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. De subsidiaire vordering (afsluiting) werd 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 (alsnog) een overeenkomst tot levering van drinkwater gesloten.

Stichting Waternet heeft tegen het vonnis van de kantonrechter hoger beroep ingesteld bij het Gerechtshof Amsterdam⁵. Ook het gerechtshof oordeelt dat sprake is van ongevraagde levering op grond dat er tussen partijen in het hoofdgeding geen overeenkomst tot levering van drinkwater heeft bestaan voor de periode van 1 januari 2014 tot 18 november 2016, en dat de omstandigheid dat MG het drinkwater heeft verbruikt, niet tot een ander oordeel kon leiden.

Prejudiciële vragen Hoge Raad

Daarop heeft Stichting Waternet beroep in cassatie ingesteld bij de Hoge Raad. De Hoge Raad⁶ wenst van het Europese Hof te vernemen of in het licht van de gangbare praktijk in Nederland en de Nederlandse wetgeving inzake openbare drinkwatervoorziening kan worden aangenomen dat de handelspraktijk van Stichting Waternet geen „ongevraagde levering” van drink-

water 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.

Om te beginnen stelt de Hoge Raad een aantal specifieke feiten en omstandigheden vast, namelijk 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 Hoge Raad dat dergelijke bedrijven kostendekkende, transparante en niet-discriminerende tarieven moeten hanteren die onder toezicht van de overheid zijn vastgesteld. Een en ander is vastgelegd in de Drinkwaterwet en onderliggende regelgeving. Vervolgens beklemtoont de Hoge Raad 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.

Verder gaat de Hoge Raad in op een eerder arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie, waarin werd geoordeeld dat (wel) sprake was van ongevraagde levering, namelijk Wind Tre en Vodafone Italia⁷. In dit arrest ging het om de levering van simkaarten met bepaalde vooraf geïnstalleerde en geactiveerde functionaliteiten waarvan de gebruikerskosten in rekening werden gebracht aan de gebruiker indien zij niet op uitdrukkelijk verzoek van de gebruiker waren geactiveerd, en dit zonder dat de gebruiker van tevoren over het bestaan van die diensten of van het bezwarend karakter daarvan (namelijk een betaalde dienst) was geïnformeerd. In dat geval oordeelde het Hof dat er niet van kan worden uitgegaan dat de consument de levering van dergelijke diensten vrij heeft gekozen; en dit zelfs niet indien het gebruik van de diensten een bepaalde bewuste handeling vereist; zonder passende informatie over kosten is geen sprake van een keuze van de consument, aldus het Hof. Er is derhalve sprake van een niet-gevraagde levering.

In deze Waternet-zaak oordeelt de Hoge Raad dat die zaak zich onderscheidt van het arrest Wind Tre en Vodafone Italia doordat 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. De Hoge Raad formuleert vervolgens twee prejudiciële vragen:

1) Moeten artikel 9 Richtlijn verkoop op afstand en artikel 27 Richtlijn consumentenrechten in verbinding met artikel 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, indien de handelspraktijk van het drinkwaterbedrijf in het volgende bestaat:

(i) het drinkwaterbedrijf is exclusief bevoegd en verplicht tot levering van drinkwater en (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 heeft betrokken, 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 artikel 9 Richtlijn verkoop op afstand en artikel 27 Richtlijn consumentenrechten, in verbinding met artikel 5, lid 5 en punt 29 van bijlage I 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?

Overwegingen Hof van Justitie van de Europese Unie

Het Hof van Justitie van de Europese Unie gaat in het arrest⁸ eerst in op de tweede vraag en overweegt

dat de Hoge Raad in feite wenst te vernemen of de desbetreffende artikelen uit de genoemde richtlijnen van toepassing zijn op de totstandkoming van overeenkomsten. Het Hof overweegt, met verwijzing naar de overwegingen bij de drie richtlijnen, dat geen sprake is van harmonisatie op EU-niveau van de algemene aspecten van het verbintenissenrecht. Dat betekent dat de totstandkoming, de sluiting en de geldigheid van overeenkomsten beheerst worden door nationaal recht. Het is dus aan de Nederlandse rechter om te bepalen of een overeenkomst is gesloten tussen partijen, indien de desbetreffende consument daar niet expliciet mee heeft ingestemd.

Ter zake de eerste vraag overweegt het Hof dat onderzocht moet worden of het begrip "ongevraagde levering" uit de bijlage bij de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken zich uitstrekt tot een handelspraktijk, zoals in de aanhangige zaak. Het Hof stelt vervolgens dat onderzocht moet worden wat de doelstelling is van de betreffende nationale wettelijke regelingen. Enkel indien daarmee doelstellingen worden nagestreefd die verband houden met consumentenbescherming, valt de handelspraktijk onder de richtlijn. Het Hof merkt op dat het aan de nationale rechter is om te onderzoeken of de doelstellingen zien op de bescherming van de consument of wellicht andere (openbare) doelstellingen zoals de volksgezondheid.

Het Hof herinnert vervolgens aan een aantal voor de beoordeling van de vraag of sprake is van een oneerlijke (hier: agressieve) handelspraktijk relevante omstandigheden, zoals de keuzebeperking van de consument, het feit dat de prijs in beginsel een beslissende factor is bij de aankoopbeslissing van de consument, en de verwachtingen van de gemiddelde consument; in casu weet de gemiddelde consument of mag van hem verwacht worden dat hij weet dat drinkwater niet gratis is.

Met nog een voorbehoud ter zake het oordeel van de nationale rechter, overweegt het Hof dat de bijlage bij de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken zich niet uitstrekt tot een handelspraktijk van een drinkwaterbedrijf die er in 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, het bedrijf kostendekkende, transparante en niet-discriminerende tarieven hanteert die gebaseerd zijn op drinkwaterverbruik, en de consument weet dat die woning aangesloten is op de openbare drinkwatervoorziening en dat drinkwater niet gratis is.

Kortom, gelet op de zeer specifieke omstandigheden van dit geval wordt de mogelijkheid opengelaten dat de regels omtrent ongevraagde levering hier niet van toepassing zijn.

Afsluiting

Het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie laat zien dat in zeer uitzonderlijke gevallen de regels omtrent ongevraagde levering uitgesloten kunnen zijn, maar dat dit alleen het geval is indien de relevante regelgeving waarin de levering zijn grondslag vindt niet

de consumentenbescherming tot doel heeft. Er moet dus een andere doelstelling mee gediend zijn, wil het verbod op ongevraagde levering niet van toepassing zijn.

Noten:

1. Roelien van Neck is advocaat bij Bird & Bird (Netherlands) LLP.
2. Rb. Amsterdam 2 december 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:8006.
3. Rb. Overijssel 23 augustus 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:3230.
4. Rb. Amsterdam 4 april 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:2118.
5. Hof Amsterdam 10 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1252.
6. HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1730.
7. HvJ 13 september 2018, nrs. C-54/17 en C-55/17, ECLI:EU:C:2018:710.
8. HvJ 3 februari 2019, nr. C-922/19, ECLI:EU:C:2021:91.