



Besluit

Besluit van de Autoriteit Consument en Markt tot het opleggen van een boete aan Innova Energie B.V. wegens overtredingen van de Elektriciteitswet 1998 en Gaswet.

Ons kenmerk : ACM/UIT/534693
Zaaknummer : ACM/19/036039
Datum : 11 juni 2020

1 Samenvatting

1. De Autoriteit Consument & Markt (hierna: ACM) legt in dit besluit een boete op van EUR 1.250.000 aan Innova Energie B.V. (hierna: Innova). Naar aanleiding van meldingen bij ACM ConsuWijzer onderzocht de ACM de handelwijze van Innova ten aanzien van opzegvergoedingen die Innova bij consumenten in rekening bracht. De ACM concludeert dat Innova hierbij in strijd handelde met de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet.
2. Bij het sluiten van leveringscontracten dienen energieleveranciers zich ervan te vergewissen of zij contracteren met een kleinzakelijke afnemer of met een consument. Innova deed niet genoeg om te komen tot een correcte kwalificatie. In dit besluit stelt de ACM vast dat Innova zakelijke leveringsovereenkomsten sloot met kleine ondernemers op hun woonadres, terwijl zij op deze aansluiting hoofdzakelijk energie gebruikten voor privédoeleinden. In deze overeenkomsten nam Innova een onredelijke opzegvergoeding op. Deze kon oplopen tot 1000 euro per klant (EUR 500 voor gas en EUR 500 voor elektriciteit), terwijl de opzegvergoeding voor consumenten is gemaximeerd op 125 euro per product. Hiermee handelde Innova in strijd met artikel 95m, achtste lid, Elektriciteitswet 1998 en artikel 52b, achtste lid, Gaswet.
3. Door deze overtredingen hebben consumenten die hun energieovereenkomst tussentijds opzegden schade geleden, oplopend tot honderden euro's per consument. De ACM concludeert dat het niet gaat om incidenten, maar om een vaste werkwijze. Innova heeft groot (financieel) voordeel gehad bij het opleggen van onredelijke opzegvergoedingen. Deze hoge vergoedingen vormden bovendien een drempel voor consumenten om een overstap te maken naar andere leveranciers. Dit leidde tot verstoring van de energiemarkt. De ACM heeft Innova al in maart 2017 schriftelijk op de regels gewezen en haar aangespoord haar werkwijze aan te passen. Hieraan heeft Innova geen gehoor gegeven. Daarom is een boete op zijn plaats.

2 Achtergrond en verloop van de procedure

4. Vanaf in ieder geval januari 2017 ontving de ACM via haar klachtenloket ConsuWijzer meldingen over Innova.¹ De meldingen zagen onder andere op de (hoogte van de) opzegvergoeding die Innova bij kleinverbruikers² in rekening brengt op het moment dat zij hun leveringsovereenkomst voor energie voor bepaalde duur opzeggen. Naar aanleiding van de meldingen stuurde de ACM op 17 maart 2017 een brief aan Innova waarin zij haar op deze meldingen en de consumentenregels

¹ Dossierstuk 48, VvA meldingen ConsuWijzer (ACM/UIT/512612).

² Dit zijn afnemers die beschikken over een aansluiting op een elektriciteitsnet met een totale maximale doorlaatwaarde van ten hoogste 3*80A (artikel 95a, eerste lid, Elektriciteitswet 1998) of afnemers die beschikken over een aansluiting op een gasnet met een totale maximale capaciteit van ten hoogste 40 m3(n) per uur (artikel 43, eerste lid, Gaswet).

wees.³ De ACM riep Innova op haar werkwijze (voor zover nodig) hierop aan te passen. Innova heeft op 27 maart 2017⁴ en 29 mei 2017⁵ hierop gereageerd.

5. De ACM bleef in de periode na de brief van 17 maart 2017 via ConsuWijzer meldingen ontvangen van kleinverbruikers. De ACM besloot daarom een onderzoek te starten naar de handelwijze van Innova.
6. In het kader van dit onderzoek bracht de ACM een bedrijfsbezoek aan Innova.⁶ Ook bevroeg de ACM kleinverbruikers.⁷ Het onderzoek resulteerde in een onderzoeksrapport (hierna: het onderzoeksrapport) dat de ACM op 9 juli 2019 aan Innova verzond.⁸
7. Op 11 juli 2019 ontving de ACM van Innova een aanvraag tot het bindend verklaren van een door haar voorgestelde toezegging als bedoeld in artikel 12h van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt (hierna: lw).⁹ Deze aanvraag wees de ACM op 26 november 2019 af.¹⁰
8. De Directie Consumenten van de ACM stelde op 26 november 2019 een aanvullend onderzoeksrapport op (hierna: het aanvullend rapport) en verzond deze aan Innova.¹¹
9. Op 16 januari 2020 bracht Innova een zienswijze naar voren op het onderzoeksrapport en het aanvullend rapport.¹² Deze zienswijze lichtte zij toe tijdens de hoorzitting van 28 januari 2020.¹³ Conform de tijdens deze hoorzitting gemaakte afspraken, leverden de Directie Consumenten van de ACM¹⁴ en Innova¹⁵ nadere informatie aan.

3 Het onderzoeksrapport en aanvullend rapport

10. De constatering in het onderzoeksrapport is dat Innova in de periode van 9 maart 2017 tot 15 augustus 2018 onredelijke opzegvergoedingen oplegde aan consumenten. De conclusie is dat dit overtredingen oplevert van artikel 95m, achtste lid, Elektriciteitswet 1998 en artikel 52b, achtste lid, Gaswet.
11. Bij het aanvullend rapport zijn de leveringsovereenkomsten gevoegd die Innova sloot met de afnemers die in het onderzoeksrapport centraal staan. De constatering in het aanvullend rapport is tevens dat Innova bij het aangaan van deze overeenkomsten niet in alle gevallen onderzoek had gedaan of de afnemers handelden als consument of als zakelijk afnemer.

³ Dossierstuk 1, Consumentenregels (ACM/UIT/002909).

⁴ Dossierstuk 2, Reactie Innova op brief consumentenregels (ACM/IN/427924).

⁵ Dossierstuk 3, Aanvullende reactie Innova op brief consumentenregels (ACM/IN/013355).

⁶ Zie Dossierstuk 8, Verslag van Ambtshandelingen bedrijfsbezoek (ACM/UIT/498443).

⁷ Zie Dossierstuk 47, Verslag van Ambtshandelingen / Consumentenverklaringen (65x) (ACM/UIT/510908).

⁸ Dossierstuk 51, Toezending rapport Innova 2019 (ACM/UIT/514993 en ACM/UIT/506885).

⁹ Brief van 11 juli 2019 met kenmerk ACM/IN/435532.

¹⁰ Besluit van 26 november 2019 met kenmerk ACM/UIT/522846.

¹¹ Dossierstuk 56, Toezending aanvullend rapport (ACM/UIT/519965 en ACM/UIT/519963). Zie ook Dossierstuk 52, Interne vraag inzake rapport Innova Energie B.V. (ACM/INT/390697).

¹² Brief van 16 januari 2020 met kenmerk ACM/IN/456542.

¹³ Van deze hoorzitting is een verslag gemaakt. Dit verslag is op 12 maart 2020 aan Innova gestuurd (ACM/UIT/530266). Bij e-mail van 24 maart 2020 heeft Innova op dit verslag gereageerd (ACM/IN/471831).

¹⁴ E-mail van 31 januari 2020 met kenmerk ACM/INT/398726.

¹⁵ Brief van 17 februari 2020 met kenmerk ACM/IN/463895 en brief van 9 maart 2020 met kenmerk ACM/IN/468184.

4 De betrokken rechtspersoon

12. Innova Energie B.V. is een op 24 juni 2010 opgerichte energieleverancier, statutair gevestigd te Delft.¹⁶ Innova gebruikt tevens de handelsnamen ADO Energie en Sociaal Energie. Enig aandeelhouder van Innova is Innova Group B.V. Innova richt zich met name op (de werving van) klanten uit het ZZP, MKB en MKB+ segment (zie ook hierna, randnummer 24).

5 De regels waaraan de ACM de gedragingen van Innova toetst

13. In deze zaak spelen artikel 95m, achtste lid, Elektriciteitswet 1998 en artikel 52b, achtste lid, Gaswet een centrale rol.¹⁷ Deze artikelen zijn opgenomen in een paragraaf met als titel 'Consumentenbescherming' en zijn woordelijk identiek:

"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. [...]"

14. In de Richtsnoeren Redelijke Opzegvergoedingen Vergunninghouders (hierna: ROVER)¹⁸ wordt een nadere invulling gegeven aan wat moet worden verstaan onder 'een redelijke vergoeding'. Deze invulling bestaat – samengevat – uit:

- Een opdeling van het wettelijk begrip 'kleinverbruiker'¹⁹ in de categorieën 'consument' en 'kleinzakelijke afnemer' (artikel 2);
 - een consument is een natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van beroep of bedrijf;
 - een kleinzakelijke afnemer is iedereen die niet onder de definitie van consument valt.
- Per categorie kleinverbruiker wordt bepaald wat een 'redelijke opzegvergoeding' inhoudt (artikel 4 en artikel 6);
 - De leverancier mag – kort gezegd – een consument een opzegvergoeding van maximaal 125 euro in rekening brengen. Bij een kleinzakelijke afnemer ligt dit maximum aanzienlijk hoger.²⁰

15. De contractvrijheid op het punt van de opzegvergoeding is dus beperkt. Dit in verschillende mate naar gelang het gaat om een consument of een kleinzakelijke afnemer.²¹ Om te bepalen wat de toegestane redelijke vergoeding in een bepaald contract is, zal de energieleverancier zich ervan

¹⁶ Dossierstuk 23, Uittreksel KvK Innova (ACM/UIT/506888).

¹⁷ De ACM is op grond van artikel 5, eerste lid, Elektriciteitswet 1998 en artikel 1a, eerste lid, Gaswet – onder andere – belast met het toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens deze wetten.

¹⁸ Richtsnoeren Redelijke Opzegvergoedingen Vergunninghouders, *Stcrt.* 2008, 13, laatstelijk gewijzigd bij besluit van 1 april 2013, *Stcrt.* 2013, 8686.

¹⁹ Dit zijn afnemers die beschikken over een aansluiting op een elektriciteitsnet met een totale maximale doorlaatwaarde van ten hoogste 3*80A (artikel 95a, eerste lid, Elektriciteitswet 1998) of afnemers die beschikken over een aansluiting op een gasnet met een totale maximale capaciteit van ten hoogste 40 m³(n) per uur (artikel 43, eerste lid, Gaswet).

²⁰ De maximale opzegvergoeding voor kleinzakelijke afnemers mag zijn: (i) maximaal 15% van de resterende (verwachte) waarde van de overeenkomst, of (ii) het verschil tussen de waarde van de overeenkomst op basis van de marktprijs op het moment van beëindigen en de resterende waarde van de overeenkomst, plus een administratieve vergoeding van maximaal 50 euro, of (iii) maximaal 100 euro per niet uitdijend jaar.

²¹ Over het algemeen is de commerciële contractant minder beschermd dan de consument. Dit geldt ook voor de kleine commerciële contractant, zoals de zelfstandige zonder personeel (hierna: ZZP-er). Toch wordt ook deze kleine handelspartij in bepaalde gevallen extra beschermd. Een voorbeeld hiervan is het energierecht. Een kleine ondernemer wordt extra beschermd, indien en voor zover hij/zij kwalificeert als kleinverbruiker. Zo gelden voor een dergelijke kleine ondernemer het hiervoor deels geciteerde artikel 95m Elektriciteitswet 1998 en artikel 52b Gaswet.

moeten vergewissen of hij contracteert met een consument óf een kleinzakelijke afnemer. Deze kwalificatie vormt de basis voor de keuze voor een berekeningsmethodiek voor de opzegvergoeding.

16. De definitie voor het begrip 'consument' in ROVER sluit aan bij de definitie zoals die in het civiele recht wordt gehanteerd.²² In het kader van het sluiten van een leveringsovereenkomst van elektriciteit en gas kan worden gekeken naar artikel 7:5, eerste lid, Burgerlijk Wetboek (hierna: BW).²³ Hierin ligt de definitie voor consument besloten: een natuurlijk persoon, die handelt voor doeleinden buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit.²⁴
17. Overheerst het privégebruik dan is sprake van een 'consumentenkoop'. Indien het zakelijke gebruik overheerst, zijn de algemene koopregels van toepassing en is het etiket 'gewone koop' aangewezen. Als geen overheersend gebruik bestaat, zal sprake zijn van een consumentenkoop. Dit komt overeen met de toelichting bij de definitie van consument in de Richtlijn betreffende consumentenrechten.²⁵
18. In het *Costea*-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie²⁶ wordt ook een uitleg gegeven van het begrip consument zoals gebruikt in Artikel 2, onder b), van Richtlijn 93/13/EEG²⁷. De Hoge Raad vat de uitleg van het Hof treffend samen:

*"[...] Het begrip 'consument' is een objectief begrip. Niet van belang is over welke concrete kennis of informatie de betrokken persoon beschikt. Evenmin is van belang of de betrokkene een onderneming drijft. In plaats daarvan moet, aan de hand van alle omstandigheden van het geval, worden vastgesteld met welk doel de overeenkomst is aangegaan, wat met name moet worden afgeleid uit de aard van het goed of de dienst waarop de betrokken overeenkomst betrekking heeft. [...]"*²⁸

19. Een leveringsovereenkomst voor gas en elektriciteit is noodzakelijk om op een bepaald adres in Nederland energie geleverd te kunnen krijgen. De vraag is vervolgens voor welk doeleinde het gas en de elektriciteit op dat bepaalde adres gaat worden gebruikt door de persoon die de leveringsovereenkomst afsluit. Aan de aard van het product valt dat in dit geval niet af te lezen. Het doel kan echter wél worden afgeleid uit het (te verwachten) gebruik door de klant. In deze zaak gaat het om de levering van elektriciteit en gas op woonadressen. Dat betekent dat de geleverde elektriciteit en gas in elk geval privé gebruikt wordt, naast eventueel zakelijk gebruik. Als de elektriciteit en het gas naast privé ook zakelijk gebruikt wordt, is sprake van 'gemengd gebruik'. Indien het gebruik niet overwegend voor beroeps- of bedrijfsactiviteiten (zakelijk) is, dan komt de klant consumentenbescherming toe.

²² Zie punt 6 van de toelichting bij het Besluit van de Raad van Bestuur van de NMa (januari 2008), Beleidsregel redelijke opzegvergoedingen vergunninghouders, *Stcr.* 2008, 13, p. 18 e.v.

²³ Artikel 7:5, vijfde lid, BW leert dat op de levering van elektriciteit, warmte, koude, gas en stadsverwarming de bepalingen over consumentenkoop van overeenkomstige toepassing zijn. Deze bepaling is van betrekkelijk recente datum; zij is ingevoerd in verband met de implementatie van de Richtlijn consumentenrechten, *Stb.* 2014, 140. Vanaf juli 2004 viel de (ver)koop van elektriciteit en gas reeds onder de kooptitel.

²⁴ Dit komt overeen met de in randnummer 26 van het onderzoeksrapport gegeven definitie van 'consument' in artikel 6:230g, eerste lid, onder a, BW.

²⁵ Richtlijn 2011/83/EU, overweging 17: "[...] Bij gemengde overeenkomsten, waar een overeenkomst wordt gesloten voor doeleinden die deels binnen en deels buiten de handelsactiviteit van de persoon liggen en het handelsmerk zo beperkt is dat het binnen de globale context van de overeenkomst niet overheerst, dient die persoon echter ook als consument te worden aangemerkt." Zie ook *Kamerstukken II* 2012/13, 33 520, nr. 3, p. 15.

²⁶ HvJEU 3 september 2015, C-110/14, ECLI:EU:C:2015:538, punt 21-23.

²⁷ Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, *PbEG* 1993, L 95/29.

²⁸ HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1800, r.o. 3.4.2.

20. Om een goede kwalificatie te maken, moet een energieleverancier zich vergewissen van het (voorziene) gebruik van de te leveren elektriciteit en gas. Dit volgt uit het oogmerk van het consumentenrecht om een hoog niveau van consumentenbescherming na te streven en uit het dwingendrechtelijk karakter van het consumentenrecht. Het tijdstip waarop de energieleverancier zich moet vergewissen, is bij het afsluiten van de overeenkomst. De ACM sluit hiermee nauw aan bij de tekst van artikel 95m, achtste lid, Elektriciteitswet 1998 en artikel 52b, achtste lid, Gaswet. Daar staat dat de leverancier een redelijke opzegvergoeding kan opnemen in een leveringsovereenkomst voor bepaalde duur. Het bepalen van de (berekenningsystematiek van de) opzegvergoeding dient dus plaats te vinden op het moment van overeenkomen van de leveringsovereenkomst. Hiermee wordt ook aangesloten bij ROVER en de rechtspraak van de rechtbank Rotterdam:

“[ROVER] geeft [de energieleverancier] voor de berekening van de redelijke opzegvergoedingen de keuze [...]. Die keuze dient bij het overeenkomen van de voorwaarden te worden gemaakt; het is niet de bedoeling dat achteraf een, voor [de energieleverancier] zo gunstig mogelijke, of haar anderszins op dat moment passend voorkomende, keuze kan worden gemaakt. De berekening moet vooraf voor beide partijen helder zijn. In artikel 8 van [ROVER] staat immers dat een voorwaarde redelijk is, als uit de gesloten overeenkomst duidelijk is wat de hoogte van de opzegvergoeding is.”²⁹

6 Feiten

21. Innova levert elektriciteit en gas aan kleinverbruikers.³⁰ Kleinverbruikers kunnen consumenten zijn, maar ook kleinzakelijke afnemers. Innova sluit met hen overeenkomsten voor bepaalde duur en voor onbepaalde duur. Met betrekking tot de overeenkomsten voor bepaalde duur die in 2017 zijn aangegaan stelt de ACM de volgende feiten vast.
22. Innova wierf kleinverbruikers via verschillende kanalen,³¹ waaronder telefonisch. Voor haar telefonische werving schakelde Innova externe partners in.³² Innova sloot overeenkomsten met deze partners en bepaalde daarin onder meer onder welke voorwaarden kleinverbruikers een leveringsovereenkomst met Innova konden sluiten.³³ De externe partners handelden vervolgens uit eigen naam en traden niet op als vertegenwoordigers of gevolmachtigden van Innova.³⁴ Zij sloten een bemiddelingsovereenkomst met een klant.³⁵ De klant verleende in een dergelijk geval een volmacht aan de externe partner om namens hem/haar een leveringsovereenkomst te sluiten met een energieleverancier.³⁶ De externe partner aanvaardde namens de klant het aanbod van een

²⁹ Rechtbank Rotterdam 17 juni 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:5220, r.o. 4.7.

³⁰ Sinds 30 juni 2010 heeft Innova een vergunning voor de levering van elektriciteit aan kleinverbruikers (zie: <https://www.acm.nl/nl/onderwerpen/energie/energiebedrijven/vergunningen/vergunninghouders-elektriciteit>). Sinds 13 september 2013 heeft Innova een vergunning voor de levering van gas aan kleinverbruikers (zie: <https://www.acm.nl/nl/onderwerpen/energie/energiebedrijven/vergunningen/vergunninghouders-gas>).

³¹ Dossierstuk 28, Concept toezegging van 13 maart 2019 (ACM/IN/436331).

³² Zie Dossierstuk 19, Verhoor verslag dhr. [VERTROUWELIJK] (ACM/UIT/501120), p. 3. Deze externe partners worden door Innova ook wel aangeduid als ‘tussenpersonen’.

³³ Dossierstuk 12, Bedrijfsbezoek documenten partnermanagement Innova (ACM/IN/420252), bijlage 1 Raamovereenkomst (overeenkomst onafhankelijke tussenpersoon) en bijlage 2 Deelovereenkomst (overeenkomst onafhankelijke tussenpersoon).

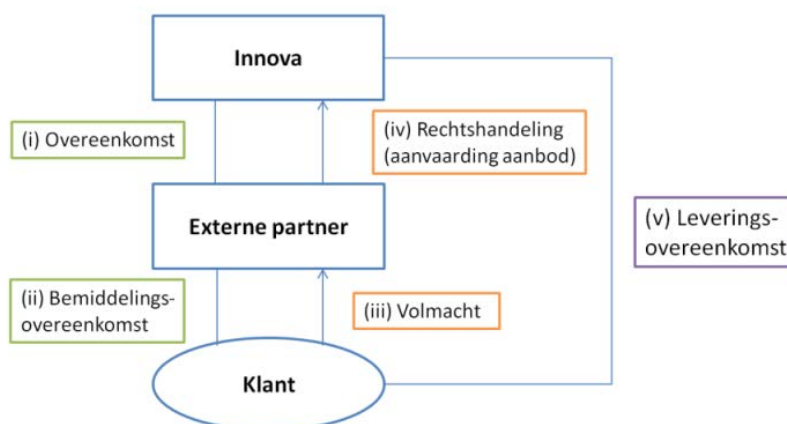
³⁴ Dossierstuk 12, Bedrijfsbezoek documenten partnermanagement Innova (ACM/IN/420252), bijlage 1 Raamovereenkomst, overwegingen C en D en artikel 7.

³⁵ Zie bijvoorbeeld Dossierstuk 54, Reactie op informatieverzoek (ACM/IN/439450), mapje 1, bemiddelingsovereenkomst tussen [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK]; dossierstuk 54, Reactie op informatieverzoek (ACM/IN/439450), mapje 3, bemiddelingsovereenkomst tussen [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK].

³⁶ Zie bijvoorbeeld Dossierstuk 54, Reactie op informatieverzoek (ACM/IN/439450), mapje 1, algemene voorwaarden van [VERTROUWELIJK], artikel 4. Deze algemene voorwaarden worden ook gebruikt door [VERTROUWELIJK] (bijvoorbeeld Dossierstuk 54, Reactie op informatieverzoek (ACM/IN/439450), mapje 3).

energieleverancier, bijvoorbeeld Innova.³⁷ De leveringsovereenkomst kwam uiteindelijk tot stand tussen Innova en de klant.³⁸ Met de aanvaarding van het aanbod van Innova worden namens de klant ook de algemene voorwaarden van Innova geaccepteerd.

23. Schematisch kan dit als volgt worden weergegeven:³⁹



24. De externe partners waren verantwoordelijk voor en vrij in het verkrijgen van adressen van potentiële klanten (ook wel: *leads*).⁴⁰ De afspraak was dat de externe partners bedrijven of organisaties benaderden die rechtspersoonlijkheid bezitten en/of (natuurlijke) personen die handelen in de uitoefening van hun beroep, bedrijf of organisatie. De doelgroep bestond uit ondernemers die tekenbevoegd zijn voor hun onderneming, die handelen vanuit hun onderneming en staan ingeschreven in het Handelsregister van de Kamer van Koophandel (hierna: KvK) als tekenbevoegde.⁴¹ Het ging dan om afnemers uit het ZZP, MKB en MKB+ segment.⁴² Uit de contracten die Innova sloot met externe partners blijkt dat particuliere contracten niet waren toegestaan.⁴³ De externe partners van Innova hadden een financieel belang bij het aanmelden van zoveel mogelijk (zakelijke) klanten.⁴⁴ De externe partijen waren vrij in de wijze waarop het telemarketinggesprek werd gevoerd. Innova leverde vaak een script aan voor de *voicelog*.⁴⁵ Dit is het gedeelte van het telemarketinggesprek waarin de gemaakte

³⁷ Zie bijvoorbeeld Dossierstuk 54, Reactie op informatieverzoek (ACM/IN/439450), mapjes 1 en 3 onder het document 'Aanmeldproces'.

³⁸ Zie Schriftelijke zienswijze Innova (ACM/IN/439093), m. 5 en 73; Pleitnota Innova (ACM/IN/459598), m. 11; Memorandum bij de brief van 14 februari 2020 (ACM/IN/463895), rns. 28 e.v.; Dossierstuk 12, Bedrijfsbezoek documenten partnermanagement Innova (ACM/IN/420252); Dossierstuk 54, Reactie op informatieverzoek (ACM/IN/439450).

³⁹ Deze schematische weergave is gemaakt door de ACM en is mede gebaseerd op het memorandum bij de brief van 14 februari 2020 (ACM/IN/463895), rns. 28-36.

⁴⁰ Zie Dossierstuk 12, Bedrijfsbezoek documenten partnermanagement Innova (ACM/IN/420252), bijlage 1 t/m 6, en zie Dossierstuk 19, Verhoor verslag dhr. [VERTROUWELIJK] (ACM/UIT/501120), p. 5.

⁴¹ Dossierstuk 12, Bedrijfsbezoek documenten partnermanagement Innova (ACM/IN/420252), bijlage 2 Deelovereenkomst (overeenkomst onafhankelijke tussenpersoon), artikel 2 en artikel 10.

⁴² Dossierstuk 12, Bedrijfsbezoek documenten partnermanagement Innova (ACM/IN/420252), bijlage 1, Raamovereenkomst (overeenkomst onafhankelijke tussenpersoon), artikel 1.1.

⁴³ Dossierstuk 12, Bedrijfsbezoek documenten partnermanagement Innova (ACM/IN/420252), bijlage 2 Deelovereenkomst (overeenkomst onafhankelijke tussenpersoon), artikel 10, tweede lid.

⁴⁴ Dossierstuk 19, Verhoor verslag dhr. [VERTROUWELIJK] (ACM/UIT/501120), p. 9 (bovenaan); Dossierstuk 20, verhoor mw. [VERTROUWELIJK] (ACM/UIT/501125), p. 7 en Dossierstuk 12, Bedrijfsbezoek documenten partnermanagement Innova (ACM/IN/420252), bijlage 1 Raamovereenkomst (overeenkomst onafhankelijke tussenpersoon) en bijlage 2 Deelovereenkomst (overeenkomst onafhankelijke tussenpersoon).

⁴⁵ Dit werd meegeleverd met een deelovereenkomst met de externe partner. Dit blijkt uit Dossierstuk 19, Verhoor verslag dhr. [VERTROUWELIJK] (ACM/UIT/501120), p. 6 en Dossierstuk 12, Bedrijfsbezoek documenten partnermanagement Innova (ACM/IN/420252), bijlage 2 Deelovereenkomst (overeenkomst onafhankelijke tussenpersoon), waarbij als bijlage de 'Voicelog new business – zakelijk kleinverbruik' is gevoegd.

afspraken worden bevestigd. De *voicelogs* werden opgenomen door de externe partner en achteraf gecontroleerd door Innova.⁴⁶

25. Een kleinverbruiker kreeg een bevestigingsbrief op het moment dat (namens haar) was ingestemd met het aanbod van Innova.⁴⁷ Bijgevoegd waren onder andere de bij de leveringsovereenkomst behorende (algemene) voorwaarden van Innova.⁴⁸ Bij aanvang van de overeenkomst categoriseerde Innova deze kleinverbruikers in haar administratie als (consument of) zakelijk.⁴⁹
26. Innova hanteerde gedurende de onderzoeksperiode één type leveringsovereenkomst voor bepaalde tijd voor een kleinverbruiker.⁵⁰ In die periode zijn drie versies zakelijke algemene voorwaarden gebruikt.⁵¹ Zowel de overeenkomst als de voorwaarden bevatten bepalingen over de opzegvergoeding.⁵² De opzegvergoeding voor een zakelijke overeenkomst is:⁵³

Handelt u in de uitoefening van uw beroep, bedrijf of organisatie? Dan gelden de volgende voorwaarden voor de hoogte van de opzegvergoeding:

1. de opzegvergoeding per product bedraagt 15% van de resterende (verwachte) waarde van het contract. De resterende (verwachte) waarde wordt bepaald op basis van de in het contract afgesproken looptijd, tarieven en het standaard jaarverbruik (SJV, opgegeven door de netbeheerder); of indien hoger
2. de opzegvergoeding per product bedraagt het verschil tussen de waarde van het contract op basis van de marktprijs op het moment van beëindigen en de resterende waarde van het contract, plus een administratieve vergoeding van € 50,-; of indien hoger
3. de opzegvergoeding per product bedraagt minimaal € 100,- per niet uitgediend jaar.

27. Indien een kleinverbruiker een overeenkomst voor bepaalde duur tussentijds beëindigde, bracht Innova conform de voorwaarden een opzegvergoeding in rekening. In dat geval speelde de kwalificatie van de afnemer in de administratie van Innova een leidende rol. Als de afnemer dus bij het aangaan van de leveringsovereenkomst als zakelijk werd geregistreerd, werd een zakelijke opzegvergoeding opgelegd.⁵⁴

7 Juridische beoordeling

7.1 De overtredingen

28. Doorslaggevend voor het opnemen van een redelijke vergoeding conform wet- en regelgeving is het antwoord op de vraag of de klant kwalificeert als consument of kleinzakelijke afnemer (zie ook

⁴⁶ Zie Dossierstuk 19, Verhoor verslag dhr. [VERTROUWELIJK] (ACM/UIT/501120), p. 6.

⁴⁷ Dossierstuk 19, Verhoor verslag dhr. [VERTROUWELIJK] (ACM/UIT/501120), p. 10 (bovenaan).

⁴⁸ Zie Dossierstuk 54, Reactie op informatieverzoek (ACM/IN/439450), voor voorbeelden van e-mails met een dergelijke bevestiging (inclusief bijlagen).

⁴⁹ Dossierstuk 21, Verhoor verslag mw. [VERTROUWELIJK] (ACM/UIT/501124), p. 7.

⁵⁰ Zie Dossierstuk 13, Contractvoorwaarden kleinverbruiker (ACM/INT/385233), contract voor bepaalde tijd.

⁵¹ Dossierstuk 33, Algemene voorwaarden zakelijke afnemers 2015, 2017 en 2018 (ACM/INT/385229).

⁵² Artikel 3.4 van de overeenkomst, artikel 21.5 Algemene voorwaarden 2015, artikel 21.2 Algemene voorwaarden 2017 en artikel 15.7 Algemene voorwaarden 2018.

⁵³ Artikel 15.7 van de Algemene voorwaarden 2018 wijkt deels hiervan af (zie Dossierstuk 33, Algemene voorwaarden zakelijke afnemers 2015, 2017 en 2018 (ACM/INT/385229)). De ACM zal hierop niet verder ingaan, omdat deze afwijking niet relevant is voor dit besluit.

⁵⁴ Dossierstuk 21, Verhoor verslag mw. [VERTROUWELIJK] (ACM/UIT/501124), p. 7. Dit volgt ook uit Dossierstuk 8, Verslag van Ambtshandelingen bedrijfsbezoek (ACM/UIT/498443).

hiervoor, randnummer 15). Om een passend aanbod te doen, zal Innova zich daarom ervan moeten vergewissen of met een consument of met een kleinzakelijke afnemer een leveringsovereenkomst wordt gesloten.⁵⁵ Het consumentenrecht kent immers bijzondere rechten en plichten toe aan consumenten en bedrijven waarmee een hoog niveau van consumentenbescherming wordt nagestreefd. Bovendien heeft het consumentenrecht een dwingendrechtelijk karakter in die zin dat er helemaal niet of in ieder geval niet ten nadele van de consument van kan worden afgeweken.

29. Bij de overeenkomsten die centraal staan in het onderzoeksrapport gaat het om levering van elektriciteit en gas op woonadressen.⁵⁶ Dit vormt een aanwijzing dat de afnemers de elektriciteit en het gas, in ieder geval deels, voor privédoeleinden zullen gebruiken. Innova had bij het sluiten van deze overeenkomsten daarnaast ook aanwijzingen dat de elektriciteit en/of het gas bedrijfs- of beroepsmatig gebruikt zouden worden. De afnemers hadden allen een KvK-inschrijving en verklaarden te handelen in het kader van hun beroep of bedrijf. Dit betekent dat Innova zogenoemde gemengde overeenkomsten sloot.⁵⁷
30. Bij het afsluiten van dergelijke gemengde overeenkomsten, had Innova zich moeten vergewissen van het beoogde gebruik van de te leveren elektriciteit of gas (zie randnummer 17 e.v. van dit besluit). Uit het dossier blijkt dat Innova dit niet deed. Innova verlangde niet van haar externe partners dat het type gebruik werd bevestigd. De externe partners moesten wel letten op het gebruiksvolume.⁵⁸ Innova stuurde hierop.⁵⁹ Op basis van dit gewenste gebruiksvolume ging Innova *“er al een beetje vanuit dat het wel gewoon ook zakelijke klanten zijn.”*⁶⁰
31. Dat het (verwachte) type gebruik van energie voor Innova geen factor van betekenis was bij de kwalificatie van de klant, blijkt bijvoorbeeld uit het memorandum ‘Handelwijze met betrekking tot kwalificering particulier en zakelijke klant’ dat bij de zienswijze van Innova werd overgelegd.⁶¹ Dit blijkt ook uit de doelgroepomschrijving van Innova.⁶² Dit blijkt eveneens uit de voorgeschreven tekst van de bandopname bij nieuwe zakelijke klanten.⁶³ Hierin staat geen vraag over gebruik.
32. Afnemers werd een zakelijke leveringsovereenkomst aangeboden zonder dat het Innova duidelijk was of het beoogde gebruik ook zakelijk was. De zakelijke leveringsovereenkomst had de daarbij horende (algemene) voorwaarden.⁶⁴ In die voorwaarden is een opzegvergoeding voor een kleinzakelijke afnemer opgenomen. Deze vergoeding is substantieel hoger dan de vergoeding die door ROVER voor consumenten is voorgeschreven van maximaal 125 euro.⁶⁵ Dat is in strijd met

⁵⁵ Dit geldt temeer nu de in dit besluit centraal staande bepalingen een aanvulling vormen op de consumentenbescherming opgenomen in de Elektriciteitswet 1998 en Gaswet, zie *Kamerstukken II* 29 372, nr. 51, p. 3.

⁵⁶ Dossierstuk 51, Onderzoeksrapport (ACM/UIT/506885), rns. 70-72.

⁵⁷ Dit is niet in geschil, zie Zienswijze Innova (ACM/IN/439093), m. 29.

⁵⁸ Dossierstuk 19, Verhoor verslag dhr. [VERTROUWELIJK] (ACM/UIT/501120), p. 6 (bovenaan). Dit kan de externe partner bekijken in het Centraal AansluitingenRegister.

⁵⁹ Minder dan 6000 kWh elektriciteit en 2000 m³ voor gas. Dossierstuk 12, Bedrijfsbezoek documenten partnermanagement Innova (ACM/IN/420252), bijlage 2 Deelovereenkomst (overeenkomst onafhankelijke tussenpersoon), artikel 6. De externe partner kreeg een lagere vergoeding indien sprake was van een laag verbruik.

⁶⁰ Dossierstuk 20, verhoor mw. [VERTROUWELIJK] (ACM/UIT/501125), p. 7 (bovenaan). Als Innova ziet dat bij een zakelijke klant sprake is van ‘normaal huishoudelijk verbruik’ wordt daar overigens niets mee gedaan, zie Dossierstuk 20, verhoor mw. [VERTROUWELIJK] (ACM/UIT/501125), p. 9-10.

⁶¹ Schriftelijke zienswijze Innova (ACM/IN/439093), Productie 2.

⁶² Dossierstuk 12, Bedrijfsbezoek documenten partnermanagement Innova (ACM/IN/420252), bijlage 2 Deelovereenkomst (overeenkomst onafhankelijke tussenpersoon), artikel 2 en artikel 10. Het moest gaan om ondernemers die tekenbevoegd zijn voor hun onderneming, die handelen vanuit hun onderneming en ingeschreven staan bij de KvK.

⁶³ Dossierstuk 12, Bedrijfsbezoek documenten partnermanagement Innova (ACM/IN/420252), bijlage 2 Deelovereenkomst (overeenkomst onafhankelijke tussenpersoon), waarbij als bijlage de ‘Voicelog new business – zakelijk kleinverbruik’ is gevoegd.

⁶⁴ Zie Dossierstuk 54, Reactie op informatieverzoek (ACM/IN/439450).

⁶⁵ De relatief hoge zakelijke vergoeding werd door Innova vervolgens in rekening gebracht wanneer de zakelijke leveringsovereenkomsten tussentijds werden beëindigd (zie m. 27 van dit besluit).

artikel 95m, achtste lid, Elektriciteitswet 1998 en artikel 52b, achtste lid, Gaswet en levert derhalve een overtreding op.

33. Innova stelt zich in haar zienswijze op het standpunt dat in alle gevallen waarin in het onderzoeksrapport een overtreding wordt geconstateerd de afnemer geen consument zou zijn. Op grond van de geldende wet- en regelgeving zouden deze klanten terecht als zakelijke klanten zijn gekwalificeerd.⁶⁶ Dat zou betekenen dat Innova kan uitgaan van de in ROVER opgenomen maximum vergoeding voor een kleinzakelijke afnemer. Daarmee zou geen sprake zijn van een overtreding.
34. Innova verwijst in dit kader naar het in randnummer 18 genoemde *Costea*-arrest. Zij (en volgens Innova de gehele energiebranche) interpreteerde dit arrest als volgt:

“[...] Het doel van de overeenkomst is echter het aangaan van een zakelijke overeenkomst. Deze bewoordingen zijn duidelijk. Dit is civiel recht, waarbij er over en weer sprake is van een aanbod en de aanvaarding hiervan. De klant zegt: ‘Ik wil graag dit contract.’ De aanbieder antwoordt: ‘Dan geef ik je dit contract.’ Dan heb je een zakelijk contract. Daarmee kwalificeer je niet langer als consument. Zo is het arrest in die periode door de branche geïnterpreteerd. [...]”^{67, 68}

35. Deze interpretatie van het arrest en de wet- en regelgeving is onjuist. Uit het voorgaande blijkt dat het doeleinde waarvoor het gas en de elektriciteit op een adres gebruikt gaat worden doorslaggevend is voor de kwalificatie van een klant (consument of zakelijk). Hierbij is van ondergeschikt belang dat de klant bij het sluiten van de overeenkomst verklaart te handelen in het kader van zijn/haar bedrijf of beroep. Die vraag wordt niet gesteld om het verwachte gebruik van de klant te peilen. Evenmin sluit een bevestigend antwoord uit dat de klant als consument moet worden gekwalificeerd. De wet- en regelgeving vereisen dat de klant toch consumentenbescherming verdient zodra het gebruik in het kader van bedrijf of beroep niet overheersend is. De contractvrijheid is op dit gebied immers ingeperkt (zie hiervoor, randnummer 15).
36. Ter illustratie licht de ACM een aantal gevallen uit het dossier.⁶⁹ Het gaat om zakelijke overeenkomsten waarbij in de algemene voorwaarden een zakelijke opzegvergoeding is opgenomen.⁷⁰ Het betreft overeenkomsten door Innova gesloten tussen april 2017 en november 2017. Dit was nadat Innova op 17 maart 2017 een brief van de ACM ontving waarin Innova werd geïnformeerd over meldingen van consumenten en op de consumentenregels werd gewezen.⁷¹ De ACM riep Innova op haar werkwijze (voor zover nodig) aan te passen. Uit het dossier blijkt dat Innova ook na ontvangst van de brief van 17 maart 2017 bij het afsluiten van nieuwe contracten zich niet of nauwelijks vergewiste van het type gebruik van elektriciteit of gas.^{72, 73, 74} De navraag van

⁶⁶ Schriftelijke zienswijze Innova (ACM/IN/439093), rns. 28-33.

⁶⁷ Pagina 15, vierde complete alinea, verslag van de hoorzitting (ACM/UIT/530266). Vgl. Dossierstuk 2, Reactie Innova op brief consumentenregels (ACM/IN/427924): “De realiteit is evenwel dat Innova Energie BV. in de markt van zakelijke kleinverbruikers de keuze aan de klant zelf overlaat. Het resultaat is een leveringsovereenkomst waarbij de klant zelf bepaalt of hij als consument wordt aangemerkt dan wel als zakelijke afnemer. [...]”

⁶⁸ Zie ook schriftelijke zienswijze Innova (ACM/IN/439093), rns. 6-8, 28, 29 en 32 en het memorandum ‘Handelwijze met betrekking tot kwalificering particulier en zakelijke klant’, overgelegd bij de Schriftelijke zienswijze Innova (ACM/IN/439093) als Productie 2.

⁶⁹ [VERTROUWELIJK].

⁷⁰ Dossierstuk 54, Reactie op informatieverzoek (ACM/IN/439450), nrs. 1 [VERTROUWELIJK], 3 [VERTROUWELIJK], 4 [VERTROUWELIJK], 9 [VERTROUWELIJK], 11 [VERTROUWELIJK], 18 [VERTROUWELIJK], 30 [VERTROUWELIJK] en 41 [VERTROUWELIJK].

⁷¹ Dossierstuk 1, Consumentenregels (ACM/UIT/002909).

⁷² Dossierstuk 55, Bevindingen ACM (ACM/INT/394435) regelnummers 1, 3, 4, 9, 11, 18, 30 en 41.

⁷³ In een verklaring namens [VERTROUWELIJK] staat uitdrukkelijk: “Innova heeft niet geïnformeerd wat de zakelijke werkzaamheden waren, het kon sowieso als je maar een KvK nummer hebt.” Dossierstuk 47, Verslag van Ambtshandelingen / Consumentenverklaringen (65x) (ACM/UIT/510908), nr. 21.

Innova was in ieder geval onvoldoende om de vraag te beantwoorden welk type gebruik overheerste, privé of zakelijk. Het merendeel van de door deze (oud-)klanten van Innova aan de ACM toegestuurde verklaringen wijzen uit dat het verbruik in overwegende mate voor privédoeleinden was of moet zijn geweest:

Naam klant	Verklaring zakelijk verbruik per week
[VERTROUWELIJK]	<i>"Wasmachine paar keer in de week voor de 'werkwas'. Laptop paar uur per week voor administratie. Telefoon, koptelefoon, oortje, opladen."</i> ⁷⁵
[VERTROUWELIJK]	<i>"8 uur administratie"</i> ⁷⁶
[VERTROUWELIJK]	<i>"2 uur per week administratie invoeren op de computer."</i> ⁷⁷
[VERTROUWELIJK]	<i>"Minimaal 2 uur per week administratie dagelijks [sic] online bestellingen doen."</i> ⁷⁸
[VERTROUWELIJK]	Geen verklaring omtrent verbruik ⁷⁹
[VERTROUWELIJK]	<i>"Misschien 3 a 4 uur per week. Administratie en offertes op laptop en wassen van werkkleding."</i> ⁸⁰
[VERTROUWELIJK]	<i>"Dit is mijn woning. Mijn zoon heeft een bedrijf."</i> ⁸¹
[VERTROUWELIJK]	<i>"Mijn zoon, die in het buitenland woont, had in het verleden een inschrijving bij de kvk op mijn adres. [VERTROUWELIJK] Ongeveer 8 jaar geleden is de inschrijving daar doorgehaald. Er is dus geen sprake van enige zakelijke activiteit op mijn adres."</i> ⁸²

37. Deze verklaringen tonen aan dat indien Innova zich bij het aangaan van de overeenkomst had vergewist, zij deze klanten als consument had moeten kwalificeren. Door dat te doen had Innova dus kunnen weten dat zij in overeenkomsten met deze afnemers de regels over opzegvergoedingen voor consumenten in acht zou moeten nemen. De handelwijze van Innova leidde ertoe dat zij onredelijke opzegvergoedingen in leveringsovereenkomsten opnam.
38. Hierbij komt dat uit het merendeel van de verklaringen van deze klanten blijkt dat het overeenkomsten voor woonhuizen betreft.⁸³ Zoals hiervoor in randnummer 29 benoemd, is dit een indicatie dat de elektriciteit en het gas in ieder geval deels voor privédoeleinden zal worden gebruikt. De bewijswaarde hiervan wordt ondersteund door het feit dat deze percelen een woonbestemming hebben. Dit blijkt uit informatie van het Kadaster.⁸⁴ Anders dan Innova betoogt,

⁷⁴ In een verklaring namens [VERTROUWELIJK] staat: *"Ik werk al jaren in loondienst bij een uitzendbureau maar zij, Innova, hebben mij binnen geharkt omdat ik een KvK inschrijving heb."* Dossierstuk 47, Verslag van Ambtshandelingen / Consumentenverklaringen (65x) (ACM/UIT/510908), nr. 45.

⁷⁵ Dossierstuk 47, Verslag van Ambtshandelingen / Consumentenverklaringen (65x) (ACM/UIT/510908), verklaring nr. 43.

⁷⁶ Dossierstuk 47, Verslag van Ambtshandelingen / Consumentenverklaringen (65x) (ACM/UIT/510908), verklaring nr. 40.

⁷⁷ Dossierstuk 47, Verslag van Ambtshandelingen / Consumentenverklaringen (65x) (ACM/UIT/510908), verklaring nr. 45.

⁷⁸ Dossierstuk 47, Verslag van Ambtshandelingen / Consumentenverklaringen (65x) (ACM/UIT/510908), verklaring nr. 44.

⁷⁹ Dossierstuk 47, Verslag van Ambtshandelingen / Consumentenverklaringen (65x) (ACM/UIT/510908), verklaring nr. 52.

⁸⁰ Dossierstuk 47, Verslag van Ambtshandelingen / Consumentenverklaringen (65x) (ACM/UIT/510908), verklaring nr. 21.

⁸¹ Dossierstuk 47, Verslag van Ambtshandelingen / Consumentenverklaringen (65x) (ACM/UIT/510908), verklaring nr. 34.

⁸² Dossierstuk 47, Verslag van Ambtshandelingen / Consumentenverklaringen (65x) (ACM/UIT/510908), verklaring nr. 4.

⁸³ Dossierstuk 47, Verslag van Ambtshandelingen / Consumentenverklaringen (65x) (ACM/UIT/510908), verklaringen nrs. 4, 21, 34, 40, 43, 45 en 52. Bij verklaring 44 [VERTROUWELIJK] is de vraag 'Was dit contract afgesloten op uw woonhuis?' niet ingevuld.

⁸⁴ Dossierstuk 40, Uitvraag Kadaster (ACM/IN/431903) (Excel), regel 5701 [VERTROUWELIJK]; regel 1838 [VERTROUWELIJK]; regel 1975 [VERTROUWELIJK]; regel 10035 [VERTROUWELIJK], regel 3937 [VERTROUWELIJK], regel 4238 [VERTROUWELIJK], regel 6874 [VERTROUWELIJK], regel 3378 [VERTROUWELIJK].

kan deze informatie wel degelijk worden gebruikt.⁸⁵ Het enkele feit dat de peildatum van deze informatie in 2019 ligt (buiten de onderzoeksperiode) doet niet af aan de waarde van deze informatie als bevestiging van verklaringen van klanten van Innova dat hun contract met Innova is afgesloten voor een woonhuis. Het is bovendien onwaarschijnlijk dat de bestemming in het Kadaster is gewijzigd.⁸⁶

39. De hiervoor beschreven acht gevallen passen binnen een vaste werkwijze van Innova gedurende de onderzoeksperiode. Uit het dossier blijkt bijvoorbeeld dat Innova voicelogs van externe partners gebruikte om te verifiëren of een zakelijke overeenkomst kon worden aangegaan.⁸⁷ In deze voicelog werd, conform het script van Innova⁸⁸, niet gevraagd naar het gebruik van energie.⁸⁹ Hierop werd de voicelog ook niet gecontroleerd.⁹⁰ Innova kreeg van de externe partner standaard alleen de voicelog aangeleverd, en niet het hele gesprek met de afnemer.⁹¹ Van het proces dat zich afspeelde voordat de voicelog werd opgenomen, was Innova niet op de hoogte.⁹²
40. Evenmin wist Innova of de externe partners checkten of sprake was van een afnemer die een contract afsloot voor een woonhuis.⁹³ In het onderzoeksrapport wordt vastgesteld dat Innova niet alleen in de acht hiervoor benoemde gevallen zakelijke leveringsovereenkomsten sloot voor adressen met een woningbestemming, maar met in ieder geval veertig.^{94, 95} Uit randnummer 9 e.v. van het aanvullend rapport blijkt dat Innova op basis van de haar beschikbare informatie bij het aangaan van de overeenkomst niet kon bepalen of deze afnemers wellicht consument waren.^{96, 97} Hiermee accepteerde Innova de mogelijkheid dat zij een zakelijk contract sloot met een afnemer die zij eigenlijk als consument diende aan te merken.
41. De combinatie van bewijsmiddelen geven een beeld dat de conclusie rechtvaardigt dat in een substantieel aantal gevallen, dat het niveau van een incidenteel ongelukkige werving overstijgt, onredelijke opzegvergoedingen werden opgenomen in leveringsovereenkomsten. Er was sprake van een vaste handelwijze van Innova.
42. De conclusie is dat Innova in strijd heeft gehandeld met artikel 95m, achtste lid, Elektriciteitswet 1998 en artikel 52b, achtste lid, Gaswet. Innova heeft in ieder geval in de periode van april 2017 tot en met november 2017 in strijd met deze wettelijke bepalingen onredelijke opzegvergoedingen opgenomen in leveringsovereenkomsten voor bepaalde duur. Dit is het gevolg van onjuiste

⁸⁵ Vgl. rn. 48 van dit besluit.

⁸⁶ Zie bijvoorbeeld www.kadaster.nl/faq: "Wij kunnen de gegevens over de bestemming van een perceel niet zomaar wijzigen. Het Kadaster registreert de informatie van een perceel op het moment dat een akte wordt ingeschreven. Pas als er een nieuwe akte wordt ingeschreven werken wij de registratie bij." (laatst geraadpleegd: 7 april 2020)

⁸⁷ Dossierstuk 19, Verhoor verslag dhr. [VERTROUWELIJK] (ACM/UIT/501120), p. 6.

⁸⁸ Dossierstuk 12, Bedrijfsbezoek documenten partnermanagement Innova (ACM/IN/420252), bijlage 2 Deelovereenkomst (overeenkomst onafhankelijke tussenpersoon), waarbij als bijlage de 'Voicelog new business – zakelijk kleinverbruik' is gevoegd.

⁸⁹ Overigens vroeg Innova ook bij rechtstreeks contact met een potentiële klant niet naar het (beoogde) gebruik. Zie dossierstuk 54, Reactie op informatieverzoek (ACM/IN/439450), nr. 4 (voicelog voor klant [VERTROUWELIJK]). Wel wordt gevraagd of de afnemer zich ervan bewust is dat het contract wordt aangegaan in de uitoefening van beroep of bedrijf.

⁹⁰ Getuige de werkinstructie voor de controle van contracten en voicelogs, dossierstuk 12, Bedrijfsbezoek documenten partnermanagement Innova (ACM/IN/420252), bijlage 8.

⁹¹ Dossierstuk 20, verhoor mw. [VERTROUWELIJK] (ACM/UIT/501125), p. 6. Een instructie voor het gehele gesprek werd door Innova niet aan externe partners verstrekt: dossierstuk 20, verhoor mw. [VERTROUWELIJK] (ACM/UIT/501125), p. 10.

⁹² Dossierstuk 19, Verhoor verslag dhr. [VERTROUWELIJK] (ACM/UIT/501120), p. 5-6.

⁹³ Dossierstuk 20, verhoor mw. [VERTROUWELIJK] (ACM/UIT/501125), p. 7 (bovenaan).

⁹⁴ Dossierstuk 51, Onderzoeksrapport (ACM/UIT/506885), ms. 53 e.v.

⁹⁵ Verklaringen die de ACM ontving over gebruik van energie door deze afnemers zijn te vinden in Dossierstuk 47, Verslag van Ambtshandelingen / Consumentenverklaringen (65x) (ACM/UIT/510908).

⁹⁶ Zie voor de onderliggende stukken, zoals voicelogs en schriftelijke stukken, dossierstuk 54.

⁹⁷ Dit geldt voor 39 van de 40 afnemers. De uitzondering is afnemer [VERTROUWELIJK] met het bedrijf [VERTROUWELIJK].

kwalificaties van afnemers als 'zakelijk' ten tijde van het aangaan van deze overeenkomsten. Innova deed onvoldoende om deze kwalificatie te kunnen maken.

7.2 Reactie op overige zienswijzen Innova

7.2.1 Onzorgvuldig onderzoek

43. Innova stelt dat de ACM onzorgvuldig onderzoek zou hebben verricht naar de 'Costea-norm' en in hoeverre Innova zich aan deze norm heeft gehouden.⁹⁸
44. Dit betoog kan Innova niet baten. Uit het dossier blijkt dat de ACM onderzoek heeft gedaan naar de wijze waarop Innova de kwalificatie van afnemers uitvoerde.⁹⁹ Het ging daarbij met name om de vraag hoe werd bepaald of de afnemer een consument of een kleinzakelijke afnemer was. Deze handelwijze toetste de ACM in het onderzoeksrapport aan de tijdens het onderzoeksrapport geldende wet- en regelgeving in de Elektriciteitswet 1998, de Gaswet, ROVER en daarmee samenhangende wetgeving uit het BW. Hieruit volgt wie een consument is en waarop moet worden gelet. Dat is bij een leveringsovereenkomst het (verwachte) gebruik van energie. Indien dat overwegend privé is, dan is sprake van een consument.
45. Dit kader komt overeen met de benadering die volgt uit het door Innova aangehaalde *Costea*-arrest (zie randnummer 18 van dit besluit). Anders dan Innova lijkt te betogen, volgt uit dat arrest dat het doel van de overeenkomst bepalend is. Dit doel kan worden afgeleid uit het (te verwachten) gebruik door de klant en niet – zoals Innova beweert – uit de enkele mededeling van de klant dat hij/zij bij het sluiten van de leveringsovereenkomst handelt in het kader van bedrijf of beroep. Overwegend privégebruik betekent ook volgens het *Costea*-arrest dat Innova een overeenkomst sloot met een consument. Gelet daarop ziet de ACM niet in waarom aanvullend onderzoek naar de 'Costea-norm' en de vraag of Innova zich daaraan heeft gehouden tijdens de inbreukperiode nodig was. Van onzorgvuldig onderzoek is dan ook geen sprake.
46. Tenslotte kunnen de door Innova genoemde (beweerdelijke) verschrijvingen en omissies in het onderzoeksrapport niet leiden tot de conclusie dat sprake zou zijn van onzorgvuldig onderzoek dat ter voorbereiding van het onderzoeksrapport plaatsvond.¹⁰⁰

7.2.2 Uitsluiting bewijs

47. Innova betoogt dat de geanalyseerde informatie dateert van vóór de in het onderzoeksrapport genoemde onderzoeksperiode (1 januari 2017 tot 21 augustus 2018). Een groot deel van de op 30 augustus 2019 opgevraagde *voicelogs* en overeenkomsten stammen van vóór 1 januari 2017. Dit bewijs zou volgens Innova daarom buiten beschouwing moeten worden gelaten.
48. Innova gaat eraan voorbij dat dit bewijsmateriaal betrekking heeft op gedragingen uit de onderzoeksperiode die centraal staan in het onderzoeksrapport en besluit. Het opleggen van een te hoge opzegvergoeding is het gevolg van een eerdere onjuiste kwalificatie van een afnemer als kleinzakelijk. Dat de datum van een bewijsstuk buiten de onderzoeksperiode valt, staat in deze situatie niet in de weg aan het gebruik van dat bewijsstuk. De enkele omstandigheid dat gegevens dateren van vóór de onderzochte periode brengt bovendien niet mee dat die gegevens niet kunnen worden gebruikt voor het opleggen van een boete. De rechten van verdediging van Innova worden hierdoor namelijk niet geschaad. Innova heeft in haar zienswijze en tijdens de hoorzitting kunnen

⁹⁸ Schriftelijke zienswijze Innova (ACM/IN/439093), rn. 56.

⁹⁹ Zie bijvoorbeeld Dossierstukken 19 t/m 21, Verslagen van verhoren van medewerkers van Innova.

¹⁰⁰ Schriftelijke zienswijze Innova (ACM/IN/439093), rns. 58 t/m 60.

reageren op het aanvullend bewijs. De ACM kan die gegevens dus aan dit sanctiebesluit ten grondslag leggen en zich baseren op al het bewijs dat in het onderzoek is verzameld.

7.2.3 Rechtzekerheidsbeginsel

49. Innova stelt dat de ACM haar met terugwerkende kracht aan een 'nieuwe norm' houdt die door de ACM per brief van 4 april 2019 kenbaar zou zijn gemaakt.¹⁰¹ Deze 'nieuwe norm' zou niet te herleiden zijn naar de wet- en regelgeving of de rechtspraak. Verder wijst Innova erop dat de ACM in gesprekken met de branchevereniging heeft aangegeven de norm te willen verduidelijken. Op grond hiervan concludeert Innova dat de ACM in strijd zou hebben gehandeld met het rechtzekerheidsbeginsel. Dit betoog slaagt niet.
50. De ACM stelt voorop dat de geschonden norm is neergelegd in de Elektriciteitswet 1998¹⁰² en de Gaswet¹⁰³ en dat deze norm inhoudt dat de energieleverancier een redelijke opzegvergoeding kan opleggen. In ROVER heeft de ACM bepaald wat een redelijke opzegvergoeding is voor kleinzakelijke gebruikers en voor consumenten. Deze norm is niet nieuw en evenmin onduidelijk.
51. Het betoog van Innova is gericht tegen de benadering van de ACM dat (1) energieleveranciers zich ervan moeten vergewissen of zij een leveringscontract met een consument of een kleinzakelijke afnemer aangaan, (2) dat het gebruik van energie bepalend is voor de vraag of de gebruiker een kleinzakelijke gebruiker of een consument is, en (3) dat bij een contract voor de levering van energie aan een woonadres ervan uitgegaan moet worden dat in beginsel sprake is van privégebruik en daarom van levering aan een consument. Dit alles wordt door Innova aangeduid met de term 'nieuwe norm'.¹⁰⁴
52. Uit het Europese recht (bijvoorbeeld het *Costea*-arrest)¹⁰⁵ en het Nederlandse recht¹⁰⁶ volgt dat op basis van het gebruik van energie kan worden vastgesteld of de wederpartij van een energieleverancier een kleinzakelijke afnemer of een consument is.¹⁰⁷ De ACM verwijst hiervoor naar randnummer 13 e.v. van dit besluit. Anders dan Innova betoogt,¹⁰⁸ is – en was – dit kenbaar uit en te herleiden naar de destijds geldende wet- en regelgeving en de rechtspraak.
53. Juist in die gevallen waarin het voor de hand ligt dat de te leveren elektriciteit en/of het te leveren gas in ieder geval ook voor privédoeleinden worden gebruikt, is het van belang dat energieleveranciers nagaan of sprake zal zijn van overwegend privégebruik (en dus van een consument) of van overwegend zakelijk gebruik (en dus van een kleinzakelijke afnemer). De levering van elektriciteit en/of gas op een woonadres is zo'n situatie waarvan vaststaat dat in ieder geval ook sprake zal zijn van privégebruik.
54. Energieleveranciers zijn professionele partijen die geacht worden de voor hen geldende wet- en regelgeving na te leven. Dat geldt in het bijzonder voor de wet- en regelgeving die strekt ter bescherming van zwakkere partijen zoals consumenten. Dit brengt mee dat van energieleveranciers

¹⁰¹ Pleitnota Innova (ACM/IN/459598), rn. 5 en 6.

¹⁰² Artikel 95m, achtste lid, Elektriciteitswet 1998.

¹⁰³ Artikel 52b, achtste lid, Gaswet.

¹⁰⁴ In haar zienswijze gebruikt Innova ook de term "ACM-norm".

¹⁰⁵ Zie rn. 18 van dit besluit. Het *Costea*-arrest wordt ook door Innova zelf ingeroepen. Hierin is – kort gezegd – geoordeeld dat op basis van de omstandigheden van het geval en met name het doel van de overeenkomst moet worden vastgesteld of sprake is van verkoop of levering aan een consument.

¹⁰⁶ Voor het Nederlandse recht wordt gewezen op de regeling omtrent consumentenkoop, die ten tijde van de onderzoeksperiode al geruime tijd van toepassing waren op de (ver)koop van elektriciteit en gas.

¹⁰⁷ De kwalificatie van een afnemer als consument of kleinzakelijke afnemer is relevant voor het bepalen van de redelijke opzegvergoeding, zoals volgt uit ROVER sinds 2008 (*Stcrt.* 2008, 13).

¹⁰⁸ Schriftelijke zienswijze Innova (ACM/IN/439093), rn. 37.

mag worden verwacht dat zij bij het sluiten van leveringscontracten met kleinverbruikers zich ervan vergewissen of zij contracteren met een kleinzakelijke afnemer of met een consument.

55. Gelet op het voorgaande is de benadering van de ACM, die uitgaat van de eigen verantwoordelijkheid van Innova voor het naleven van wet- en regelgeving, niet in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel. Dat de ACM zich genoodzaakt zag om de wet- en regelgeving bij Innova in de brief van 17 maart 2017 en bij de energiesector in de brief van 4 april 2019 onder de aandacht te brengen, rechtvaardigt niet de conclusie dat de wet- en regelgeving onduidelijk is of was. Uit die correspondentie kan evenmin worden afgeleid dat van energieleveranciers niet kon worden gevergd dat zij zich inspinnen om de wet- en regelgeving na te leven. Van strijd met het rechtszekerheidsbeginsel is dan ook geen sprake.

7.2.4 Afwijzing toezeggingsaanvraag

56. Innova betoogt dat de ACM haar aanvraag om een toezegging bindend te verklaren (hierna: toezeggingsaanvraag) ten onrechte heeft afgewezen.¹⁰⁹ In dat verband brengt Innova naar voren dat de motivering van het besluit tot afwijzing van de toezeggingsaanvraag ondeugdelijk is. De ACM overweegt ten onrechte dat een reëel risico bestaat dat Innova de toezegging niet zal naleven en dat de toezeggingsaanvraag (te) laat is ingediend, aldus Innova. Volgens Innova is ook het ACM-standpunt dat te weinig afnemers worden gecompenseerd, onjuist. Innova wijst verder op de toezegging van Total Gas & Power Nederland B.V. (hierna: TGP NL) die de ACM wel bindend heeft verklaard en stelt daarover dat de ACM het gelijkheidsbeginsel heeft geschonden.
57. Dit betoog kan Innova niet baten. De ACM wijst erop dat het bindend verklaren van een toezegging een discretionaire bevoegdheid is¹¹⁰ en dat daarom aan de ACM een ruime beoordelingsvrijheid toekomt bij de beoordeling van toezeggingsaanvragen.
58. Vanaf maart 2019 hebben Innova en de ACM besprekingen en correspondentie gevoerd over het eventueel bindend verklaren van een toezegging van Innova. Het onderzoek naar Innova was toen reeds geruime tijd gaande.¹¹¹ Innova heeft in totaal vijf concept-toezeggingsaanvragen aan de ACM gezonden, de laatste daarvan op 24 mei 2019. De ACM heeft steeds op deze conceptaanvragen gereageerd. Daarbij heeft de ACM erop gewezen dat toezeggingen alleen bindend worden verklaard als de ACM dat doelmatiger vindt dan het opleggen van een boete. De ACM heeft verder aangegeven dat zij bij de beoordeling van de doelmatigheid van een toezegging van Innova belang hecht aan compensatie van consumenten aan wie een onredelijke opzegvergoeding in rekening is gebracht. Daarnaast heeft de ACM kenbaar gemaakt dat bij de beoordeling van de doelmatigheid van belang is het tijdstip waarop de toezeggingsaanvraag wordt ingediend. Het indienen van een toezeggingsaanvraag op het moment dat de ACM haar onderzoek (vrijwel) heeft afgerond zal eerder leiden tot het oordeel dat bindend verklaren van de toezegging niet (meer) doelmatig is.
59. Uit de toezeggingsaanvraag van Innova blijkt dat Innova niet bereid was alle consumenten te compenseren aan wie een onredelijke opzegvergoeding in rekening is gebracht na 17 maart 2017. De ACM heeft deze datum als ijkpunt gehanteerd omdat op die datum Innova door de ACM ervan in kennis is gesteld dat zij consumenten ten onrechte als zakelijke kleinverbruikers heeft aangemerkt. Als gevolg daarvan hanteerde Innova onredelijke opzegvergoedingen voor die consumenten.

¹⁰⁹ Een toezeggingstraject en een boetetraject zijn in die zin met elkaar verweven dat indien de ACM een toezeggingsaanvraag toegewijst (een toezegging bindend verklaard), de boetebevoegdheid van de ACM komt te vervallen voor de overtredingen waarop de toezegging ziet (artikel 12h, eerste lid, Iw). De toezeggingsaanvraag waar Innova op doelt had betrekking op de in het rapport vastgestelde overtredingen.

¹¹⁰ Zie het woordje 'kan' in artikel 12h, tweede lid, Iw. Vgl. ook Rechtbank Rotterdam 25 juli 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:5538 (*Scheer en Foppen/ACM*), r.o. 8.6 (eerste zin).

¹¹¹ Sinds augustus 2018.

Verder heeft Innova de definitieve aanvraag pas ingediend op het moment dat het onderzoek naar Innova geheel was afgerond en het onderzoeksrapport voor verzending gereed lag. Gelet op deze omstandigheden heeft de ACM de toezeggingsaanvraag in redelijkheid kunnen afwijzen.

60. De vergelijking die Innova maakt met de wel bindend verklaarde toezegging van TGP NL gaat niet op. TGP NL was – anders dan Innova – wel bereid om benadeelde consumenten te compenseren met terugwerkende kracht tot het moment dat de ACM haar ervan in kennis stelde dat zij onredelijke opzegvergoedingen bij consumenten in rekening had gebracht (17 oktober 2017). Relevant was verder dat TGP NL – anders dan Innova – haar toezeggingsaanvraag heeft ingediend vóórdat de ACM het onderzoek naar TGP NL had afgerond.
61. De ACM heeft de toezeggingsaanvraag van Innova op goede gronden afgewezen.

7.2.5 Verbod van willekeur

62. Innova stelt zich op het standpunt dat de ACM in strijd zou hebben gehandeld met het verbod van willekeur. Het is volgens Innova onbegrijpelijk en oncontroleerbaar welke criteria de ACM gebruikte om een onderzoek naar Innova te starten. Innova stelt daarbij de vraag: “*waarom is wél een onderzoek ingesteld naar Innova?*”.¹¹²
63. De aanleiding voor het onderzoek naar Innova is het grote aantal klachten dat de ACM ontving over Innova.¹¹³ Naar aanleiding van deze klachten had de ACM het vermoeden dat Innova bepaalde consumentenregels niet volgde. Daarom heeft de ACM op 17 maart 2017 een brief aan Innova gestuurd. Helaas bleven de klachten over Innova nadien (in de periode tot augustus 2018) aanhouden.
64. Daarmee is niet gezegd dat de ACM over andere energieleveranciers geen enkele klacht ontving. Klachten waren ook de aanleiding voor een onderzoek naar TGP NL.¹¹⁴ De ACM kan echter niet aan alle klachten een gevolg geven, omdat zij beperkt is door de beschikbare handhavingscapaciteit en middelen. De ACM is daarom gedwongen keuzes te maken bij haar handhaving. Dit heeft de ACM gedaan op basis van het aantal klachten. Naar Innova en TGP NL is op deze basis onderzoek gedaan. Ook zijn met deze partijen gesprekken gevoerd. Naar andere leveranciers zijn in die periode geen onderzoeken verricht en met hen zijn geen gesprekken gevoerd met dit doel.¹¹⁵ Over andere energieleveranciers heeft de ACM in de periode tot medio augustus 2018 minder meldingen ontvangen.¹¹⁶
65. Hiermee is duidelijk waarom de ACM destijds wel actie heeft ondernomen tegen Innova (en TGP NL) en niet tegen andere energieleveranciers.¹¹⁷ Anders dan Innova veronderstelt, is hiervoor niet bepalend het aantal klachten over de periode 2018/2019. De aanleiding voor de brief aan en het onderzoek naar Innova lag immers in de periode vóór augustus 2018. Van enig handelen in strijd met het verbod van willekeur is geen sprake.

¹¹²Schriftelijke zienswijze Innova (ACM/IN/439093), rn. 43. Zie ook Verslag van de hoorzitting (ACM/UIT/530266), p.3 en bijlage rn. 8.

¹¹³Zie onder andere Dossierstuk 1, Consumentenregels (ACM/UIT/002909); Dossierstuk 7, Bedrijfsbezoekopdracht (ACM/UIT/498232); Dossierstuk 48, VvA meldingen ConsuWijzer (ACM/UIT/512612); en Dossierstuk 51, Onderzoeksrapport (ACM/UIT/506885).

¹¹⁴Besluit van de ACM van 4 april 2019, rn. 2 en 3, te vinden op: <https://www.acm.nl/nl/publicaties/toezeggingsbesluit-total-gas-en-power-nederland-over-energielevering-aan-ondernemers-op-hun-woonadres>.

¹¹⁵E-mail van de Directie Consumenten van de ACM van 31 januari 2020 (ACM/INT/398726).

¹¹⁶E-mail van de Directie Consumenten van de ACM van 31 januari 2020 (ACM/INT/398726), Bijlage waarin een tabel is opgenomen met het aantal klachten over Innova afgezet tegen andere energieleveranciers.

¹¹⁷Dit beantwoordt ook de vragen die Innova stelt in rn. 23 van het memorandum bij de brief van 14 februari 2020 (ACM/IN/463895).

7.2.6 Gelijkheidsbeginsel

66. De ACM stelt voorop dat het gelijkheidsbeginsel niet zover strekt dat zij is gehouden op te treden tegen alle andere (mogelijke) overtreders indien zij handhavend optreedt tegen Innova.¹¹⁸
67. Dat kan anders komen te liggen als sprake is van een ongelijke behandeling van gelijke gevallen die duidt op willekeur in de handhavingspraktijk van het bevoegde bestuursorgaan. Om dit te kunnen toetsen, dient de ACM inzichtelijk te maken waarom zij in het ene geval wel en in het andere geval geen gebruik heeft gemaakt van haar handhavingsbevoegdheid.¹¹⁹
68. Dat geen sprake is van willekeur, is in de vorige paragraaf besproken. De ACM heeft in 2017 actie ondernomen tegen Innova op basis van het hoge aantal klachten dat tegen Innova was gericht.
69. De brief aan Innova van 17 maart 2017 is het eerste contact met Innova. Daarin staat een uitleg ten aanzien van de na te leven norm bij de (mogelijke) kwalificatie van afnemers als consument:
- “Innova mag haar klanten niet de bescherming van consumentenregels, waar zij recht op hebben, onthouden. Innova dient haar wervingsgesprekken aan te passen. Als zij dit niet doet start ACM een onderzoek [...] U dient klanten in uw wervingsgesprekken goed te informeren over het type contract en wat dat betekent voor de hoedanigheid waarin zij het contract aangaan. Daarbij dient u zich er van te verzekeren in welke hoedanigheid de klant een contract afsluit. Als de klant handelt als consument, moet u de consumentenregels naleven. Als u dat niet doet, voert u een oneerlijke handelspraktijk. Bovenstaande geldt ook als u een derde partij inhuint om voor Innova te werven”.*¹²⁰
70. Innova werd in de brief door de ACM gewaarschuwd. Indien klachten over de werving van Innova niet zouden afnemen, zou de ACM overgaan tot het onderzoeken van en eventueel handhaven tegen Innova.¹²¹ Naar aanleiding van deze brief heeft Innova de gehele intakeprocedure doorgelicht.¹²² Op initiatief van Innova¹²³, heeft op 12 juni 2017 een gesprek plaatsgevonden tussen de ACM en Innova.¹²⁴ De ACM bleef echter klachten over Innova ontvangen. Op 8 augustus 2018 kondigde de ACM een bedrijfsbezoek aan.¹²⁵
71. Innova stelt dat de ACM in strijd met het gelijkheidsbeginsel zou hebben gehandeld door sinds 2017 te handhaven jegens Innova, terwijl de overige energieleveranciers in 2019 (slechts) zijn gewaarschuwd.¹²⁶

¹¹⁸ Uit de rechtspraak volgt immers dat bij het opleggen van een sanctie het gelijkheidsbeginsel niet zover strekt dat de bevoegdheid tot het opleggen ervan onrechtmatig wordt uitgeoefend alleen omdat een eventuele andere overtreder niet een sanctie krijgt opgelegd. Zie in het kader van het opleggen van een bestuurlijke boete: CbB 30 april 2019, ECLI:NL:CBB:2019:162 (*Bever*), r.o. 7.2 en CbB 30 april 2019, ECLI:NL:CBB:2019:163 (*Cool Cat*), r.o. 5.2.

¹¹⁹ CbB 30 april 2019, ECLI:NL:CBB:2019:162 (*Bever*), r.o. 7.2 en CbB 30 april 2019, ECLI:NL:CBB:2019:163 (*Cool Cat*), r.o. 5.2.

¹²⁰ Dossierstuk 1, Consumentenregels (ACM/UIT/002909), p. 1.

¹²¹ Dossierstuk 1, Consumentenregels (ACM/UIT/002909), p. 2.

¹²² Dossierstuk 2, Reactie Innova op brief consumentenregels (ACM/IN/427924): “[...] het door u afgegeven signaal [is] voor ons reden geweest om de Compliance Officer te verzoeken per ommegaande de gehele intakeprocedure door te lichten. Daarbij zal Compliance zich richten op zowel onze externe wervingskanalen als interne procedure.[...]” Het resultaat van dit onderzoek is door Innova per brief van 29 mei 2017 aan de ACM gerapporteerd (Dossierstuk 3).

¹²³ Dossierstuk 3, Aanvullende reactie Innova op brief consumentenregels (ACM/IN/013355): “Wij stellen het op prijs indien wij over de strekking van uw brief nader van gedachten kunnen wisselen over de aard en frequentie van de door u genoemde incidenten. Tevens willen wij die gelegenheid onze aanpak en marktbenadering aan u schetsen, opdat wij daarmee ook een gevoel krijgen of wij daarmee volgens ACM op een juist pad zijn ingeslagen. Wij stellen voor in de maand juni een afspraak met elkaar te maken.”

¹²⁴ Schriftelijke zienswijze Innova (ACM/IN/439093), m. 12 en Productie 2 (Memo werkwijze n.a.v. gesprek met ACM van 12 juni 2017).

¹²⁵ Dossierstuk 4, Brief aankondiging bedrijfsbezoek (ACM/UIT/497612).

¹²⁶ Schriftelijke zienswijze Innova (ACM/IN/439093), m. 44; Pleitnota Innova (ACM/IN/459598), m. 7.

72. Dit argument van Innova slaagt niet. De ACM heeft in 2017 en 2018, mede gelet op de beperkte onderzoekscapaciteit, de keuze gemaakt Innova (en TGP NL) aan te pakken. Dit is het toetsingsmoment voor het gelijkheidsbeginsel. Er is destijds op goede gronden een selectie gemaakt, waarbij Innova eerst is gewaarschuwd. Toen dat niet het beoogde effect had (er bleven veel klachten binnenkomen) is een onderzoek gestart. De enkele mogelijkheid dat ook andere energieleveranciers op dat moment onredelijke opzegvergoedingen in rekening zouden brengen, weerhoudt de ACM niet ervan op basis van klachten jegens Innova te handhaven.
73. De brief die alle energieleveranciers ontvingen in 2019 verandert daar niets aan. In 2019 zag de ACM aanleiding een andere (sectorbrede) actie te starten. In het kader hiervan is op 4 april 2019 een brief verzonden aan de gehele energiesector. Ook Innova (en TGP NL) ontving(en) deze brief. Deze brief staat los van het onderzoek dat specifiek naar de handelwijze van Innova liep (over de periode 1 januari 2017 tot 21 augustus 2018). Met andere woorden, het is niet de brief van 2019 die aan het onderzoeksrapport vooraf ging, maar de eerdere brief van 17 maart 2017.
74. De sectorbrede actie is dus een ander traject, waarbij in eerste instantie niet wordt gekeken naar het aantal klachten per energieleverancier. Op deze actie kunnen ook handhavingsacties volgen, zoals ook aangekondigd in de brief van 4 april 2019.¹²⁷ Net als Innova in 2017 de kans kreeg haar werkwijze tegen het licht te houden en hierover in gesprek te gaan met de ACM (zie hiervoor, randnummer 70), krijgen alle energieleveranciers die kans naar aanleiding van de brief. Eventuele handhaving start pas indien en voor zover de ACM te weinig verbetering ziet. Ook op dat moment kunnen keuzes worden gemaakt gelet op handhavingscapaciteit en op basis van verdedigbare criteria, die niet mogen leiden tot willekeur. De stelling van Innova dat in deze behandeling van alle leveranciers een (relevant) verschil zou zitten met de behandeling van Innova, kan de ACM dan ook niet volgen.^{128, 129}
75. De conclusie is dat de ACM niet handelde in strijd met het gelijkheidsbeginsel.

8 Overtreder

76. De ACM stelt vast dat Innova overtreder¹³⁰ is van de in randnummer 42 geconstateerde overtredingen.
77. Artikel 95m, achtste lid, Elektriciteitswet 1998 en artikel 52b, achtste lid, Gaswet richten zich tot leveranciers van elektriciteit en gas. Zij kunnen in de leveringsovereenkomst opnemen dat bij tussentijdse beëindiging van de overeenkomst door de afnemer een redelijke vergoeding is verschuldigd. Door de onjuiste kwalificatie van afnemers als kleinzakelijke afnemers heeft Innova ten onrechte met hen zakelijke overeenkomsten gesloten waarop zakelijke voorwaarden van toepassing waren. Als gevolg hiervan heeft Innova ten onrechte te hoge en daarmee onredelijke opzegvergoedingen in de overeenkomsten van consumenten opgenomen.

¹²⁷ Schriftelijke zienswijze Innova (ACM/IN/439093) Productie 1, p. 3: “[...] De ACM houdt toezicht op de energiemarkt en kan daarbij haar bevoegdheden inzetten om de in deze brief beschreven norm te handhaven.”

¹²⁸ De andere leveranciers zouden, anders dan Innova, weggelaten worden met een waarschuwing en zouden de mogelijkheid krijgen hun overtredingen ‘op te heffen’ en vragen te stellen (Schriftelijke zienswijze Innova (ACM/IN/439093), nr. 48 en memorandum bij de brief van 14 februari 2020 (ACM/IN/463895) nr. 24).

¹²⁹ De vergelijking met bestaande rechtspraak van het CBb gaat niet op (zie bijvoorbeeld voetnoot 49 van de zienswijze van Innova, verwijzend naar CBb 30 april 2019, ECLI:NL:CBB:2019:163 (*Cool Cat*)). Innova is vóórdat in 2018 een onderzoek is gestart, door de ACM ten behoeve van het handavingsbeleid in 2017 gewaarschuwd, en ook in de gelegenheid gesteld overtredingen te staken.

¹³⁰ In de zin van artikel 5:1, tweede lid, Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb).

78. Innova stelt dat de door haar ingeschakelde externe partijen de klant kwalificeerden als kleinzakelijke afnemer of particuliere afnemer (consument) en dat dit handelen niet aan haar kan worden toegerekend.¹³¹ Dit betoog kan Innova niet baten. Zoals gesteld richten de overtreden normen zich tot de energieleverancier. Niet de ingeschakelde externe partijen, maar Innova had redelijke opzegvergoedingen dienen op te nemen in haar leveringsovereenkomsten met consumenten. Innova heeft dit nagelaten. Dat derden klanten mogelijk foutief kwalificeerden staat daar geheel los van en doet niet af aan het onrechtmatige handelen van Innova.
79. Toerekening van enig handelen van derden aan Innova is dan ook niet aan de orde. Innova is zelf in verzuim. Ook de stelling van Innova dat de ACM onvoldoende onderzoek verrichtte om tot toerekening te komen,¹³² kan alleen al daarom niet worden gevolgd.

9 Boete

80. De ACM kan voor de in randnummer 42 geconstateerde overtredingen afzonderlijke bestuurlijke boetes opleggen aan de overtreder.¹³³ Bij de bepaling van de hoogte van de boetes past de ACM de Boetebeleidsregel ACM 2014¹³⁴ toe.

9.1 Verwijtbaarheid

81. De ACM stelt vast dat de in randnummer 42 genoemde overtredingen Innova volledig te verwijten zijn. Als energieleverancier heeft Innova een eigen verantwoordelijkheid om de geldende wet- en regelgeving in acht te nemen. Innova behoorde te weten dat de vastgestelde gedragingen onregelmatig waren.
82. Dit geldt temeer nu zij hierop door de ACM expliciet was gewezen voorafgaand aan de inbreukperiode.¹³⁵ In haar brief van 17 maart 2017 maakte de ACM aan Innova kenbaar dat zij zich ervan diende te verzekeren in welke hoedanigheid de klant een contract afsloot. De ACM gaf aan dat Innova zich diende af te vragen of een klant die in het Handelsregister van de KvK stond ingeschreven een overeenkomst wilde aangaan die binnen of buiten het kader van zijn bedrijfsactiviteiten viel. Als een klant een energiecontract wil afsluiten voor zijn eigen woonhuis, is dat een aanwijzing dat hij/zij handelt als consument. Een inschrijving in het Handelsregister van de KvK is onvoldoende om aan te nemen dat een klant bedrijfsmatig handelt bij het afsluiten van een energiecontract en Innova mocht daar dus niet vanuit gaan.
83. Innova had hieruit kunnen en moeten opmaken dat haar handelwijze niet correct was. Zij had de brief van de ACM van 17 maart 2017 kunnen en moeten aangrijpen om haar werkwijze aan te passen. Dit had op relatief korte termijn kunnen plaatsvinden. Zij had de door haar ingeschakelde externe partijen kunnen instrueren navraag te doen tijdens het wervingsgesprek om een juiste kwalificatie van de klant te bewerkstelligen. Ook had zij haar *voice/log*-instructie hier gemakkelijk op kunnen aanpassen. Dit heeft Innova nagelaten.¹³⁶ Innova heeft de kans aanvaard dat zij

¹³¹ Schriftelijke zienswijze Innova (ACM/IN/439093), rn. 73 en Pleitnota Innova (ACM/IN/459598), rn. 11.

¹³² Schriftelijke zienswijze Innova (ACM/IN/439093), rn. 57.

¹³³ Op grond van artikel 77i, eerste lid, onder b, Elektriciteitswet 1998 en artikel 60ad, eerste lid, onder b, Gaswet.

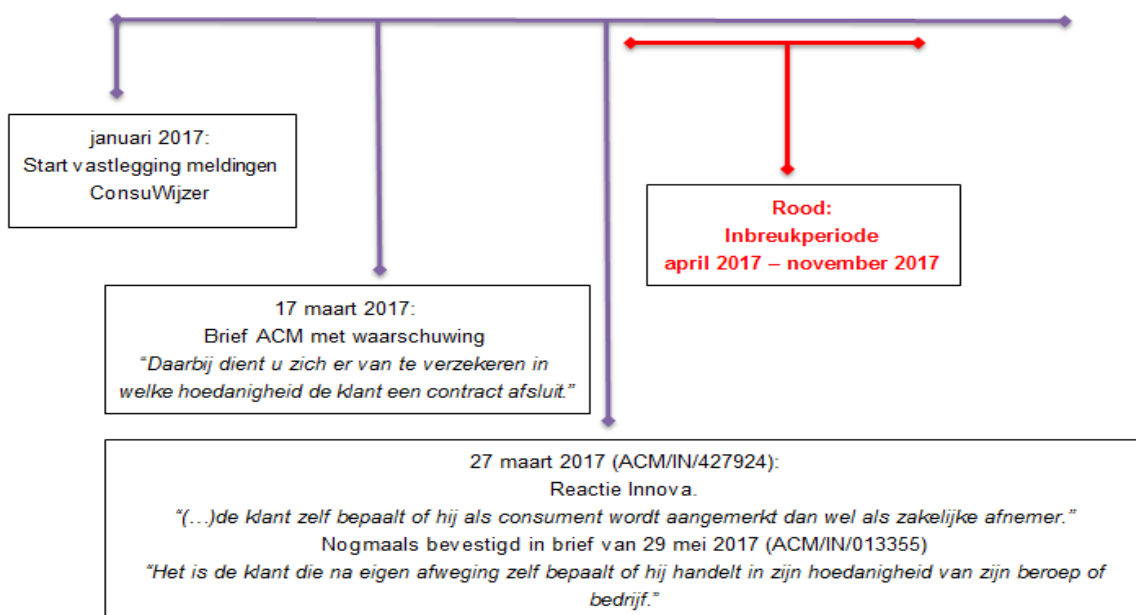
¹³⁴ Beleidsregel van de Minister van Economische Zaken van 4 juli 2014, nr. WJZ/14112617, met betrekking tot het opleggen van bestuurlijke boetes door de Autoriteit Consument en Markt (Boetebeleidsregel ACM 2014), *Stcr.* 2016, 34630.

¹³⁵ Dossierstuk 1, Consumentenregels (ACM/UIT/002909).

¹³⁶ In haar reactie op de brief van de ACM van 17 maart 2017 nam Innova bij herhaling het standpunt in dat de klant zelf bepaalde of hij/zij werd aangemerkt als consument of zakelijk afnemer. Zie Dossierstuk 2, Reactie Innova op brief

overeenkomsten sloot met afnemers die kwalificeerden als consument, zonder daarbij de redelijke opzegvergoeding die geldt voor consumenten in de overeenkomst op te nemen. De gedragingen van Innova hebben voortgeduurd, in ieder geval tot en met november 2017.

84. Innova heeft niet aannemelijk gemaakt dat zij alles heeft gedaan dat redelijkerwijs mogelijk was om de overtredingen te voorkomen of ongedaan te maken. Tijdens de hoorzitting heeft Innova verklaard dat zij inmiddels alle leveringsovereenkomsten heeft nagelopen die zij heeft gesloten met kleinzakelijke afnemers en waar nodig in haar systemen heeft geherkwalificeerd van kleinzakelijke afnemer naar consument.¹³⁷ Innova had deze kwalificatie echter al veel eerder correct dienen aan te brengen. De brief van de ACM van 17 maart 2017 gaf daarnaast voldoende aanleiding deze overeenkomsten nogmaals tegen het licht te houden. Dit heeft Innova nagelaten, daarmee de overtreding in stand latend en de kans aanvaardend dat de consument in geval van een tussentijdse opzegging schade zou lijden (of om reden van de opzegvergoeding van een overstap zou afzien). De volgende tijdlijn drukt voorgaande visueel uit:



85. De stelling van Innova dat de 'ACM norm' nog niet bestond tijdens de inbreukperiode en de overtredingen haar daardoor niet te verwijten zijn, kan hier onbesproken blijven. De ACM verwijst kortheidshalve naar paragraaf 7.2.3. De wet- en regelgeving die Innova heeft overtreden waren al geruime tijd van kracht en Innova behoorde hiervan op de hoogte te zijn. In ROVER bepaalde de ACM wat een redelijke opzegvergoeding is voor kleinzakelijke gebruikers en voor consumenten. Sinds 2008 wordt daarin aangesloten bij het begrip 'consument' zoals uitgewerkt in het Nederlandse en Europese recht. Dit begrip en de uitleg daarvan is niet nieuw. In gevallen waarin het voor de hand ligt dat de te leveren elektriciteit en/of het te leveren gas in ieder geval ook voor privédoeleinden worden gebruikt, is het van belang dat energieleveranciers zich ervan vergewissen of sprake zal zijn van overwegend privégebruik (en dus van een consument) of van overwegend zakelijk gebruik (en dus van een kleinzakelijke afnemer).

consumentenregels (ACM/IN/427924) en Dossierstuk 3, Aanvullende reactie Innova op brief consumentenregels (ACM/IN/013355).

¹³⁷ Verslag van de hoorzitting (ACM/UIT/530266), p.18.

86. Ook de stelling van Innova dat de door haar ingeschakelde externe partners de klant kwalificeerden en de overtredingen Innova daardoor niet te verwijten zijn, kan haar niet baten. Innova kan de op haar rustende wettelijke verplichtingen niet afwentelen op anderen. Zij mocht in dit kader niet simpelweg afgaan op mededelingen van een externe partij die als tussenpersoon optrad. Innova sluit de leveringsovereenkomst immers met de klant als vertegenwoordigde.¹³⁸ Dit was ook expliciet door de ACM kenbaar gemaakt in haar brief van 17 maart 2017.¹³⁹ Daarbij komt dat de externe partners van Innova een financieel belang hadden bij het aanmelden van zoveel mogelijk (zakelijke) klanten.¹⁴⁰
87. Uit het dossier blijkt dat Innova aan de door haar ingeschakelde externe partners aangaf wat haar doelgroep was,¹⁴¹ en ook dat zij de uitvoering van deze kwalificatie volledig in beheer van de externe partners liet.¹⁴² Zij gaf geen (expliciete) instructies en controleerde niet of de kwalificatie van de kleinverbruiker op de juiste wijze plaatsvond. Ook nadien heeft zij zelf geen onderzoek gedaan naar deze kwalificatie, bijvoorbeeld door het (verwachte) gebruik van de klant te bezien.¹⁴³ Uit randnummer 7 van de schriftelijke zienswijze blijkt dat Innova slechts is afgegaan op bandopnames en schriftelijke stukken waaruit de wens van de klant blijkt om een zakelijk contract te sluiten en/of waaruit blijkt dat de klant verklaarde te handelen in het kader van zijn beroeps- of bedrijfsactiviteiten.¹⁴⁴ De ACM is van oordeel dat Innova kan worden verweten dat zij onvoldoende heeft gedaan om een correcte kwalificatie te verzekeren van de klant waarmee een leveringsovereenkomst werd gesloten. Het risico dat hiermee gepaard gaat, komt voor rekening van Innova.

9.2 Ernst en omstandigheden waaronder de overtredingen hebben plaatsgevonden

88. De ACM stelt vast dat Innova artikel 95m, achtste lid, Elektriciteitswet 1998 en artikel 52b, achtste lid, Gaswet heeft overtreden. Deze bepalingen zijn fundamenteel voor de bescherming van consumenten en de werking van de energiemarkt. De bepalingen zijn in de wet opgenomen om consumenten te beschermen tegen onredelijke opzegvergoedingen bij tussentijdse beëindiging van leveringsovereenkomsten.¹⁴⁵ De wetsartikelen beogen te voorkomen dat afnemers worden

¹³⁸ De aanvaarding van het aanbod van Innova (een rechtshandeling) treft in haar gevolgen de klant (zie artikel 3:66, eerste lid, BW, eventueel juncto artikel 3:78 BW). De externe partner valt ertussenuit.

¹³⁹ Dossierstuk 1, Consumentenregels (ACM/UIT/002909), p. 3: "Bovenstaande geldt ook als u een derde partij inhuurt om voor Innova te werven."

¹⁴⁰ Dossierstuk 19, Verhoor verslag dhr. [VERTROUWELIJK] (ACM/UIT/501120), p. 9 (bovenaan), Dossierstuk 20, verhoor mw. [VERTROUWELIJK] (ACM/UIT/501125), p. 7 en Dossierstuk 12, Bedrijfsbezoek documenten partnermanagement Innova (ACM/IN/420252), bijlage 1 Raamovereenkomst (overeenkomst onafhankelijke tussenpersoon) en bijlage 2 Deelovereenkomst (overeenkomst onafhankelijke tussenpersoon).

¹⁴¹ Dossierstuk 12, Bedrijfsbezoek documenten partnermanagement Innova (ACM/IN/420252), bijlage 2 Deelovereenkomst (overeenkomst onafhankelijke tussenpersoon), artikel 2 en artikel 10. Het moest gaan om ondernemers die tekenbevoegd zijn voor hun onderneming, die handelen vanuit hun onderneming en ingeschreven staan bij de KvK.

¹⁴² Zie rn. 24 e.v. van dit besluit.

¹⁴³ Dossierstuk 12, Bedrijfsbezoek documenten partnermanagement Innova (ACM/IN/420252), Bijlage 8, Werkinstructie Contractverwerking controle voicelogs en contracten. Zie ook Dossierstuk 19, Verhoor verslag dhr. [VERTROUWELIJK] (ACM/UIT/501120), p. 6: "Dat durf ik niet te zeggen. Dat is echt de verantwoordelijkheid van onze onafhankelijke tussenpersonen. Het enige is, als er een aanmelding voor Innova uit voortvloeit, dan moet hij voldoen aan de voorwaarden die wij als Innova gesteld hebben. Dat is wat ik net liet zien, je moet een zakelijke afnemer zijn en het voice log moet echt letterlijk, een op een, voorgelezen zijn en door de klant geaccordeerd worden. Daar doen wij een 100% controle op aan onze kant."

¹⁴⁴ Zie ook Schriftelijke zienswijze Innova (ACM/IN/439093), Productie 2.

¹⁴⁵ Kamerstukken // 2003/04, 29 372, nr. 51, p. 2-3: "Deze vergoeding zal de kosten moeten weerspiegelen die de leverancier heeft in verband met het tussentijds opzeggen van de overeenkomst voor bepaalde duur. De DTe kan ik [sic] het kader van het toezicht op dit artikel een nadere invulling geven wat moet verstaan [sic] onder een redelijke vergoeding."

belemmerd in hun keuze voor een andere energieleverancier.¹⁴⁶ Een onredelijk hoge opzegvergoeding kan een consument doen besluiten niet (meer) over te stappen van energieleverancier. Negatieve individuele ervaringen van consumenten zorgen immers ervoor dat consumenten minder snel een overeenkomst met een nieuwe energieleverancier zullen aangaan. De geconstateerde overtredingen schaden dus niet alleen de directe belangen van de consument en het vertrouwen van de consument in de markt, maar kunnen ook negatieve gevolgen hebben zoals onnodig hoge drempels voor afnemers bij het overstappen naar een andere energieleverancier. De overtreden norm beschermt daarmee een gewichtig belang.¹⁴⁷

89. Innova heeft gedurende in ieder geval zeven maanden onredelijke opzegvergoedingen opgenomen in leveringsovereenkomsten. Uit het onderzoeksrapport blijkt dat het effect van deze overtredingen - dat wil zeggen het in rekening brengen van de opzegvergoedingen - lange tijd voortduurde. De handelwijze van Innova heeft bij veel consumenten schade veroorzaakt. Dit door een onredelijke opzegvergoeding in de leveringsovereenkomsten van veel consumenten op te nemen, en de consument bij tussentijdse opzegging te houden aan betaling van deze vergoeding. Deze schade kon oplopen tot honderden euro's per consument.¹⁴⁸ Enkele voorbeelden van in rekening gebrachte bedragen aan consumenten¹⁴⁹ uit het dossier:

Naam klant	Opzegvergoeding
[VERTROUWELIJK]	EUR 1000 (EUR 500 voor elektriciteit en EUR 500 voor gas) ¹⁵⁰
[VERTROUWELIJK]	EUR 600 (EUR 300 voor elektriciteit en EUR 300 voor gas) ¹⁵¹
[VERTROUWELIJK]	EUR 1000 (EUR 500 voor elektriciteit en EUR 500 voor gas) ¹⁵²
[VERTROUWELIJK]	EUR 300 (elektriciteit) ¹⁵³
[VERTROUWELIJK]	EUR 1000 (EUR 500 voor elektriciteit en EUR 500 voor gas) ¹⁵⁴
[VERTROUWELIJK]	EUR 1000 (EUR 500 voor elektriciteit en EUR 500 voor gas) ¹⁵⁵

¹⁴⁶ Kamerstukken II 2003/04, 29 372, nr. 51, p. 2: "Met de Tweede Kamer meen ik dat het wenselijk is om enkele zaken over deze contracten vast te leggen om te voorkomen dat afnemers worden belemmerd in de keuze voor hun leverancier en daardoor de liberalisering de facto niet voldoende tot stand komt."

¹⁴⁷ Vergelijk in dit kader Rechtbank Rotterdam 26 juni 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:5037 (Oxxio/ACM), r.o. 14.

¹⁴⁸ Namelijk de in rekening gebrachte zakelijke vergoeding minus de maximum opzegvergoeding voor consumenten volgens artikel 4, eerste lid, ROVER (EUR 125).

¹⁴⁹ Dat dit consumenten betreft, blijkt uit m. 36 e.v. van dit besluit.

¹⁵⁰ Uit Dossierstuk 16, Exceloverzicht opzegboetes (ACM/IN/420210), regels 18388 en 18389 blijkt dat het gaat om EUR 1.000 (EUR 500 voor elektriciteit en EUR 500 voor gas). Dossierstuk 47, Verslag van Ambtshandelingen / Consumentenverklaringen (65x) (ACM/UIT/510908), verklaring nr. 43 (EUR 1015).

¹⁵¹ Uit Dossierstuk 16, Exceloverzicht opzegboetes (ACM/IN/420210), regels 18330 en 18331 blijkt dat het gaat om EUR 600 (EUR 300 voor elektriciteit en EUR 300 voor gas). Dossierstuk 47, Verslag van Ambtshandelingen / Consumentenverklaringen (65x) (ACM/UIT/510908), verklaring nr. 40 (EUR 621,86).

¹⁵² Dossierstuk 47, Verslag van Ambtshandelingen / Consumentenverklaringen (65x) (ACM/UIT/510908), verklaring nr. 45 (EUR 1000). Deze boete is uiteindelijk niet betaald, omdat de klant besloot bij Innova te blijven gelet op het hoge boetebedrag voor het opzeggen.

¹⁵³ Dossierstuk 47, Verslag van Ambtshandelingen / Consumentenverklaringen (65x) (ACM/UIT/510908), verklaring nr. 44 (EUR 300, zie bijgevoegde specificatie). Dit wordt bevestigd door dossierstuk 16 (Exceloverzicht opzegboetes), regel 18184.

¹⁵⁴ Dossierstuk 47, Verslag van Ambtshandelingen / Consumentenverklaringen (65x) (ACM/UIT/510908), verklaring nr. 52 (EUR 1000). Dit wordt bevestigd door Dossierstuk 16 (Exceloverzicht opzegboetes), regels 15899 en 15900. Deze boete is uiteindelijk niet betaald, omdat de klant besloot bij Innova te blijven gelet op het hoge boetebedrag voor het opzeggen.

¹⁵⁵ Uit Dossierstuk 16, Exceloverzicht opzegboetes (ACM/IN/420210), regels 16299 en 16443 blijkt dat het gaat om EUR 1.000 (EUR 500 voor elektriciteit en EUR 500 voor gas). Dossierstuk 47, Verslag van Ambtshandelingen / Consumentenverklaringen (65x) (ACM/UIT/510908), verklaring nr. 21 (EUR 1030,59).

[VERTROUWELIJK]	EUR 1000 (EUR 500 voor elektriciteit en EUR 500 voor gas) ¹⁵⁶
[VERTROUWELIJK]	EUR 1000 (EUR 500 voor elektriciteit en EUR 500 voor gas) ¹⁵⁷

90. Andere consumenten hebben potentieel schade geleden omdat zij hebben afgezien van een tussentijdse overstap gelet op de hoge opzegvergoeding in hun overeenkomst.¹⁵⁸ Daardoor heeft de consument mogelijk niet het voor hem gunstigste aanbod verkregen, dat met een redelijke opzegvergoeding van de zijde van Innova wellicht wel door de consument was aanvaard. Dit terwijl de wettelijke regels omtrent het opzeggen van leveringsovereenkomsten zijn ingevoerd met de achterliggende gedachte dat voorkomen moet worden dat afnemers worden belemmerd in de keuze voor hun leverancier (zie randnummer 88 van dit besluit).
91. Verder zijn de omvang en intensiteit van de overtredingen groot. Innova verklaarde de kwalificatie van bestaande klanten (peildatum 4 april 2019) te hebben onderzocht en naar aanleiding daarvan tachtig procent van de zakelijke overeenkomsten te hebben omgezet in een consumentenovereenkomst.¹⁵⁹ In de onderzochte periode januari 2017 tot augustus 2018 heeft Innova zo'n [VERTROUWELIJK] nieuwe klanten (en aansluitingen) verwelkomd.¹⁶⁰ Dit betekent dat indien het percentage van herkwalificatie van Innova wordt gevolgd, grofweg [VERTROUWELIJK] klanten (80% van [VERTROUWELIJK]) in de onderzoeksperiode onjuist zouden zijn gekwalificeerd. De ACM ziet dit als een indicatie dat het gaat om een grootschalige overtreding.
92. Voorts is het onregelmatige voordeel dat door Innova is behaald groot. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de (begeleidende brief bij de) aanvraag tot het bindend verklaren van een toezegging van Innova van 8 juli 2019. Hierin staat dat indien Innova onredelijke opzegvergoedingen vanaf 17 oktober 2017 zou compenseren, het zou gaan om een creditering van EUR 510.000 aan maximaal 820 afnemers.¹⁶¹ Dat is gemiddeld bijna EUR 622 per kleinverbruiker. Deze kleinverbruikers zouden - naar de ACM begrijpt - na 17 oktober 2017 een overeenkomst zijn aangegaan en diezelfde overeenkomst vóór 21 augustus 2018 hebben opgezegd.^{162, 163}
93. De omvang van de overtreding kan ook worden afgeleid uit andere verklaringen van Innova.¹⁶⁴ In 2017 behaalde Innova zo'n [VERTROUWELIJK] euro omzet uit opzegvergoedingen. In de toekomst zou die omzet met [VERTROUWELIJK]%¹⁶⁵ per jaar dalen als gevolg van het opnemen van opzegvergoedingen voor consumenten, in plaats van zakelijke opzegvergoedingen.

¹⁵⁶ Uit Dossierstuk 16, Exceloverzicht opzegboetes (ACM/IN/420210), regels 15741 en 15742 blijkt dat het gaat om EUR 1.000 (EUR 500 voor elektriciteit en EUR 500 voor gas). Dossierstuk 47, Verslag van Ambtshandelingen / Consumentenverklaringen (65x) (ACM/UIT/510908), verklaring nr. 34 (EUR 1257).

¹⁵⁷ Dossierstuk 47, Verslag van Ambtshandelingen / Consumentenverklaringen (65x) (ACM/UIT/510908), verklaring nr. 4 (EUR 1000), waarbij gevoegd de specificaties van Innova. Dit wordt bevestigd door Dossierstuk 16, Exceloverzicht opzegboetes (ACM/IN/420210), regels 16072 en 16073.

¹⁵⁸ Voorbeelden zijn te vinden in: Dossierstuk 47, Verslag van Ambtshandelingen / Consumentenverklaringen (65x) (ACM/UIT/510908), verklaring nr. 45 [VERTROUWELIJK] en verklaring nr. 52 [VERTROUWELIJK].

¹⁵⁹ Verslag van de hoorzitting (ACM/UIT/530266), p. 18 (onderaan).

¹⁶⁰ Schriftelijke zienswijze Innova (ACM/IN/439093), rn. 16.

¹⁶¹ Schriftelijke zienswijze Innova (ACM/IN/439093), Productie 13.

¹⁶² De ACM begrijpt dat als uitgegaan zou worden van de periode 1 januari 2017 t/m 21 augustus 2018 het volgens Innova zou gaan om EUR 1.107.095 en 1.348 klanten. Zie schriftelijke zienswijze Innova (ACM/IN/439093), productie 15, p. 4.

¹⁶³ Hoewel dit (voor het grootste deel) niet gaat over periode waarin in dit besluit overtredingen worden vastgesteld, toont dit wel aan wat de schaalgrootte was van de handelwijze van Innova.

¹⁶⁴ Verslag van de hoorzitting (ACM/UIT/530266), p. 19-20.

¹⁶⁵ Schriftelijke zienswijze Innova (ACM/IN/439093), rn. 74; Tijdens de hoorzitting werd dit percentage door Innova nog op [VERTROUWELIJK]% gesteld. Dit is gecorrigeerd in rn. 11 van het memorandum bij de brief van 14 februari 2020 (ACM/IN/463895).

94. Al het voorgaande brengt de ACM tot de conclusie dat Innova ernstige overtredingen heeft begaan.

9.3 Hoogte van de boete

95. De ACM kan voor de twee geconstateerde ernstige en volledig verwijtbare overtredingen in beginsel afzonderlijke boetes opleggen.¹⁶⁶ De ACM kan echter ook ervoor kiezen om slechts één boete aan Innova op te leggen voor beide overtredingen.¹⁶⁷ Dat acht de ACM in dit geval passend gelet op de samenhang tussen de vastgestelde overtredingen. Met een klant werd vaak tegelijk een leveringsovereenkomst voor zowel elektriciteit als gas gesloten. Daarbij komt dat voor de geconstateerde gedragingen in gelijklopende bepalingen in de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet is bepaald dat een bestuurlijke boete kan worden opgelegd. Bij de vaststelling van de hoogte van de basisboete houdt de ACM derhalve rekening met de samenhang tussen deze twee overtredingen.
96. Voor beide overtredingen kan de ACM boetes opleggen van ten hoogste EUR 900.000 of, indien dat meer is, 10% van de omzet van Innova.¹⁶⁸ Conform het Boetebeleid ACM 2014 en op grond van de door Innova aangeleverde financiële gegevens¹⁶⁹ stelt de ACM een basisboete voor de geconstateerde overtredingen vast binnen een bandbreedte van EUR 500.000 tot EUR 2.812.671,52.¹⁷⁰
97. Het opnemen van onredelijke opzegvergoedingen in leveringsovereenkomsten heeft ertoe geleid dat consumenten schade hebben geleden en dat zij gehinderd werden bij het overstappen naar een andere energieleverancier. De in dit besluit beschreven werkwijze van Innova is ernstig en verwijtbaar, en bovendien heeft Innova groot (financieel) voordeel gehad bij het opleggen van onredelijke opzegvergoedingen. Gelet op al het voorgaande acht de ACM voor de in randnummer 42 geconstateerde overtredingen een boete van EUR 1.250.000 voor Innova geboden. De ACM voorkomt hiermee een onredelijke cumulatie van sancties. De ACM acht deze boete gelet op alle omstandigheden van het geval en de waardering van de feiten in deze zaak, passend en evenredig.
98. Innova heeft gesteld dat het opleggen van een boete aan haar risicovol en onverantwoord is vanuit het oogpunt van leveringszekerheid.¹⁷¹ Tegelijkertijd heeft zij geen onderbouwd draagkrachtverzoek ingediend bij de ACM. Dit terwijl de ACM uitdrukkelijk op deze mogelijkheid heeft gewezen¹⁷² en het vaste jurisprudentie¹⁷³ is dat partijen een draagkrachtverzoek moeten (stellen en) onderbouwen. De ACM kan met deze niet onderbouwde stelling dan ook geen rekening houden in haar beoordeling.
99. De huidige financiële omstandigheden van Innova zijn niet optimaal. Uit de door de ACM bestudeerde stukken blijkt dat [VERTROUWELIJK].¹⁷⁴ Toch ziet de ACM hierin onvoldoende aanleiding om de boete ambtshalve te matigen. Reden hiervoor is een onverplichte dividenduitkering die Innova heeft gedaan van EUR 1.000.000.¹⁷⁵ Deze uitkering komt voor eigen

¹⁶⁶ Op grond van artikel 5:8 Awb.

¹⁶⁷ Op grond van artikel 2.1, eerste lid, Boetebeleidsregel ACM 2014.

¹⁶⁸ Op grond van artikel 771, eerste lid, onder b, Elektriciteitswet 1998 en artikel 60ad, eerste lid, onder b, Gaswet.

¹⁶⁹ Brief van 17 februari 2020 (ACM/IN/463895) en brief van 9 maart 2020 (ACM/IN/468184).

¹⁷⁰ Deze bandbreedte correspondeert met categorie VI zoals genoemd in artikel 2.5, eerste en tweede lid, juncto Bijlage 1, Boetebeleid ACM 2014. Conform artikel 12o lw en artikel 2.6 Boetebeleid ACM 2014 heeft de ACM voor het bepalen van de bandbreedte de netto omzet van Innova gebruikt zoals opgenomen in haar jaarrekening van 2018. De bovengrens van de bandbreedte betreft 75% van deze omzet.

¹⁷¹ Schriftelijke zienswijze Innova (ACM/IN/439093), m. 74 en Verslag van de hoorzitting (ACM/UIT/530266), p. 18.

¹⁷² Verslag van de hoorzitting (ACM/UIT/530266), p. 15, 16 en 18. Zie ook brief van 3 februari 2020 (ACM/UIT/527557).

¹⁷³ Zie o.a. CBb 16 april 2019, ECLI:NL:CBB:2019:158, r.o. 9.

¹⁷⁴ Zie brief van 17 februari 2020 (ACM/IN/463895) en brief van 9 maart 2020 (ACM/IN/468184).

¹⁷⁵ Brief van 17 februari 2020 (ACM/IN/463895), bijlage: jaarrekening 2018, p. 22. Zie ook e-mail van 16 april 2020 (ACM/IN/480013).

rekening.¹⁷⁶ Innova wist vanaf augustus 2018 dat de ACM het vermoeden had dat Innova wet- en regelgeving overtrad en gelet daarop een onderzoek naar haar was gestart. [VERTROUWELIJK].¹⁷⁷ Innova had op dat moment volle wetenschap van het feit dat de ACM haar boetes zou kunnen opleggen en hoe hoog deze boetes in theorie zouden kunnen uitvallen.

100. De ACM ziet in deze zaak geen boeteverlagende of -verhogende omstandigheden. Innova stelt wel dat zij door herkwalificatie van de bestaande zakelijke overeenkomsten en acceptatie van daardoor veroorzaakte verliezen, al in zekere mate is gestraft.¹⁷⁸ Voor zover zij hiermee een beroep beoogt te doen op een boeteverlagende omstandigheid, overweegt de ACM dat Innova reeds in de leveringsovereenkomst een correcte opzegvergoeding had moeten opnemen. Door dit nu alsnog te doen (door middel van de administratieve herkwalificatie) en daarmee mogelijk een lagere omzet te genereren, leeft zij slechts haar wettelijke plicht na. Een dergelijk handelen kan geen boetematiging opleveren.

¹⁷⁶ Zie o.a. Rb Rotterdam 18 juni 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:4231, r.o. 7.5; Rb Rotterdam 7 maart 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:1636, r.o. 7.2 en Rb Rotterdam 24 januari 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:379, r.o. 10.6.

¹⁷⁷ Brief van 17 februari 2020 (ACM/IN/463895), bijlage: [VERTROUWELIJK]. Zie ook e-mail van 16 april 2020 (ACM/IN/480013).

¹⁷⁸ Schriftelijke zienswijze Innova (ACM/IN/439093), m. 15.

10 Besluit

De Autoriteit Consument en Markt:

legt een boete op van EUR 1.250.000 aan Innova Energie B.V., statutair gevestigd te Delft, wegens overtreding van artikel 95m, achtste lid, Elektriciteitswet 1998 en artikel 52b, achtste lid, Gaswet.

Den Haag, **11 juni 2020**

Autoriteit Consument en Markt,
namens deze:

w.g

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

BIJLAGE(N):

- Juridisch kader

Als u belanghebbende bent, kunt u schriftelijk bezwaar maken tegen dit besluit. Stuur uw gemotiveerde bezwaarschrift naar de Autoriteit Consument en Markt, Directie Juridische Zaken, postbus 16326, 2500 BH Den Haag. Dit moet u doen binnen zes weken na de dag waarop dit besluit bekend is gemaakt. In uw bezwaarschrift kunt u de Autoriteit Consument en Markt verzoeken in te stemmen met rechtstreeks beroep bij de bestuursrechter.

Bijlage: Juridisch kader

Elektriciteitswet 1998

Artikel 5, eerste lid

De Autoriteit Consument en Markt is belast met de aan haar opgedragen taken ter uitvoering van het bepaalde bij of krachtens deze wet, verordening 714/2009, verordening 713/2009 en verordening 1227/2011, alsmede met het toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens deze wet, verordening 714/2009, verordening 713/2009 en verordening 1227/2011.

Artikel 77i, eerste lid, aanhef en onder b

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

a. [...]

b. de artikelen [...] en 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.

Artikel 95m, achtste lid (§ 1c. Consumentenbescherming)

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.

Gaswet

Artikel 1a, eerste lid

De Autoriteit Consument en Markt is belast met de aan haar opgedragen taken ter uitvoering van het bepaalde bij of krachtens deze wet, verordening 713/2009, verordening 715/2009, verordening 1227/2011 en verordening 994/2010. Ook is de Autoriteit Consument en Markt belast met het toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens deze wet, verordening 713/2009, verordening 715/2009, verordening 1227/2011 en verordening 994/2010, met uitzondering van de artikelen en onderwerpen, bedoeld in artikel 8, tenzij het gaat om investeringen, genoemd in artikel 8, tweede lid, onderdeel f tot en met i, en met uitzondering van de artikelen 8a, 35a en 54 tot en met 57.

Artikel 52b, achtste lid (§ 5.3a. Consumentenbescherming)

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.

Artikel 60ad, eerste lid, aanhef en onder b

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

de artikelen [...], 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.

Richtsnoeren Redelijke Opzegvergoedingen Vergunninghouders

Artikel 2

Voor de uitleg van deze regeling wordt een kleinverbruiker onderscheiden in:

1. consument: een kleinverbruiker, natuurlijk persoon, die niet handelt in de uitoefening van beroep of bedrijf.
2. kleinzakelijke afnemer: alle kleinverbruikers die niet onder de definitie van consument vallen.

Artikel 4, eerste lid

De ACM oordeelt dat er sprake is van een redelijke opzegvergoeding voor consumenten indien de maximale hoogte van een opzegvergoeding voor consumenten afhankelijk is van de duur van de overeenkomst en van de resterende looptijd op het moment van beëindigen, volgens onderstaande tabel:

Contractduur	Resterende looptijd	Maximale opzegvergoeding
1 jaar	< 1 jaar	50 Euro
> 1 jaar	< 1,5 jaar	50 Euro
	1,5 - 2 jaar	75 Euro
	2 - 2,5 jaar	100 Euro
	> 2,5 jaar	125 Euro

Artikel 6

De ACM oordeelt dat er sprake is van een redelijke opzegvergoeding voor kleinzakelijke afnemers indien deze voldoet aan één van drie onderstaande criteria:

1. de opzegvergoeding bedraagt maximaal 15% van de resterende (verwachte) waarde van de overeenkomst;
2. de opzegvergoeding bedraagt het verschil tussen de waarde van de overeenkomst op basis van de marktprijs op het moment van beëindigen en de resterende waarde van de overeenkomst, plus een administratieve vergoeding van maximaal 50 Euro; of,
3. de opzegvergoeding bedraagt maximaal 100 Euro per niet uitgediend jaar.