



## Besluit

Ons kenmerk : ACM/UIT/509159  
Zaaknummer : ACM/18/033817  
Datum :

### Besluit tot het opleggen van een boete aan Flexenergie B.V wegens overtredingen van de Elektriciteitswet 1998, de Gaswet en de Informatiecode elektriciteit en gas

## 1 Samenvatting

1. De Autoriteit Consument en Markt (ACM) heeft naar aanleiding van signalen een onderzoek ingesteld naar energieleverancier Flexenergie B.V., handelend onder de naam Energieflex. Uit dit onderzoek bleek dat Flexenergie B.V. de Elektriciteitswet 1998, de Gaswet en de Informatiecode elektriciteit en gas niet naleefde.
2. Zo heeft Flexenergie B.V. in overeenkomsten met kleinverbruikers tot levering van elektriciteit en/of gas voor onbepaalde duur ten onrechte opgenomen dat afsluitkosten in rekening worden gebracht bij beëindiging van die overeenkomst. Het ten onrechte in rekening brengen van afsluitkosten heeft niet alleen geleid tot financieel nadeel bij kleinverbruikers die klant waren bij Flexenergie B.V., maar kan ook negatieve effecten hebben op de energiemarkt. Het moeten betalen van afsluitkosten kan een drempel vormen om over te stappen naar een andere energieleverancier.
3. Als energieleverancier is Flexenergie B.V. daarnaast op grond van de Informatiecode elektriciteit en gas, waarin uitvoering wordt gegeven aan de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet, verplicht om de contracteindegegevens van de door haar gesloten leveringsovereenkomsten met kleinverbruikers beschikbaar te stellen aan het contracteindegegevensregister. Flexenergie B.V. heeft bij leveringsovereenkomsten voor bepaalde duur structureel geen dan wel niet op de juiste wijze contractgegevens ter beschikking gesteld voor opname in het contracteindegegevensregister. Hierdoor konden de contractgegevens niet worden verwerkt in dat register. Deze handelswijze kan eveneens onnodige overstapdrempels creëren. Andere leveranciers gebruiken de data immers om kleinverbruikers te voorzien van informatie bij het aanbieden van hun producten en om een soepele overstap mogelijk te maken. Als de gegevens in het register niet kloppen brengt dit schade toe aan het vertrouwen in de werking van de energiemarkt, het level playing field tussen leveranciers én kan dit leiden tot financiële schade bij andere leveranciers en kleinverbruikers.
4. Flexenergie B.V. verkeert inmiddels in staat van faillissement. Op zich staat een faillissement niet aan boeteoplegging in de weg. Aangezien er in dit geval geen aanwijzingen zijn dat doelbewust is aangestuurd op een faillissement om een hoge boete te ontlopen, ziet de ACM in dit specifieke geval aanleiding tot het opleggen van een bestuurlijke boete aan Flexenergie B.V. van EUR 500.

## 2 Aanleiding van het onderzoek en verloop van de procedure

### 2.1 Aanleiding van het onderzoek

5. Aanleiding voor dit besluit vormt het onderzoeksrapport<sup>1</sup> dat op 2 oktober 2018 is opgemaakt door toezichthoudend ambtenaren van de ACM. Hieraan voorafgaand hebben toezichthoudend ambtenaren onderzoek gedaan naar gedragingen van Flexenergie B.V. (hierna: Flexenergie). Dit onderzoek was gericht op de naleving van bepalingen uit de Elektriciteitswet 1998, Gaswet en de Wet handhaving consumentenbescherming door Flexenergie.
6. Aanleiding voor het onderzoek was een melding van een klant van Flexenergie die de ACM ontving in november 2016. Hieruit bleek dat de factuur die deze klant in juli 2016 van Flexenergie had ontvangen onjuist was.<sup>2</sup> In november 2016 ontving de ACM tevens een sturingsrapport<sup>3</sup> van de inlichtingeneenheid van de ACM.<sup>4</sup>
7. Toezichthoudende ambtenaren van de ACM zijn nagegaan of consumenten meer soortgelijke meldingen bij de ACM hebben gedaan of dat consumenten zich hierover op andere klachtenfora hebben beklagd. Over de periode van 11 juli 2016 tot en met 21 november 2016 troffen zij van drie consumenten relevante meldingen aan bij ConsuWijzer.<sup>5</sup> Ook werden meerdere meldingen over de facturatie van Flexenergie aangetroffen op diverse websites.<sup>6</sup>
8. In het kader van de verrijking van bovengenoemde signalen hebben de toezichthoudend ambtenaren van de ACM ook de informatie die Flexenergie maandelijks aan ACM verstrekt over de wijze van presteren ten aanzien van het tijdig versturen van jaar- en eindafrekeningen aan kleinverbruikers bekeken.
9. Flexenergie is een vergunninghoudende leverancier die zich tot 1 januari 2018 profileerde met een prepaid-concept.<sup>7</sup> Dit concept hield in dat een afnemer als bedoeld in artikel 95a, eerste lid Elektriciteitswet en artikel 43, eerste lid, Gaswet die met Flexenergie een overeenkomst tot levering van elektriciteit en/of gas sloot, iedere maand een energietegoed kocht voor een zelf bepaald bedrag. Wanneer het tegoed bijna op was, ontving de afnemer een e-mail of sms van Flexenergie zodat hij het tegoed kon opwaarderen met een nieuwe betaling.<sup>8</sup> De wijze van betalen was het unique selling point van Flexenergie. Afnemers moesten er daarom juist bij Flexenergie op kunnen vertrouwen dat zij haar administratieve organisatie op orde had. Wangedrag door Flexenergie draagt niet bij aan een betrouwbare energiemarkt. Het schaadt het vertrouwen van consumenten, naast de financiële schade die het hen oplevert.

<sup>1</sup> Rapport met kenmerk ACM/UIT/494409.

<sup>2</sup> Dossierstukken 9, Melding door L. Spee, en 13, Melding door L. Spee.

<sup>3</sup> Dossierstuk 6, Sturingsrapport.

<sup>4</sup> Een sturingsrapport is een Verslag van Ambtshandelingen, opgemaakt door een ambtenaar van de Inlichtingeneenheid van de ACM naar aanleiding van gegevens, inlichtingen en/of bescheiden die hij heeft verkregen van een informant. Een informant is een persoon die, anders dan op vordering van de ACM, gegevens, inlichtingen en/of bescheiden over een mogelijke overtreding ter beschikking stelt aan de ACM en daarbij bepaalt dat diens identiteit alleen door hem/haar of via een tussenpersoon bij de inlichtingeneenheid van de ACM bekend mag zijn. De ambtenaren van in de inlichtingeneenheid verwijderen daarom informatie die de identiteit van de informant kan onthullen, voordat zij gegevens, inlichtingen en/of documenten binnen de ACM verspreiden.

<sup>5</sup> Dossierstuk 10, Meldingen ConsuWijzer aanleiding.

<sup>6</sup> Te weten de websites [www.klachtenkompas.nl](http://www.klachtenkompas.nl), [www.klacht.nl](http://www.klacht.nl), [www.gaslicht.nl](http://www.gaslicht.nl) en [www.energieleveranciers.nl](http://www.energieleveranciers.nl).

<sup>7</sup> Dossierstuk 71, VvA schermafbeeldingen.

<sup>8</sup> Dossierstuk 42, VvA + vastlegging website EnergieFlex + Algemene voorwaarden EnergieFlex (Aangepast), p. 8.

10. Gelet op voormelde signalen die de ACM heeft ontvangen over Flexenergie in combinatie met het type product dat Flexenergie aanbood, zag de ACM aanleiding om een onderzoek in te stellen naar Flexenergie.

### 3 Feitelijk kader

#### 3.1 Verloop van de procedure

11. Op 2 oktober 2018 heeft de ACM het onderzoeksrapport<sup>9</sup> gezonden aan Flexenergie.
12. Op 11 oktober 2018 heeft de rechtbank Midden-Nederland bij beschikking surseance van betaling verleend aan Flexenergie, met aanstelling van de heer mr. W.J.M. van Andel tot bewindvoerder. Bij beschikking van 22 oktober 2018 van de rechtbank Midden-Nederland is de surseance van betaling ingetrokken en is het faillissement van Flexenergie uitgesproken. De heer mr. W.J.M. van Andel is aangesteld tot curator van Flexenergie (hierna: curator).<sup>10</sup> De curator heeft de ACM te kennen gegeven dat hij vanwege het faillissement van Flexenergie het niet zinvol acht om de sanctieprocedure voort te zetten en dat hij niet op de hoorzitting zal verschijnen.<sup>11</sup> Op 31 oktober 2018 heeft de ACM het rapportdossier gezonden aan de curator.<sup>12</sup>

#### 3.2 Handelswijze bij beëindiging overeenkomsten onbepaalde duur

13. Flexenergie leverde elektriciteit en gas aan kleinverbruikers. Hiertoe sluit zij leveringsovereenkomsten met hen af. Een leveringsovereenkomst kan gelden voor bepaalde duur en voor onbepaalde duur. In het laatste geval is er in de overeenkomst dan geen einddatum bepaald.
14. Flexenergie bood tot 1 januari 2018 prepaid-leveringsovereenkomsten aan. Dit hield in dat de kleinverbruiker iedere maand een energietegoed kocht voor een door hem zelf bepaald bedrag. Wanneer het tegoed bijna op was, ontving de kleinverbruiker een e-mail of sms van Flexenergie zodat hij het tegoed kon opwaarderen met een nieuwe betaling. De slimme meter van de betreffende kleinverbruiker hield precies bij wat hij aan energie verbruikte. De kleinverbruiker had op deze manier inzicht in zijn energieverbruik en kosten en betaalde alleen voor de energie die hij verbruikte.<sup>13</sup> Op haar website lichtte Flexenergie het product Flex Prepaid Variabel toe. Zij beschreef dit als een product met een variabele looptijd met variabele tarieven dat maandelijks opzegbaar is. Daarbij vermeldde zij dat kleinverbruikers bij beëindiging van dit product rekening moeten houden met een opzegtermijn van dertig dagen en een afsluitvergoeding van EUR 50.<sup>14</sup>

<sup>9</sup> Rapport met kenmerk ACM/UIT/494409.

<sup>10</sup> Brief met kenmerk ACM/IN/423630.

<sup>11</sup> E-mail met kenmerk ACM/IN/422676.

<sup>12</sup> Brief met kenmerk ACM/UIT/501165.

<sup>13</sup> Dossierstuk 42, VvA + vastlegging website EnergieFlex + Algemene voorwaarden EnergieFlex (Aangepast) en dossierstuk 31, Vastleggen website Energieflex\_schermafbeeldingen.

<sup>14</sup> Dossierstuk 42, VvA + vastlegging website EnergieFlex + Algemene voorwaarden EnergieFlex (Aangepast).

### 3.3 Handelswijze bij ter beschikking stellen gegevens CER

15. Energie Data Services Nederland (hierna: EDSN) beheert namens de regionale netbeheerders het contracteindegegevensregister (CER).<sup>15</sup> EDSN is de uitvoeringsorganisatie voor het ondersteunen van de vrije energiemarkt in Nederland en functioneert als de spil in de informatievoorziening.<sup>16</sup>
16. Leveranciers van elektriciteit en gas aan kleinverbruikers stellen contractgegevens die horen bij de overeenkomsten die zij aangaan met kleinverbruikers aan EDSN ter beschikking voor opname in het CER. Het gaat om een viertal gegevens, waaronder indien van toepassing de einddatum van de leveringsovereenkomst en de opzegtermijn.<sup>17</sup>
17. Leveranciers raadplegen namens een kleinverbruiker het CER om te weten of op de aansluiting van de potentiële klant sprake is van een opzegtermijn. Dit is voor de kleinverbruiker relevante informatie omdat hij bij het opzeggen van een overeenkomst voor bepaalde duur extra kosten verschuldigd kan zijn in de vorm van een te betalen opzegvergoeding. Een energieleverancier die is aangesloten bij de Gedragscode Consument en Energieleverancier 2015 is daarom verplicht om een potentiële klant hierover te informeren.<sup>18</sup> Flexenergie was aangesloten bij die gedragscode.

## 4 Het onderzoeksrapport

18. In het onderzoeksrapport wordt geconstateerd dat Flexenergie in strijd heeft gehandeld met de volgende bepalingen:
  - 1) artikel 95m, achtste lid, Elektriciteitswet 1998 en artikel 52b, achtste lid, Gaswet en
  - 2) artikel 55 Elektriciteitswet 1998 juncto artikel 2.5.3 Informatiecode elektriciteit en gas en artikel 23 Gaswet juncto artikel 2.5.3 Informatiecode elektriciteit en gas.

## 5 De betrokken rechtspersoon

19. Flexenergie is een besloten vennootschap, die statutair gevestigd is in Utrecht en onder meer handelde onder de naam EnergieFlex. Het bezoekadres van Flexenergie is Johan Huizingalaan 763A, 1066 VH te Amsterdam. De vennootschap is ingeschreven bij de Kamer van Koophandel met nummer 58003487. Volgens het uittreksel van de Kamer van Koophandel luidt de bedrijfsomschrijving van Flexenergie als volgt: 'Handel in elektriciteit en in gas via leidingen, alsmede 'Het leveren van energie aan klein verbruikers en zakelijke markt'.<sup>19</sup>
20. Flexenergie leverde gedurende de periode van overtreding elektriciteit en gas aan kleinverbruikers in de zin van artikel 95a, eerste lid Elektriciteitswet en artikel 43, eerste lid, van de Gaswet. Zij had gedurende de periode van overtreding ook vergunningen voor het leveren van elektriciteit en gas aan kleinverbruikers.<sup>20</sup>

<sup>15</sup> Artikel 2.5.1. Informatiecode elektriciteit en gas.

<sup>16</sup> Zie de openbare website: <http://www.edsn.nl/>.

<sup>17</sup> Artikel 2.5.3. Informatiecode elektriciteit en gas.

<sup>18</sup> Artikel 6.2 Gedragscode Consument en Energieleverancier 2015.

<sup>19</sup> Dossierstuk 74, KvK-uittreksel Flexenergie B.V.

<sup>20</sup> Dossierstuk 4, Vergunningsbesluit elektriciteit en dossierstuk 5, Vergunningsbesluit gas.

## 6 Juridische beoordeling

### 6.1 In rekening brengen van afsluitkosten (overtreding 1)

#### 6.1.1 Zienswijze

21. De curator heeft ten aanzien van deze overtreding geen zienswijze ingediend.

#### 6.1.2 Beoordeling door de ACM

22. In artikel 95m, achtste lid, van de Elektriciteitswet 1998 en artikel 52b, achtste lid, van de Gaswet staat het volgende:

“Indien sprake is van een overeenkomst voor bepaalde duur, kan de leverancier in deze overeenkomst opnemen dat bij tussentijdse beëindiging van de overeenkomst de afnemer een redelijke vergoeding is verschuldigd. Indien sprake is van een overeenkomst voor onbepaalde duur, kan een dergelijke vergoeding niet in de overeenkomst worden opgenomen.”

23. Een overeenkomst voor onbepaalde duur kan altijd kosteloos worden beëindigd met inachtneming van een termijn van 30 dagen. Dit is dus voor kleinverbruikers de meest gunstige contractvorm met het oog op de mogelijkheden voor het overstappen naar een andere leverancier. Een overeenkomst voor bepaalde duur kan ook tussentijds worden beëindigd. Echter, het is redelijk dat de kleinverbruiker hiervoor een vergoeding aan de leverancier betaalt, die in de overeenkomst is bepaald. Deze vergoeding zal de kosten moeten weerspiegelen die de leverancier heeft in verband met het tussentijds opzeggen van de overeenkomst voor bepaalde duur.<sup>21</sup>
24. De ACM stelt vast dat Flexenergie prepaid-contracten voor onbepaalde duur met kleinverbruikers heeft afgesloten, waarin was opgenomen dat bij de beëindiging daarvan afsluitkosten in rekening worden gebracht. Flexenergie heeft deze afsluitkosten ook daadwerkelijk bij kleinverbruikers in rekening gebracht. Zij heeft daarmee in strijd heeft gehandeld met artikel 95m, achtste lid, van de Elektriciteitswet 1998 en artikel 52b, achtste lid, van de Gaswet. De ACM stelt tevens vast dat deze overtreding heeft plaatsgevonden van 13 maart 2015<sup>22</sup> tot en met 31 maart 2016<sup>23</sup> en van 27 maart 2017<sup>24</sup> tot en met 20 april 2017.<sup>25</sup> Hieronder zal de ACM onderbouwen waarop zij deze overtreding baseert.

#### 6.1.3 Bewijsmiddelen

##### Verklaringen van [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK]

25. Ten eerste was Flexenergie van mening dat afsluitkosten bij de beëindiging van prepaid-contracten in rekening mochten worden gebracht. Dit verklaarde [VERTROUWELIJK] tijdens het eerste bedrijfsbezoek dat de ACM aan het bedrijf bracht. <sup>26</sup> Tijdens het tweede bedrijfsbezoek aan Flexenergie is verklaard dat voor alle prepaid-contracten die door Flexenergie zijn

<sup>21</sup> Zie Kamerstukken II 2003/04, 29372, nr. 51.

<sup>22</sup> Dossierstuk 75, VvA Way Back Machine incl. schermafbeeldingen.

<sup>23</sup> Dossierstuk 34, VvA verklaring [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK], p. 4

<sup>24</sup> Dossierstuk 31, Vastleggen website EnergieFlex\_schermafbeeldingen.

<sup>25</sup> Dossierstuk 41, Reactie op ACM/UIT/012507.

<sup>26</sup> Dossierstuk 21, VvA verklaring [VERTROUWELIJK], p. 18 en 19.

aangegaan vanaf het moment van vergunningverlening<sup>27</sup> tot 1 april 2016 afsluitkosten in rekening zijn gebracht. Dit gold zowel voor contracten van bepaalde tijd als voor contracten voor onbepaalde tijd. De afsluitkosten zouden dienen om de "overheadkosten" van het werken volgens een prepaid betalingsmodel af te dekken en moeten niet gezien worden als "opzegvergoeding".<sup>28</sup> In een schriftelijke reactie bericht Flexenergie de ACM dat het Prepaid variabel product afsluitkosten kent om misbruik van het product te voorkomen. Het gebeurt regelmatig dat klanten het Prepaid variabel product zien als een tijdelijke stap om zo snel mogelijk weer bij een reguliere energieleverancier geaccepteerd te worden. In dat licht zijn afsluitkosten opgenomen om het extra werk van aansluiten en beëindigen te bekostigen.<sup>29</sup>

26. De ACM benadrukt dat de omstandigheid dat de bepalingen in de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet niet naadloos zouden aansluiten bij de innovatieve prepaid leveringsovereenkomsten van Flexenergie, niet betekent dat die bepalingen dan niet van toepassing zijn en dat Flexenergie zich niet aan die bepalingen hoeft te houden. De omstandigheid dat een innovatief product zoals het prepaid energiecontract anders verliesgevend zou zijn, maakt evenmin dat Flexenergie zich niet aan de wet hoeft te houden. Artikel 95m, achtste lid, van de Elektriciteitswet 1998 en artikel 52b, achtste lid, van de Gaswet laten geen ruimte om in overeenkomsten voor onbepaalde tijd op te nemen dat bij beëindiging ervan een redelijke vergoeding verschuldigd is. Of dat afsluitkosten zijn of dat daarmee verkapte overhead- of handlingskosten worden bedoeld is om het even.

#### Algemene en productvoorwaarden

27. Ten tweede werd ook in de algemene voorwaarden en productvoorwaarden die Flexenergie hanteerde gerept over afsluitkosten.<sup>30</sup> Flexenergie heeft tien versies van haar productvoorwaarden aan de ACM verstrekt.<sup>31</sup> Zo stond in de Productvoorwaarden EnergieFlex 2014 in artikel 1 vermeld dat het product 'FLEX Prepaid' een contractvorm voor onbepaalde tijd is. In artikel 7.13 stond dat Flexenergie de klant bij het beëindigen van een prepaid contract EUR 50 afsluitkosten in rekening brengt.<sup>32</sup> Flexenergie heeft niet gespecificeerd welke productvoorwaarden op welk moment op welke leveringsovereenkomst van toepassing waren. De productvoorwaarden met de bestandsnaam 'EnergieFlex\_Productvoorwaarden\_2014.pdf' waren in elk geval van 13 maart 2015 tot en met 16 april 2015 op de website van Flexenergie te vinden.<sup>33</sup>
28. Ook in latere versies van de productvoorwaarden van Flexenergie stond dat bij beëindiging van het contract EUR 50 aan afsluitkosten in rekening wordt gebracht.<sup>34</sup> Alleen de productvoorwaarden met de bestandsnamen 'Productvoorwaarden-EnergieFlex-2016.pdf', 'Productvoorwaarden-EnergieFlex-december2016.pdf' en 'Productvoorwaarden-EnergieFlex-

<sup>27</sup> Dossierstuk 4, Vergunningsbesluit elektriciteit en dossierstuk 5, Vergunningsbesluit gas. Flexenergie had sinds 6 februari 2014 vergunningen voor het leveren van elektriciteit en gas.

<sup>28</sup> Dossierstuk 34, VvA verklaring [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK], p. 4.

<sup>29</sup> Dossierstuk 50, Reactie op verklaringen.

<sup>30</sup> In bevestigingsbrieven behorende bij de leveringsovereenkomsten die Flexenergie met kleinverbruikers sloot werd vermeld dat de algemene voorwaarden en de productvoorwaarden van toepassing zijn op alle leveringen van Flexenergie. Met de bevestigingsbrief werd de gesloten leveringsovereenkomst aan de klant bevestigd.

<sup>31</sup> Dossierstuk 38, Map 6.vwd (voor bijlagen zie USB-stick). Flexenergie heeft tien bestanden met daarin productvoorwaarden verstrekt, die op enig moment geldig waren. Het betreft de bestanden met de bestandsnamen 'EnergieFlex\_Productvoorwaarden\_2014', 'EnergieFlex\_Productvoorwaarden\_augustus-2015', 'EnergieFlex\_Productvoorwaarden\_juli-2015', 'EnergieFlex-Productvoorwaarden\_16-sep-2015', 'EnergieFlex-Productvoorwaarden\_september-2015', 'EnergieFlex-Productvoorwaarden-2015', 'Productvoorwaarden-EnergieFlex-2016', 'Productvoorwaarden-EnergieFlex-december2016', 'Productvoorwaarden-EnergieFlex-januari-2017', 'Productvoorwaarden-EnergieFlex-maart-2017'

<sup>32</sup> Dossierstuk 38, Map 6.vwd (voor bijlagen zie USB-stick), bestandsnaam EnergieFlex\_Productvoorwaarden\_2014.pdf.

<sup>33</sup> Dossierstuk 75, VvA Way Back Machine, inclusief schermafbeeldingen..

<sup>34</sup> Zie bijvoorbeeld de Productvoorwaarden van augustus 2015, juli 2015, september 2015 en maart 2017, zoals opgenomen in dossierstuk 38, Map 6. vwd (voor bijlagen zie USB-stick).

2017.pdf' bevatten geen bepaling dat een afsluitvergoeding in rekening wordt gebracht bij de beëindiging van contracten van onbepaalde tijd.

29. De algemene voorwaarden waarnaar Flexenergie in haar productvoorwaarden verwijst, betreffen de door branchevereniging Energie-Nederland vastgestelde "Algemene voorwaarden voor de levering van elektriciteit en gas aan kleinverbruikers (versie 2013)". Flexenergie heeft deze algemene voorwaarden zelf aan de ACM verstrekt.<sup>35</sup> Artikel 19.3 in de versie van Flexenergie wijkt af van artikel 19.3 van de door Energie-Nederland vastgestelde Algemene voorwaarden (versie 2013), in die zin dat in de versie van Flexenergie is toegevoegd dat opzegging van een leveringsovereenkomst voor onbepaalde duur kosteloos is *tenzij schriftelijk een afsluitvergoeding is overeengekomen* (cursivering ACM). Het voornemen van Flexenergie om bij beëindiging van prepaid-contracten voor onbepaalde tijd afsluitkosten in rekening te brengen is destijds bij de vergunningaanvraag bij de ACM niet besproken.<sup>36</sup>

#### Website

30. Ten derde stond in elk geval op 27 maart 2017 op de website van Flexenergie, [www.energieflex.nl](http://www.energieflex.nl), onder het kopje 'Looptijd en opzegging' het volgende: "Bij Flex Prepaid Variabel wordt € 50,- aan afsluitkosten in rekening gebracht."<sup>37</sup>

#### Afrekeningen

31. Ten vierde blijkt uit de afrekeningen die Flexenergie stuurde dat zij de afsluitvergoeding ook daadwerkelijk bij klanten in rekening bracht.<sup>38</sup>

#### Verklaring van [VERTROUWELIJK]

32. Ten slotte heeft [VERTROUWELIJK] door toezichthoudende ambtenaren geconfronteerd met afsluitkosten op eindafrekeningen, verklaard dat het in strijd is met de regels een opzegvergoeding te rekenen, bij contracten voor onbepaalde tijd.<sup>39</sup> Naar aanleiding van de brief van de ACM, waarin zij Flexenergie gelast om met onmiddellijke ingang te stoppen met het in rekening brengen van afsluitkosten aan (prepaid)klanten met een contract voor onbepaalde duur, heeft [VERTROUWELIJK] per brief van 4 mei 2017 laten weten met ingang van 21 april 2017 te zijn gestopt met het in rekening brengen van afsluitkosten voor prepaid Variabel contracten. Flexenergie heeft tevens de nieuwe algemene voorwaarden van Energie Nederland ongewijzigd in gebruik genomen. In deze voorwaarden wordt niet gerefereerd aan afsluitkosten.<sup>40</sup>

#### Tussenconclusie

33. Alleen al op grond van vorenstaande bewijsmiddelen kan een overtreding van artikel 95m, achtste lid, van de Elektriciteitswet 1998 en artikel 52b, achtste lid, van de Gaswet worden vastgesteld. Om te zien waartoe de handelwijze van Flexenergie in de praktijk leidde, hebben toezichthoudende ambtenaren van de ACM een analyse gemaakt van die bewijsmiddelen.

#### 6.1.4 Analyse van de bewijsmiddelen

34. Deze analyse in de vorm van een aantal Exceloverzichten is op een USB-stick bij het rapportdossier opgenomen.<sup>41</sup> De analyse komt er kort gezegd op neer dat toezichthoudende

<sup>35</sup> Dossierstuk 38, Map 6. Vwd (voor bijlagen zie USB-stick). Het betreft het bestand met de bestandsnaam 'Algemene-Voorwaarden-Energieflex'.

<sup>36</sup> Dossierstuk 50, Reactie op verklaringen. [VERTROUWELIJK] verklaart zich te hebben vergist.

<sup>37</sup> Dossierstuk 31, Vastleggen website EnergieFlex\_schermafbeeldingen.

<sup>38</sup> Dossierstuk 93, Selectie eindafrekeningen (voor bijlagen zie USB-stick).

<sup>39</sup> Dossierstuk 35, VvA verklaring [VERTROUWELIJK], p. 15.

<sup>40</sup> Dossierstuk 41, Reactie op ACM/UIT/012507.

<sup>41</sup> Dossierstukken 89 t/m 91, VvA Analyse VARP contracten en bijlage, VvA Analyse VARP contracten\_AANVULLING en bijlage en VvA Tweede aanvullende analyse VARP contracten – juli '18 (voor bijlagen zie USB-stick).



ambtenaren van de ACM de bij Flexenergie gevorderde<sup>42</sup> en meegenomen informatie<sup>43</sup> in Excel met elkaar hebben vergeleken en gecombineerd.

35. Zo zijn zij aan de hand van de bevestigingsbrieven, waarin de met klanten gesloten leveringsovereenkomsten worden bevestigd, nagegaan wat de looptijd was van de prepaid-contracten. Vervolgens hebben zij gekeken welke bevestigingsbrieven betrekking hebben op prepaid-contracten. Flexenergie gebruikte in haar facturatiesysteem FINE een bepaalde contractgroep voor prepaid-contracten, namelijk 'VARP'. In deze contractgroep hebben toezichhoudende ambtenaren gezocht naar contractgegevens die konden worden gekoppeld aan bevestigingsbrieven. Na het verwijderen van dubbelingen, kon in 1010 gevallen aan de contractgegevens een bevestigingsbrief worden gekoppeld. Vervolgens hebben zij in 383 van genoemde 1010 gevallen ook een bijbehorende eindafrekening aan de bevestigingsbrief kunnen koppelen. Deze 383 contractgegevens, waaraan steeds een combinatie van een bevestigingsbrief en een eindafrekening kon worden gekoppeld, vormden de basis voor de verdere analyse.
36. Toezichhoudende ambtenaren van de ACM concludeerden dat de looptijd van de leveringsovereenkomsten niet altijd duidelijk uit de bevestigingsbrieven bleek. Zij hebben daarom nadere informatie gevorderd van Flexenergie.<sup>44</sup> [VERTROUWELIJK], die als financieel manager voor Flexenergie werkzaam was, gaf namens Flexenergie aan dat hij niet met zekerheid kon zeggen wat de looptijd was van de genoemde prepaid leveringsovereenkomsten. Hem was verteld dat het contracten betrof met een onbeperkte looptijd die maandelijks opzegbaar zouden zijn, maar het zou zeer lastig zijn om dat voor alle betreffende (ex)klanten met zekerheid te bevestigen, aldus [VERTROUWELIJK].<sup>45</sup> Na een aanvullende analyse van de 383 bevestigingsbrieven<sup>46</sup> hebben toezichhoudende ambtenaren van de ACM geconstateerd dat uiteindelijk één van die 383 bevestigingsbrieven een leveringsovereenkomst voor bepaalde tijd betrof, omdat in die brief een looptijd was vermeld van '9-2-2016 t/m 8-2-2017'.<sup>47</sup> De overige 382 contracten betroffen prepaid-leveringsovereenkomsten voor onbepaalde tijd.
37. Ten aanzien van de eindfacturen<sup>48</sup> die bij deze 382 prepaid leveringsovereenkomsten voor onbepaalde tijd hoorden, hebben toezichhoudende ambtenaren onderzocht of Flexenergie op die eindfacturen een kostenpost had opgenomen voor afsluitkosten of andere benamingen als opzegvergoedingen. Dat bleek bij 342 eindfacturen het geval. In het analyseoverzicht is aangegeven welk bedrag in rekening is gebracht en onder welke benaming.<sup>49</sup> Uitgaande van 342 gevallen x EUR 50 afsluitkosten betekent dit dat Flexenergie in ieder geval EUR 17.100 ten onrechte in rekening heeft gebracht bij kleinverbruikers.

<sup>42</sup> Dossierstuk 32, Voorbereiding bezoek ACM en informatieverzoek

<sup>43</sup> Dossierstuk 36, VvA bedrijfsbezoek Energieflex 24 apr '17. De ACM heeft op 24 april 2017 een groot aantal bevestigingsbrieven (in totaal 65.068) en eindafrekeningen (in totaal 12.174) digitaal meegenomen.

<sup>44</sup> Dossierstuk 53, Informatievordering looptijd Varp-contracten.

<sup>45</sup> Dossierstuk 64, Antwoord op vordering ACM/UIT/121504 VARP-contracten.

<sup>46</sup> Dossierstuk 92, Selectie bevestigingsbrieven (voor bijlagen zie USB-stick).

<sup>47</sup> Dossierstuk 90, VvA Analyse VARP\_contracten\_AANVULLING en bijlage (voor bijlagen zie USB-stick), tabblad VARP uniek (relatienummer 2006075), kolom CY en draaitabel looptijd.

<sup>48</sup> Dossierstuk 93, Selectie eindafrekeningen (voor bijlagen zie USB-stick).

<sup>49</sup> Dossierstuk 89, VvA Analyse VARP contracten en bijlage (voor bijlagen zie USB-stick), kolommen CU en CV.



## 6.2 Niet op de juiste wijze gegevens ter beschikking stellen voor opname in het CER (overtreding 2)

### 6.2.1 Zienswijze

38. Ook ten aanzien van deze overtreding is door de curator geen zienswijze ingediend.

### 6.2.2 Beoordeling door de ACM

39. Flexenergie dient als leverancier van energie aan kleinverbruikers op grond van artikel 2.5.3 van de Informatiecode elektriciteit en gas (hierna: de Informatiecode) per actuele en toekomstige leveringsovereenkomst met een kleinverbruiker die daartoe een machtiging heeft afgegeven een viertal contractuele gegevens<sup>50</sup> ter beschikking te stellen voor opname in het CER. Artikel 2.5.4 van de Informatiecode schrijft voor dat die gegevens tenminste eenmaal per vijf werkdagen moeten worden geactualiseerd.
40. Leveranciers raadplegen bijvoorbeeld bij werving namens kleinverbruikers het CER om te zien of op de aansluiting van de potentiële klant sprake is van een einddatum van diens huidige leveringsovereenkomst en of sprake is van een opzegtermijn. Deze informatie is voor kleinverbruikers relevant, omdat bij het opzeggen van een overeenkomst voor bepaalde tijd kosten verschuldigd kunnen zijn in de vorm van een opzegvergoeding. Het is daarom van belang dat de gegevens in het CER actueel zijn.
41. De contractgegevens dienen aan EDSN beschikbaar te worden gesteld, omdat zij het CER namens de regionale netbeheerders beheert. EDSN heeft in een speciale handleiding<sup>51</sup> (hierna: de servicebeschrijving) beschreven op welke wijze datasets<sup>52</sup> ter beschikking dienen te worden gesteld voor opname in haar systemen.<sup>53</sup> Op deze wijze kunnen datasets door EDSN eenvoudig in de systemen worden verwerkt. Het proces van terbeschikkingstelling en de afmelding daarvan door EDSN bestaat uit een aantal stappen, waarvan de eerste twee stappen zijn: het aanbieden van een dataset en het notificeren van die dataset door de aanbieder. Flexenergie heeft de servicebeschrijving in het kader van het onderzoek aan de ACM verstrekt.<sup>54</sup>
42. De ACM stelt vast dat Flexenergie in de periode van 6 februari 2016 tot en met 5 mei 2017 in strijd heeft gehandeld met zowel artikel 2.5.3 als artikel 2.5.4 van de Informatiecode, omdat zij niet op juiste wijze contractgegevens ter beschikking heeft gesteld voor opname in het CER. Dit levert een overtreding op van artikel 55 Elektriciteitswet en artikel 23 Gaswet juncto artikel 2.5.3 van de Informatiecode. De overtreding van Flexenergie is ernstig, omdat deze schade toebrengt aan het vertrouwen in de werking van de energiemarkt, het level playing field tussen leveranciers én kan leiden tot financiële schade bij andere leveranciers en kleinverbruikers.
43. Hieronder zal de ACM toelichten waarop zij de vaststelling van deze overtreding baseert.

### 6.2.3 Bewijsmiddelen

#### Informatie afkomstig van EDSN

<sup>50</sup> Deze gegevens betreffen **a.** de EAN-code van de aansluiting, **b.** de einddatum van de leveringsovereenkomst indien van toepassing, **c.** de opzegtermijn en **d.** de bedrijfs-EAN-code van de leverancier.

<sup>51</sup> Servicebeschrijving 'Uitwisseling datasets v7.0', versiedatum 9-3-2016.

<sup>52</sup> Waaronder een 'CER contract bronbestand'.

<sup>53</sup> Waaronder het CER.

<sup>54</sup> Dossierstuk 65, Bestanden (25) van [VERTROUWELIJK], bijlage Servicebeschrijving 'Uitwisseling datasets v7.0', versiedatum 9-3-2016 (voor bijlagen zie USB-stick).

44. Ten eerste blijkt uit informatie afkomstig van EDSN dat in de periode van 6 februari 2016 tot en met 5 mei 2017 geen contractgegevens van Flexenergie in het CER zijn opgenomen.<sup>55</sup> Flexenergie heeft niet aangetoond dat zij in de periode van 31 januari 2016 tot en met 12 mei 2016 wel op de juiste wijze contractgegevens ter beschikking heeft gesteld voor opname in het CER. Flexenergie heeft desgevraagd verklaard niet te beschikken over 'CER-aanleveringen' over deze periode.<sup>56</sup> Weliswaar blijkt uit de door Flexenergie verstrekte informatie dat zij in de periode van 13 mei 2016 tot en met 5 mei 2017 contractgegevens heeft aangeboden, maar uit informatie van EDSN blijkt dat deze gegevens niet in het CER zijn verwerkt, omdat Flexenergie de servicebeschrijving niet heeft gevolgd. Zij heeft immers nagelaten te notificeren<sup>57</sup> dat een dataset beschikbaar was voor opname in het CER. Wanneer een dergelijke notificatie door een marktpartij achterwege blijft, worden de bestanden niet door EDSN verwerkt en na verloop van tijd automatisch gearchiveerd. De marktpartij in kwestie krijgt daarvan geen melding van EDSN.
45. Schematisch weergegeven zien de periodes waarin Flexenergie contractgegevens bij EDSN heeft aangeboden en/of genotificeerd er als volgt uit:

Periode	Contractgegevens aangeboden aan EDSN?	Aangeboden dataset genotificeerd (en verwerkt door EDSN)?
1-1-2015 t/m 30-1-2016	Ja	Ja
31-1-2016 t/m 12-5-2016	Nee	Nee
13-5-2016 t/m 16-12-2016	Ja	Nee
17-12-2016 t/m 5-5-2017	Ja	Nee
6-5-2017 t/m 29-6-2017	Ja	Ja

#### Informatie afkomstig van Flexenergie

46. Ten tweede heeft Flexenergie naar aanleiding van een informatievordering van de ACM onder andere twee schermafbeeldingen van haar zogenoemde 'GBU interface'<sup>58</sup> aan de ACM verstrekt. Hierop is te zien wanneer Flexenergie 'ContractRenewal' bestanden heeft aangeboden bij EDSN. De ACM constateert dat de beschikbare schermafbeeldingen van de 'GBU-interface' en e-mail van Flexenergie d.d. 10 januari 2017<sup>59</sup> bevestigen dat in de periode van 31 januari 2016 tot en met 12 mei 2016 door Flexenergie geen contractgegevens ter beschikking zijn gesteld voor opname in het CER. Daarnaast stelt de ACM vast dat er geen andere aanwijzingen zijn dat Flexenergie in deze periode überhaupt contractgegevens heeft aangeboden aan EDSN voor opname in het CER.

#### Verklaringen medewerkers Flexenergie

47. Medewerkers van Flexenergie hebben ten tijde van het derde bedrijfsbezoek op 17 juli 2017 verklaard dat het opstellen en versturen van het csv-bestand met de contractgegevens voor opname in het CER was uitbesteed aan de IT-dienstverlener [VERTROUWELIJK]. Zowel Flexenergie als [VERTROUWELIJK] verkeerde in de veronderstelling dat EDSN de contractgegevens verwerkte die [VERTROUWELIJK] wekelijks aan haar ter beschikking stelde

<sup>55</sup> Dossierstuk 46, Bestanden (2) van EDSN.

<sup>56</sup> Dossierstuk 30, Aanlevering stukken Energieflex (voor bijlagen zie usb-stick).

<sup>57</sup> Onder notificeren wordt verstaan 'aanmelden voor verwerking'.

<sup>58</sup> GBU staat voor Generieke Bestandsuitwisseling. De servicebeschrijving vermeldt het volgende: De leverancier biedt het CER-bronbestand Contractrenewal in XML-formaat of CSV-formaat aan. Het aanbieden (uploaden) van dit CER-bronbestand kan met uitwisselkanaal GBU of met uitwisselkanaal SFTP.

<sup>59</sup> Dossierstuk 30, Aanlevering stukken Energieflex (voor bijlagen zie USB-stick).

voor opname in het CER. Toen Flexenergie in april 2017 besloot om enkele processen die voorheen door [VERTROUWELIJK] werden uitgevoerd weer zelf te gaan uitvoeren, kwam zij er achter dat de door [VERTROUWELIJK] aangeleverde contractgegevens niet door EDSN waren verwerkt, niet alleen omdat de .csv-bestanden syntactisch onjuist waren, maar ook omdat de bestanden wel waren aangemeld maar niet genotificeerd. In mei 2017 heeft Flexenergie weer op de juiste wijze contractgegevens aangeleverd die ook daadwerkelijk door EDSN zijn verwerkt.<sup>60</sup>

48. Medewerkers van Flexenergie hebben tijdens het derde bedrijfsbezoek erkend dat Flexenergie ook klachten ontving van klanten over problemen door een ontbrekende einddatum in het CER, waardoor de betreffende klant zijn welkomstkorting kwijtraakte en een opzegvergoeding moest betalen.<sup>61</sup>

#### Meldingen van consumenten

49. Dat Flexenergie al voor april 2017 had kunnen weten dat contractgegevens niet door EDSN in het CER werden verwerkt blijkt uit een melding die de ACM voorafgaand aan het eerste bedrijfsbezoek had ontvangen van één van haar medewerkers. Uit die melding blijkt dat Flexenergie uitging van een verkeerde einddatum van de leveringsovereenkomst.<sup>62</sup> Tijdens het eerste bedrijfsbezoek op 20 december 2016 hebben toezichthoudend ambtenaren van de ACM naar aanleiding van deze melding aan [VERTROUWELIJK], die sinds 1 juli 2016 bij Flexenergie werkzaam was als teamleider backoffice, gevraagd hen te laten zien welke einddatum er in het CER stond. [VERTROUWELIJK] heeft vervolgens [VERTROUWELIJK] verzocht hem het betreffende logbestand en het csv-bestand met de contractgegevens ten behoeve van het CER toe te sturen. [VERTROUWELIJK] gaf daarop aan dat in mei 2016 geen contractgegevens ten behoeve van het CER waren geüpload en dat de eerste upload naar het CER pas in augustus 2016 heeft plaatsgevonden. Op de vraag van toezichthoudend ambtenaren van de ACM of dit betekent dat er tot augustus 2016 door Flexenergie geen contractgegevens in het CER zijn gezet, antwoordde [VERTROUWELIJK] dat het daar inderdaad op leek.<sup>63</sup>
50. Ten slotte blijkt ook uit andere meldingen die de ACM via haar informatieloket ConsuWijzer ontving, dat nieuwe leveranciers bij het 'wegswitchen' van potentiële klanten in het CER geen einddatum van de leveringsovereenkomsten van die klanten hadden aangetroffen.<sup>64</sup> Dit had tot gevolg dat zij er vanuit gingen dat het om leveringsovereenkomsten voor onbepaalde duur ging en potentiële klanten onjuist informeerden. Flexenergie geeft in de correspondentie met die klanten ook aan dat in het CER geen einddatum was opgenomen.<sup>65</sup>

## 7 Overtreder

51. Volgens artikel 5:1, tweede lid, Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) wordt onder overtreder verstaan: degene die de overtreding pleegt of medepleegt. Volgens het derde lid kunnen overtredingen worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen. Artikel 51, tweede en derde lid, van het Wetboek van Strafrecht (hierna: Sr) is van overeenkomstige toepassing. Hieronder zal de ACM ingaan op de vraag welke (rechts)personen in dit geval als overtreder moet worden aangemerkt.

<sup>60</sup> Dossierstuk 61, VvA verklaringen [VERTROUWELIJK] e.a., p. 6 t/m 13.

<sup>61</sup> Dossierstuk 61, VvA verklaringen [VERTROUWELIJK] e.a., p. 12-13.

<sup>62</sup> Dossierstuk 9, Melding door L. Spee en dossierstuk 13, Melding door L. Spee.

<sup>63</sup> Dossierstuk 19, VvA verklaring [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK], p. 4.

<sup>64</sup> Dossierstuk 52, Melding door [VERTROUWELIJK] en dossierstuk 56, Melding door [VERTROUWELIJK].

<sup>65</sup> Dossierstuk 65, Bestanden (25) van [VERTROUWELIJK] (voor bijlagen zie USB-stick), bijlage 'S. de Jong en [VERTROUWELIJK] ACM'.

## 7.1 Flexenergie

52. Artikel 95m, achtste lid, Elektriciteitswet en artikel 52b, achtste lid, Gaswet, luiden:

“Indien sprake is van een overeenkomst voor bepaalde duur, kan de leverancier in deze overeenkomst opnemen dat bij tussentijdse beëindiging van de overeenkomst de afnemer een redelijke vergoeding is verschuldigd. Indien sprake is van een overeenkomst voor onbepaalde duur, kan een dergelijke vergoeding niet in de overeenkomst worden opgenomen.”

53. Volgens artikel 1, eerste lid, onder f, Elektriciteitswet en artikel 1, eerste lid, onder ah, Gaswet wordt onder een leverancier verstaan een organisatorische eenheid die zich bezig houdt met het leveren van gas.
54. Flexenergie leverde gedurende de periode van overtreding elektriciteit en gas aan kleinverbruikers in de zin van artikel 95a, eerste lid Elektriciteitswet en artikel 43, eerste lid, van de Gaswet. Zij had gedurende de periode van overtreding ook vergunningen voor het leveren van elektriciteit en gas aan kleinverbruikers.<sup>66</sup> Flexenergie is daarmee een leverancier in de zin van artikel 1, eerste lid, onder f, Elektriciteitswet en artikel 1, eerste lid, onder ah, Gaswet. Als leverancier diende Flexenergie de bepalingen van de Elektriciteitswet, de Gaswet en de Informatiecode elektriciteit en gas na te leven. In dit besluit is vastgesteld dat zij dit niet heeft gedaan. Flexenergie kan dan ook als overtreder worden aangemerkt.

## 7.2 Boete

55. Op grond van artikel 77i Elektriciteitswet en artikel 60ad van de Gaswet kan de ACM aan Flexenergie een bestuurlijke boete opleggen voor overtreding van (onder meer) respectievelijk artikelen 55 en 95m Elektriciteitswet en 23 en 52d van de Gaswet. In de periode 1 juli 2015 tot en met 30 juni 2016 was bepaald dat die boete per overtreding ten hoogste 10% van de omzet van de overtreder kon bedragen. Sinds 1 juli 2016 bepaalt dit artikel dat de ACM per overtreding een bestuurlijke boete kan opleggen van ten hoogste EUR 900.000 of, indien dat meer is, 10% van de omzet van de overtreder.
56. Bij het vaststellen van de hoogte van een op te leggen boete dienen – op grond van artikel 5:41 en 5:46 Awb – de verwijtbaarheid van de overtreder, de ernst van de overtreding en de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd te worden betrokken. Voorts moet het in artikel 3:4 Awb neergelegde evenredigheidsbeginsel in acht genomen worden. Voor de wijze waarop ACM invulling geeft aan haar bevoegdheid om bestuurlijke boetes op te leggen, is een Boetebeleidsregel opgesteld.
57. Op 1 augustus 2014 is de Boetebeleidsregel ACM 2014 (hierna: Boetebeleidsregel) in werking getreden.<sup>67</sup> De algemene doelstelling bij het vaststellen van de hoogte van de boete is dat de boete evenredig is met het oog op de gepleegde overtreding. Voorts hanteert de ACM het uitgangspunt dat de op te leggen boete voldoende afschrikwekkend is voor zowel de overtreder als voor (potentiële) andere overtreders.

<sup>66</sup> Dossierstuk 4, Vergunningsbesluit elektriciteit en dossierstuk 5, Vergunningsbesluit gas.

<sup>67</sup> Beleidsregel van de Minister van Economische zaken van 4 juli 2014, nr. WJZ/14112617, met betrekking tot het opleggen van bestuurlijke boetes door de Autoriteit Consument en Markt (Boetebeleidsregel ACM 2014), *Stcrt.*2014, 19776, gewijzigd bij besluit van 28 juni 2016, nr. WJZ/16056097, *Stcrt.*2016, 34630.

58. Op grond van artikel 2.7, eerste en tweede lid, Boetebeleidsregel stelt de ACM een basisboete vast binnen de bandbreedte van de boetecategorie waarin de overtreden norm is ingedeeld. De overtredingen van de wettelijke bepalingen en de bijbehorende indeling in een boetecategorie (I t/m VI) staan opgesomd in de bijlage bij de Boetebeleidsregel.
59. Artikel 2.2 Boetebeleidsregel geeft drie verschillende factoren waarmee de ACM de basisboete binnen de bandbreedte in ieder geval vaststelt, te weten: de ernst van de overtreding, de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd, en de duur van de overtreding.
60. Na vaststelling van de basisboete beoordeelt de ACM of sprake is van boeteverhogende of boeteverlagende omstandigheden op grond van artikel 2.8, eerste lid, Boetebeleidsregel.

### 7.3 Ernst overtreding

61. De ACM stelt vast dat de geconstateerde overtredingen ernstig zijn, omdat zij schade toebrengen aan het vertrouwen in de werking van de energiemarkt, het level playing field tussen leveranciers kunnen verstoren én kunnen leiden tot financiële schade bij andere leveranciers en kleinverbruikers. In dit geval heeft het ook daadwerkelijk tot financiële schade geleid.

### 7.4 Verwijtbaarheid

#### **Overtreding in rekening brengen van afsluitkosten**

62. Uit het voorgaande blijkt dat Flexenergie B.V. bewust ervoor heeft gekozen om, in strijd met artikel 95m, lid 8, Elektriciteitswet en artikel 52b, lid 8, Gaswet, in de leveringsovereenkomsten op te nemen dat zij klanten afsluitkosten in rekening brengt bij het beëindigen van een leveringsovereenkomst voor onbepaalde tijd.
63. Flexenergie had, als professionele marktpartij, een eigen verantwoordelijkheid om de geldende wet- en regelgeving in acht te nemen en haar werkprocessen en systemen hierop in te richten. Nu zij welbewust van deze regelgeving heeft afgeweken gedurende langere periode, komt de ACM tot de conclusie dat de overtreding Flexenergie ten volle te verwijten is.

#### **Overtreding niet op de juiste wijze gegevens ter beschikking stellen voor opname in het CER**

64. Ook hier geldt dat Flexenergie een eigen verantwoordelijkheid had om de geldende wet- en regelgeving in acht te nemen en haar werkprocessen en systemen hierop in te richten. Zij heeft nagelaten beheers- en controlemaatregelen te nemen om ervoor te zorgen dat het proces van het aanleveren van gegevens voor het CER goed verliep. Dat Flexenergie de gegevensverstrekking had uitbesteed aan [VERTROUWELIJK] maakt dit niet anders, omdat Flexenergie ook in dat geval verantwoordelijk blijft voor de naleving van de wet. De ACM komt dan ook tot de conclusie dat de overtreding Flexenergie ten volle te verwijten is.

### 7.5 Boetetoemeting

#### **7.5.1 Overtredingen en Boetebeleidsregel**

65. In paragrafen 6.1.2, 6.1.4 en 6.2 van dit besluit is geconstateerd dat Flexenergie artikel 95m, achtste lid, van de Elektriciteitswet 1998 en artikel 52b, achtste lid, van de Gaswet heeft overtreden (in rekening brengen van afsluitkosten). Daarnaast is geconstateerd dat Flexenergie

artikel 55 Elektriciteitswet 1998 en artikel 23 Gaswet juncto artikel 2.5.3 van de Informatiecode heeft overtreden (niet op de juiste wijze gegevens ter beschikking stellen voor opname in het CER).

66. Uit paragraaf 7.4 blijkt dat de geconstateerde overtredingen Flexenergie ten volle te verwijten zijn. Daarnaast heeft de ACM in paragraaf 7.3 geoordeeld dat deze overtredingen ernstig zijn.
67. De overtreding van artikel 95m, achtste lid, van de Elektriciteitswet 1998 en artikel 52b, achtste lid, van de Gaswet is ingedeeld in boetecategorie VI. Op grond van de bijlage behorende bij artikel 2.5, tweede lid, Boetebeleidsregel kan de ACM daarvoor een basisboete vaststellen binnen de boetebandbreedte: tussen EUR 50.000 en 75% van de omzet. De omzet over 2017 is niet bekend. De omzet over 2016 bedroeg circa EUR 7.000.000. Ter indicatie wijst de ACM erop dat de maximumboete in dat geval EUR 525.000 bedraagt.<sup>68</sup>
68. De overtreding van artikel 55 Elektriciteitswet 1998 en artikel 23 Gaswet is ingedeeld in boetecategorie V. Op grond van bijlage behorende bij artikel 2.5, tweede lid, Boetebeleidsregel kan de ACM daarvoor een basisboete vaststellen binnen de boetebandbreedte: tussen EUR 25.000 en 37,5% van de omzet (uitgaande van omzet in 2016: EUR 262.500).

### 7.5.2 Boete

69. Niettemin ziet de ACM in dit specifieke geval aanleiding om aan Flexenergie – als rechtspersoon – slechts een bestuurlijke boete op te leggen zoals bedoeld in artikel 2.12 Boetebeleidsregel.
70. Redengevend hiervoor is dat de bedrijfsactiviteiten van Flexenergie geheel zijn gestaakt ten gevolge van haar faillissement, zodat er geen reden is om te veronderstellen dat de geconstateerde overtredingen voortduren. Daarnaast beschikt de ACM niet over aanwijzingen dat in dit geval door betrokkenen is aangestuurd op een faillissement om aldus aan sanctieoplegging te ontkomen.

### 7.5.3 Conclusie ten aanzien van de boete

71. De ACM is daarom van oordeel dat deze uitzonderlijke omstandigheden aanleiding geven tot oplegging van een bestuurlijke boete aan Flexenergie B.V. van EUR 500 voor de overtredingen van artikel 95m, achtste lid, van de Elektriciteitswet 1998 en artikel 52b, achtste lid, van de Gaswet alsmede van artikel 55 Elektriciteitswet 1998 en artikel 23 Gaswet juncto artikel 2.5.3 van de Informatiecode.

<sup>68</sup> Beleidsregel van de Minister van Economische zaken van 4 juli 2014, nr. WJZ/14112617, met betrekking tot het opleggen van bestuurlijke boetes door de Autoriteit Consument en Markt [Boetebeleidsregel ACM 2014], *Stcrt.*2014, 19776).



## 8 Besluit

72. De Autoriteit Consument en Markt:

- legt aan Flexenergie B.V., statutair gevestigd te Utrecht, een boete op van EUR 500.

Autoriteit Consument en Markt,  
namens deze:

w.g.

drs. C.M.L. Hijmans van den Bergh MBA  
bestuurslid

*Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks bij dit besluit is betrokken, binnen zes weken na de dag van bekendmaking van dit besluit bezwaar maken tegen dit besluit. Stuur uw gemotiveerde bezwaarschrift naar de Autoriteit Consument en Markt, Directie Juridische Zaken, postbus 16326, 2500 BH Den Haag. In uw bezwaarschrift kunt u de Autoriteit Consument en Markt verzoeken in te stemmen met rechtstreeks beroep bij de bestuursrechter.*

Bijlage I: Wettelijk kader

## 8.1 Bevoegdheid ACM

73. De ACM is belast met het toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens de Elektriciteitswet<sup>69</sup> en Gaswet.<sup>70</sup> De bepalingen waarop de in het onderzoeksrapport geconstateerde overtredingen betrekking hebben, staan vermeld in artikel 77i Elektriciteitswet en artikel 60ad Gaswet.
74. Op overtredingen die zijn aangevangen vóór 1 juli 2016 is de Boetebeleidsregel ACM 2014 van toepassing, zoals deze gold vóór 1 juli 2016. Uit deze Boetebeleidsregel volgt dat in geval van overtreding van artikel 55 Elektriciteitswet j<sup>o</sup> artikel 2.5.3 Informatiecode elektriciteit en gas en artikel 23 Gaswet j<sup>o</sup> artikel 2.5.3 Informatiecode elektriciteit en gas in beginsel boetecategorie V van toepassing is (bandbreedte basisboete € 25.000 en 37,5% van de omzet). In geval van overtreding van artikel 95m, achtste lid, Elektriciteitswet en artikel 52b, achtste lid, Gaswet is in beginsel boetecategorie VI van toepassing (bandbreedte basisboete € 50.000 en 75 % van de omzet).

## 8.2 Elektriciteits- en Gaswet

75. Hieronder volgen de voor dit besluit relevante wettelijke bepalingen, zoals deze luiden ten tijde van de periode van overtreding. Voor zover deze gedurende de periode van overtreding zijn gewijzigd, wordt dat vermeld.
76. Artikel 1, eerste lid, onder f, Elektriciteitswet luidt:
- “In deze wet en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder:
- f. leverancier: een organisatorische eenheid die zich bezighoudt met het leveren van elektriciteit.”
77. Artikel 1, eerste lid, onder ah, Gaswet luidt:
- “In deze wet en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder:
- ah. leverancier: een organisatorische eenheid die zich bezig houdt met het leveren van gas.”
78. Artikel 54 Elektriciteitswet luidt:
- “1. Met inachtneming van de krachtens artikel 53 vastgestelde regels zendt een representatief deel van de ondernemingen die zich bezighouden met het transporteren, leveren of meten van elektriciteit aan de Autoriteit Consument en Markt een voorstel voor de door hen jegens elkaar en afnemers in het kader van administratieve processen te hanteren voorwaarden met betrekking tot de wijze waarop de met die administratieve processen samenhangende gegevens worden vastgelegd, uitgewisseld of gebruikt of met betrekking tot de wijze waarop en

<sup>69</sup> Op grond van artikel 5, eerste lid, Elektriciteitswet.

<sup>70</sup> Op grond van artikel 1a, eerste lid, Gaswet.

de termijn waarbinnen die gegevens worden bewaard, waaronder in ieder geval voorwaarden die bepalen dat:

a. bij een wisseling van leverancier, de beoogde leverancier, en

b. bij een verhuizing, de leverancier van de afnemer verantwoordelijk is voor het verzamelen van de meetgegevens van de afnemer.

2. Ondernemingen die een voorstel doen, voeren overleg over dit voorstel met representatieve organisaties van partijen op de elektriciteitsmarkt.

3. In het voorstel dat aan de Autoriteit Consument en Markt wordt gezonden, geven de ondernemingen aan welke gevolgtrekkingen zij hebben verbonden aan de zienswijzen die de organisaties, bedoeld in het tweede lid, naar voren hebben gebracht.”

79. Artikel 22 Gaswet luidt nagenoeg hetzelfde als artikel 54 Elektriciteitswet. Daar waar in artikel 54 Elektriciteitswet ‘elektriciteitsmarkt’ wordt genoemd, wordt in artikel 22 Gaswet ‘gasmarkt’ genoemd.

80. Artikel 55 Elektriciteitswet luidt:

“De Autoriteit Consument en Markt stelt de voorwaarden vast met inachtneming van:

a. het voorstel als bedoeld in artikel 54, eerste lid,

b. de resultaten van het overleg, bedoeld in artikel 54, tweede lid,

c. de regels, bedoeld in artikel 53, en

d. artikel 36, eerste lid, onderdelen b tot en met f, en tweede lid.”

81. Artikel 23 Gaswet luidt:

“De Autoriteit Consument en Markt stelt de voorwaarden vast met inachtneming van:

a. het voorstel als bedoeld in artikel 22, eerste lid,

b. de resultaten van het overleg, bedoeld in artikel 22, tweede lid,

c. de regels, bedoeld in artikel 21, en

d. artikel 12f, eerste lid, onderdelen b tot en met f, en tweede lid.”

82. Artikel 77i Elektriciteitswet luidde van 1 juli 2015 tot en met 30 juni 2016:

“De Autoriteit Consument en Markt kan in geval van overtreding van het bepaalde bij of krachtens:

b. de artikelen (...), 55, (...), 95m, (...), de overtreder per overtreding een bestuurlijke boete opleggen van ten hoogste 10% van de omzet van de overtreder.

83. Sinds 1 juli 2016 luidt dit artikel:

“De Autoriteit Consument en Markt kan in geval van overtreding van het bepaalde bij of krachtens:

b. de artikelen (...), 55, (...), 95m, (...), de overtreder per overtreding een bestuurlijke boete opleggen van ten hoogste € 900.000 of, indien dat meer is, 10% van de omzet van de overtreder.

84. Artikel 60ad Gaswet luidde van 1 juli 2015 tot en met 30 juni 2016:

“De Autoriteit Consument en Markt kan in geval van overtreding van het bepaalde bij of krachtens:

b. de artikelen (...), 23, (...), 52b, (...), de overtreder per overtreding een bestuurlijke boete opleggen van ten hoogste 10% van de omzet van de overtreder.

85. Sinds 1 juli 2016 luidt dit artikel:

“De Autoriteit Consument en Markt kan in geval van overtreding van het bepaalde bij of krachtens:

b. de artikelen (...), 23, (...), 52b, (...), de overtreder per overtreding een bestuurlijke boete opleggen van ten hoogste € 900.000 of, indien dat meer is, 10% van de omzet van de overtreder.

86. Artikel 95m, achtste lid, Elektriciteitswet en artikel 52b, achtste lid, Gaswet, luiden:

“Indien sprake is van een overeenkomst voor bepaalde duur, kan de leverancier in deze overeenkomst opnemen dat bij tussentijdse beëindiging van de overeenkomst de afnemer een redelijke vergoeding is verschuldigd. Indien sprake is van een overeenkomst voor onbepaalde duur, kan een dergelijke vergoeding niet in de overeenkomst worden opgenomen.”

### 8.3 Informatiecode elektriciteit en gas

87. De Informatiecode elektriciteit en gas (hierna: Informatiecode) is een regeling die de ACM krachtens artikel 55 Elektriciteitswet en artikel 23 Gaswet heeft vastgesteld. Hierin zijn de voorwaarden opgenomen als bedoeld in artikel 54, eerste lid, Elektriciteitswet en artikel 22, eerste lid, Gaswet. Op 12 mei 2016 is de Informatiecode ingetrokken en direct weer opnieuw vastgesteld om zo publicatie op [www.overheid.nl](http://www.overheid.nl) mogelijk te maken.<sup>71</sup> Voordien werd mededeling gedaan in de Staatscourant van wijzigingen in de Informatiecode en werd de Informatiecode zelf gepubliceerd op [www.acm.nl](http://www.acm.nl).<sup>72</sup> Hieronder volgen de voor dit besluit relevante artikelen. Voor zover de artikelen gedurende de periode van overtreding zijn gewijzigd, wordt dit erbij vermeld.

88. Artikel 1.1.1 Informatiecode luidde van 1 januari 2016 tot en met 11 mei 2016 als volgt:

“Deze regeling bevat de voorwaarden bedoeld in artikel 54 eerste lid van de Elektriciteitswet 1998 en artikel 22 eerste lid van de Gaswet.”

<sup>71</sup> Zie de toelichting in de Stcrt. 2016, nr. 21412.

<sup>72</sup> De Informatiecode zoals deze luidde van 1 januari 2016 tot en met 11 mei 2016 is opgenomen in dossierstuk 7. Deze versie van de Informatiecode is tevens te benaderen via: <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/14457/Informatiecode-Elektriciteit-en-Gas/> (Informatiecode vanaf 1 januari 2016).

89. Sinds 12 mei 2016 luidt dit artikel:

“Deze code bevat de voorwaarden bedoeld in artikel 54 eerste lid van de Elektriciteitswet 1998 en artikel 22 eerste lid van de Gaswet.”

90. Artikel 1.1.2 Informatiecode luidde van 1 januari 2016 tot en met 11 mei 2016 als volgt:

“De in deze regeling gebruikte begrippen die ook in de Elektriciteitswet 1998 of de Gaswet worden gebruikt, hebben de betekenis die daaraan in de desbetreffende wet is toegekend. Van de overige in deze regeling gebruikte begrippen is de betekenis vastgelegd in de Begrippencode elektriciteit of de Begrippencode gas.

91. Sinds 12 mei 2016 luidt dit artikel:

“De in deze code gebruikte begrippen die ook in de Elektriciteitswet 1998 of de Gaswet worden gebruikt, hebben de betekenis die daaraan in de desbetreffende wet is toegekend. Van de overige in deze code gebruikte begrippen is de betekenis vastgelegd in de Begrippencode elektriciteit of de Begrippencode gas.

92. Artikel 2.5.1 Informatiecode luidt:

“De regionale netbeheerders zijn gezamenlijk verantwoordelijk voor de inrichting en het beheer van een register, hierna te noemen het contracteindegegevensregister. Dit contracteindegegevensregister is alleen van toepassing op aansluitingen die vallen onder de werking van:

a. artikel 95a van de Elektriciteitswet 1998 met uitsluiting van aansluitingen die een beroep doen op artikel 95n van de Elektriciteitswet 1998;

b. artikel 43 van de Gaswet met uitsluiting van aansluitingen die een beroep doen op artikel 52c van de Gaswet.”

93. Artikel 2.5.3 Informatiecode luidt:

“Een leverancier, die levert aan kleinverbruikers, stelt per actuele en toekomstige leveringsovereenkomst met een kleinverbruiker die hiervoor een machtiging, bedoeld in 2.5.2, heeft afgegeven, de volgende contractgegevens ter beschikking voor opname in het in 2.5.1 bedoelde register:

a. de EAN-code van de aansluiting;

b. de einddatum van de leveringsovereenkomst indien van toepassing;

c. de opzegtermijn;

d. de bedrijfs-EAN-code van de leverancier.”

94. Artikel 2.5.4 Informatiecode luidt:

“De gegevens in het in 2.5.1 bedoelde register worden tenminste eenmaal per vijf werkdagen geactualiseerd.”

#### 8.4 Begrippencode elektriciteit en Begrippencode gas

95. In artikel 1.1 van de Begrippencode elektriciteit zijn onder andere de volgende begrippen opgenomen:

“Kleinverbruiker: De in artikel 95a, eerste lid van de Elektriciteitswet 1998 bedoelde afnemer;”<sup>73</sup>

“Leverancier: Een organisatorische eenheid die zich bezighoudt met het leveren van elektriciteit;”<sup>74</sup>

96. Diezelfde begrippen zijn in de Begrippencode gas als volgt gedefinieerd:

“Kleinverbruiker: de in artikel 43, eerste lid, van de Gaswet bedoelde afnemer;”<sup>75</sup>

“Leverancier: een organisatorische eenheid die zich bezig houdt met het leveren van gas;”<sup>76</sup>

<sup>73</sup> Artikel 95a, eerste lid, Elektriciteitswet luidt: “Het is verboden zonder vergunning elektriciteit te leveren aan afnemers die beschikken over een aansluiting op een net met een totale maximale doorlaatwaarde van ten hoogste 3\*80 A.”

<sup>74</sup> Deze definitie komt overeen met de definitie van ‘leverancier’ zoals opgenomen in artikel 1, eerste lid, onder f, Elektriciteitswet.

<sup>75</sup> Artikel 43, eerste lid, Gaswet luidt: “Het is verboden zonder vergunning gas te leveren aan afnemers die beschikken over een aansluiting op een net met een totale maximale capaciteit van ten hoogste 40 m<sup>3</sup>(n) per uur.

<sup>76</sup> Deze definitie komt overeen met de definitie van ‘leverancier’ zoals opgenomen in artikel 1, eerste lid, onder ah, Gaswet.