



Besluit

Besluit van de Autoriteit Consument en Markt tot het opleggen van een boete aan Allround Hollands Energie B.V. wegens overtredingen van de Wet handhaving consumentenbescherming

Ons kenmerk : ACM/UIT/615069
Zaaknummer : ACM/23/186802
Datum : **05 maart 2024**

Samenvatting

De ACM stelt vast dat Allround Hollands Energie B.V. (HEM) consumenten heeft misleid bij de telefonische werving van nieuwe klanten. Consumenten werden misleid over het doel van het verkoopgesprek en over de identiteit van HEM. HEM bood contracten aan waarvan de tarieven ver boven het prijsplafond lagen. HEM heeft ook nagelaten om essentiële informatie over haar aanbod te vermelden. Bij einde van het prijsplafond per 1 januari 2024 was het voor de consument niet duidelijk wat de hoogte van de tarieven zou zijn die ze opeens moesten betalen. Verder benaderde HEM in meerdere gevallen consumenten zo dwingend dat ook sprake is van een agressieve handelspraktijk. De ACM legt aan HEM een boete op van EUR 1.100.000.

Telefonische werving

Voor het telefonisch werven van nieuwe klanten maakt HEM gebruik van intermediairs. Deze intermediairs benaderen consumenten met het doel om hen een energiecontract bij HEM af te laten sluiten. De ACM heeft een groot aantal meldingen van consumenten ontvangen over de manier waarop deze werving plaatsvond. De ACM heeft daarom een onderzoek ingesteld naar de wervingspraktijken van HEM en daarbij opnames beluisterd van telefonische verkoopgesprekken die voor HEM werden gevoerd. Uit het onderzoek van de ACM is gebleken dat consumenten zijn misleid.

Misleiding van de consument

Uit opnames van de telefoongesprekken blijkt dat HEM consumenten doelbewust misleidt. In de telefoongesprekken werd niet aan consumenten meegedeeld wat het doel van het verkoopgesprek was, namelijk het verkopen van een energiecontract. Er werd bijvoorbeeld gezegd dat gebeld werd over het huidige contract, vanwege een zogenoemde prijsbescherming of dat ervoor gezorgd kon worden dat mensen niet meer werden lastiggevallen met telefonische aanbiedingen voor een nieuw energiecontract.

Agressieve handelspraktijk

In een aantal gesprekken was sprake van agressief gedrag. Door de verkopers werd hardnekkig en ongewenst aangedrongen bij consumenten om in te gaan op het aanbod. Dit gebeurde ook nadat consumenten bij herhaling hadden aangegeven niet geïnteresseerd te zijn in het aanbod of duidelijk hadden gemaakt het gesprek niet te willen voortzetten. Dit is een agressieve handelspraktijk en daarom verboden. Onderstaand citaat geeft weer op welke wijze verkoopmedewerkers ongewenst en hardnekkig bleven aandringen bij consumenten.

C: "Het is heel duidelijk, maar ik heb er echt een heel raar gevoel bij, en dat had ik ook, dat hadden we vorige keer ook al, maar toen hebben we het gedaan en toen zaten we eraan vast en toen was het helemaal verkeerd. En dat ge-, dat rare..."

V: "Nou, u zit nergens aan vast, hè."

C: "Gevoel heb ik nu weer een beetje."

V: "Ja, maar mevrouw, u zit nu nergens aan vast. Op het moment dat we accorderen is het puur dat u accordeert dat het tijdelijk... Via de ABN AMRO, dat blijft gewoon doorgaan, hè. En dat..."

C: "Ja, waarom... Ja..."

V: "Gaat automatisch dan via de HEM energie. Het accorderen is meer, ja, vanwege privacy..."

C: "Maar waarom..."

De ACM legt een boete op aan HEM

De ACM vindt de misleidende en agressieve handelspraktijken door HEM zeer ernstig. Consumenten moeten goed worden geïnformeerd over de aanschaf van een product of over de dienst die zij willen afnemen. Dit geldt met name ook voor het aangaan van een energiecontract. De levering van energie is een primaire levensbehoefte. Bovendien zijn energiecontracten complex. Het is daarom belangrijk dat energieleveranciers duidelijk zijn dat zij een energiecontract aanbieden en dat zij consumenten in staat stellen om daar weloverwogen over te beslissen. De ACM legt daarom een boete op aan HEM van 1.100.000 euro.

1. Verloop van de procedure

1. Op 13 november 2023 heeft de ACM een onderzoeksrapport opgemaakt zoals bedoeld in artikel 5:48 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb), met betrekking tot de telefonische werving van klanten door Allround Hollands Energie B.V., handelend onder de naam Hollandse Energie Maatschappij (hierna: HEM). Uit het rapport volgt dat HEM oneerlijke handelspraktijken heeft verricht en daarmee in strijd heeft gehandeld met de Wet handhaving consumentenbescherming (hierna: Whc). Per brieven van 13¹ en 15² november 2023 heeft de ACM respectievelijk het rapport en het rapportdossier aan de gemachtigde van HEM toegezonden.
2. HEM heeft afgezien van het inbrengen van een schriftelijke zienswijze op het onderzoeksrapport. Op de hoorzitting van 18 januari 2024 heeft HEM, vertegenwoordigd door haar gemachtigden, mondeling haar zienswijze gegeven. Van de hoorzitting is een verslag gemaakt.³ Het verslag is op 1 februari 2024 aan de gemachtigden van HEM verzonden.⁴

2. Betrokken partij

3. HEM is ingeschreven in het handelsregister van de Kamer van Koophandel onder nummer 74513907 en gevestigd te Amsterdam. Volgens haar KvK inschrijving heeft HEM als activiteit "Handel in elektriciteit en in gas via leidingen De handel in elektriciteit en gas alsmede het bemiddelen bij de verkoop van energiecontracten en het geven van advies daaromtrent."⁵
4. Allround Energie B.V.⁶ is enig aandeelhouder en bestuurder van HEM⁷. [VERTROUWELIJK]
5. HEM maakt voor de verkoop van energiecontracten gebruik van intermediairs (oftewel derde partijen of partners)⁸. De intermediairs verkopen middels telemarketing energiecontracten namens of voor HEM.

¹ Document met kenmerk ACM/UIT/608043.

² Document met kenmerk ACM/UIT/608315.

³ Document met kenmerk ACM/UIT/613080.

⁴ Document met kenmerk ACM/UIT/613339.

⁵ Document met kenmerk ACM/IN/808928.

⁶ Document met kenmerk ACM/IN/813383.

⁷ Document met kenmerk ACM/IN/808928.

⁸ Document met kenmerk ACM/INT/464046.

3. Onderzoeksrapport

6. De ACM heeft meldingen ontvangen over telefonische verkoopgesprekken voor energiecontracten met HEM. De ACM heeft naar aanleiding daarvan een onderzoek ingesteld naar de wervingspraktijken van HEM. Dit onderzoek zag specifiek op de telefonische werving van klanten door HEM.
7. De ACM heeft in het kader van het onderzoek opnames gevorderd van telefoongesprekken waarin klanten voor HEM worden geworven.⁹ Het gaat om gesprekken die zijn gevoerd in de periode van 1 december 2022 tot en met 13 juni 2023. Vervolgens hebben toezichthouders van de ACM een selectie gemaakt uit de grote hoeveelheid opnames. Deze selectie moest aan een aantal vereisten voldoen; ten eerste werden gesprekken uit de periode januari tot en met juni geselecteerd. Per maand zijn vijf willekeurige gesprekken beluisterd die allen langer dan 5 minuten duurden, om zeker te zijn dat het om een verkoopgesprek zou gaan en geen voicemail of een verkeerd verbonden gesprek zou omvatten. Ten slotte moesten de gesprekken enkel *outbound* en niet *inbound* zijn.¹⁰
8. Er zijn in totaal 30 van deze gesprekken beluisterd en beoordeeld. Van deze 30 gesprekken bleken 8 gesprekken niet bruikbaar, bijvoorbeeld omdat de geluidskwaliteit slecht was, het geen verkoopgesprek was of omdat het om een zakelijk energiecontract ging. Van de overige 22 gesprekken heeft de ACM uitwerkingen gemaakt en deze bij het rapport gevoegd. Op basis van deze gesprekken wordt in het rapport vastgesteld dat er in de periode van 26 januari 2023 tot en met 13 juni 2023 sprake is geweest van een overtreding van artikel 8.8 Whc.
9. Meer specifiek wordt in het rapport vastgesteld dat HEM de volgende oneerlijke handelspraktijken heeft verricht:
 - A. **misleidende omissie**, in de zin van artikel 6:193d juncto artikel 6:193f juncto artikel 6:230v, zesde lid, BW, door aan het begin van telemarketinggesprekken het commerciële doel van het gesprek niet of niet duidelijk te vermelden;
 - B. **misleidende handelspraktijk**, in de zin van artikel 6:193c, eerste lid, onderdeel c, BW, door in de telemarketinggesprekken misleidende informatie te verstrekken over de motieven van de handelspraktijk en de aard van het verkoopproces;
 - C. **agressieve handelspraktijken**, in de zin van artikel 6:193i, BW, door in telemarketinggesprekken ongewenst en hardnekkig contracten op te dringen aan consumenten.
10. Het verrichten van bovenstaande oneerlijke handelspraktijken is op grond van artikel 8.8 Whc verboden.

4. Bevoegdheid ACM

11. De ACM is bevoegd om toezicht te houden op de naleving van artikel 8.8 Whc. In artikel 2.2 Whc is bepaald dat de ACM belast is met het toezicht op de naleving van de wettelijke bepalingen, bedoeld in onderdeel a van de bijlage bij die wet. Artikel 8.8 Whc is genoemd in onderdeel a van deze bijlage.

⁹ Document met kenmerk ACM/UIT/604258.

¹⁰ Document met kenmerk ACM/UIT/600024.

12. Artikel 8.8 Whc verbiedt handelaren om oneerlijke handelspraktijken te verrichten, zoals bedoeld in afdeling 3A titel 3 boek 6 BW. HEM is een rechtspersoon die handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf en kwalificeert daarmee als handelaar.
13. De ACM kan handhavend optreden als sprake is van een inbreuk op de Whc, zoals bedoeld in artikel 1.1, aanhef en onder f, Whc. Van een inbreuk is sprake als het een overtreding van de Whc betreft die schade toebrengt of kan toebrengen aan de collectieve belangen van consumenten. Indien de ACM van oordeel is dat er sprake is van een dergelijke inbreuk, kan zij op grond van artikel 2.9 Whc een bestuurlijke boete opleggen. In hoofdstuk 6 tot en met 8 van het onderhavige besluit wordt verder beoordeeld of er sprake is van een inbreuk van artikel 8.8 Whc en of er hierdoor ook mogelijk schade is toegebracht of kan zijn toegebracht aan de collectieve belangen van consumenten.

5. Zienswijze HEM

14. HEM wijst er in haar zienswijze op dat de ACM publiekelijk heeft geuit dat de problemen rondom de (oneerlijke) werving van consumenten door energieleveranciers met gebruikmaking van intermediairs, wijdverbreid en hardnekkig zijn.¹¹ De problemen zijn niet beperkt tot HEM. HEM constateert verder dat de ACM naast beboeting van energieleveranciers en intermediairs onlangs ook is overgegaan op het accepteren van een toezegging van een (eerder beboete) energieleverancier. In dit licht vindt HEM het opleggen van een boete geen gepaste of geëigende maatregel. Het opleggen van een boete aan HEM als energieleverancier (en niet aan de intermediair(s)) is ook willekeurig
15. HEM meent dat de overtredingen haar niet kunnen worden verweten omdat niet zij maar de intermediairs de overtredingen hebben begaan, ondanks het toezicht van HEM op de intermediairs. Dat HEM toezicht hield, blijkt uit het dossier.¹²
16. Ten aanzien van een eventueel op te leggen boete wijst HEM erop dat zij op dit moment een groot aantal compliancemaatregelen voorbereidt. Dit moet de ACM meewegen bij het bepalen van de hoogte van de boete, aldus HEM. In het kader van de evenredigheid van de boetehoogte moet de ACM niet alleen kijken of HEM door de op te leggen boete eventueel failliet kan gaan, maar ook of HEM na het opleggen van de boete nog steeds aan de financiële verplichtingen van de leveringsvergunning kan voldoen.
17. HEM betwist de overtredingen als zodanig niet. De bezwaren van HEM beroepen zich op verminderde toerekenbaarheid en op boeteverlagende omstandigheden. De ACM gaat dan ook verder op de zienswijze in in hoofdstuk 9 en 10 van het onderhavige besluit.¹³

6. Misleidende omissie (commercieel doel aan het begin van het gesprek)

18. In dit hoofdstuk beoordeelt de ACM of in de telefonische verkoopgesprekken sprake is geweest van misleidende omissies. In paragraaf 6.1 wordt het toetsingskader geschetst. In het toetsingskader wordt uiteengezet welke informatie essentieel is en op welke wijze deze in een telefonisch verkoopgesprek moet worden gegeven. Vervolgens wordt in paragraaf 6.2 beoordeeld welke informatie niet of niet op de juiste wijze wordt weergegeven. Paragraaf 6.3 bevat de conclusie ten aanzien van de misleidende omissies in de verkoopgesprekken.

¹¹ HEM verwijst naar een tv-uitzending van het consumentenprogramma Radar van 27 november 2023 waarin de directeur van de Directie Consumenten van de ACM uittalingen van deze strekking doet.

¹² Zie ACM/IN/745080 (dossiernr 9), en bijbehorende bijlagen.

¹³ Zie randnrs. 44-53 in onderhavige besluit.

6.1. Toetsingskader

19. Van een misleidende omissie is sprake wanneer essentiële informatie, die de gemiddelde consument nodig heeft om een geïnformeerd besluit over een transactie te nemen, wordt weggelaten, verborgen wordt gehouden, of op onduidelijke, onbegrijpelijke, dubbelzinnige wijze dan wel laat wordt verstrekt. Als gevolg hiervan neemt of kan de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst nemen, dat hij anders niet had genomen. Bij de beoordeling of essentiële informatie is weggelaten of verborgen is gehouden, worden de feitelijke context, de beperkingen van het communicatiemedium en de maatregelen die zijn genomen om de informatie langs andere wegen ter beschikking van de consument te stellen, in aanmerking genomen (artikel 6:193d BW).
20. Ten aanzien van een uitnodiging tot aankoop en commerciële communicatie is bepaald wat in ieder geval als essentiële informatie moet worden beschouwd. Dit volgt uit artikel 6:193e BW en artikel 6:193f BW. Voor commerciële communicatie geldt specifiek dat de handelaar aan het begin van het gesprek het commerciële doel van het gesprek moet vermelden (artikel 6:193f BW onder b juncto artikel 6:230v, zesde lid, eerste zin, BW). Omdat met de verkoopgesprekken wordt beoogd een product (energiecontract) te verkopen, kwalificeren zij als commerciële communicatie (artikel 3:15e, derde lid, eerste zin, BW).
21. In een verkoopgesprek moet het commerciële doel duidelijk blijken. Het moet voor de consument dus voldoende duidelijk zijn dat hij wordt opgebeld met het oog op het sluiten van een energiecontract.¹⁴

6.2. Beoordeling

22. In alle beoordeelde gesprekken wordt, zoals in het rapport uiteengezet, het commerciële doel niet aan het begin van het gesprek vermeld.¹⁵ Bovendien blijkt het commerciële doel ook niet duidelijk uit de context. Aan het begin van het gesprek wordt vaak een andere reden benoemd als aanleiding voor het gesprek. Bijvoorbeeld:
 - a. De verkoper belt op over het huidige energiecontract. Vervolgens wordt veelal gevraagd of de consument tevreden is over hoe de levering is verlopen. In een aantal gevallen wordt ook het adres vermeld van de consument. En wordt gerefereerd naar eerder contact met de consument. Hiermee kan de indruk ontstaan dat het gaat om een servicegesprek in verband met het huidige contract met de energieleverancier. Het wordt niet duidelijk dat er sprake is van het commerciële doel tot het sluiten van een nieuwe overeenkomst bij een andere energieleverancier¹⁶;
 - b. De verkoper belt, doet zich voor als adviseur en doet alsof hij of een collega de consument eerder heeft geholpen met overstappen. Vaak wordt meermaals gerefereerd naar dat eerdere contact¹⁷;
 - c. De verkoper doet alsof hij ervoor wil zorgen dat de consument vanaf nu niet meer gebeld wordt door callcenters of verkopers¹⁸;
 - d. De verkoper zegt dat de consument een “prijzbescherming” heeft lopen op het huidige contract en dat beloofd is dat de verkoper zou terugbellen als de prijzen zouden stijgen of

¹⁴ Kamerstukken II 2012/13, 33520, nr. 3, p. 52 (MvT).

¹⁵ Document met kenmerk ACM/UIT/601319, randnr. 42 met verwijzing naar de gesprekken (als bijlage opgenomen bij het rapport).

¹⁶ Zie onder andere in uitgewerkte gesprek nr. 1, 7 en 10 in de bijlage van het rapport (ACM/UIT/601319).

¹⁷ Zie onder andere in uitgewerkte gesprek nr. 1, 2, 3, 6, 7, en 10 in de bijlage van het rapport (ACM/UIT/601319).

¹⁸ Zie onder andere in uitgewerkte gesprek nr. 4 en 19 in de bijlage van het rapport (ACM/UIT/601319).

- dalen. De verkoper geeft hierbij niet aan dat dit betekent dat daar wel voor nodig is dat de consument overstapt naar een andere energieleverancier¹⁹;
- e. De verkoper biedt een bonus aan van 250 euro omdat dit in een eerder gesprek beloofd zou zijn²⁰.
 - f. De verkoper doet alsof de klant in een collectief zit en er een wijziging plaatsvindt vanuit het collectief.²¹
23. De hiervoor benoemde misleidende omissies in de verkoopgesprekken komen naar voren in de volgende citaat uit een van de gesprekken die ten grondslag worden gelegd aan het rapport.²²

V: "Hoi, mevrouw. Ik belde even kort ter aanleiding van uw contract, mevrouw, van de energie, wat u momenteel hebt lopen."

C: "Oh, nee, hebben ze vanochtend ook al gebeld, hoor. Dus hoeft me niet weer terug te bellen."

V: "Wie heeft... Hè? Mevrouw, het gaat over het contract van Energie Direct, hè."

C: "Oh- oh, sorry."

V: "Ja, want we hebben u toen vorig jaar overgezet, mevrouw, naar Energie Direct."

C: "Ja, klopt."

V: "Waarbij wij... toen een garantie gehad. Mevrouw, wij zijn zelf geen energiemaatschappij, hè, we zijn ook geen verkopers. Wij zijn een energie collectief, mevrouw."

C: "Ja."

V: "Wij hebben jullie toen overgezet naar de Energie Direct, mevrouw. En daarbij hebben jullie toen een contract gehad, mevrouw, voor een bepaalde periode. Dat als uw energieprijzen zouden stijgen, u natuurlijk niet mee zou gaan stijgen, hè. En op het moment dat er natuurlijk weer een verlaging zou zijn, dan zou u even teruggebeld worden, zeg maar."

C: "Oh zo. Sorry."

24. Op grond hiervan stelt de ACM vast dat het commerciële doel van het verkoopgesprek niet aan het begin van de telefoongesprekken werd vermeld en ook onvoldoende bleek uit (de context van) de beoordeelde telefoongesprekken.

6.3. Beperkingen communicatiemedium

25. De ACM moet bij de beoordeling of sprake is van een misleidende omissie, rekening houden met de beperkingen van het communicatiemedium en met de omstandigheid dat de informatie langs andere weg aan de consument is verstrekt (artikel 6:193d, vierde lid, BW). Het feit dat de energiecontracten in deze zaak telefonisch worden aangeboden staat niet in de weg aan het noemen van het commerciële doel van het gesprek (aan het begin van het gesprek). De wetgever hecht juist belang aan het noemen van het commerciële oogmerk aan het begin van een telefoongesprek, zoals ook blijkt uit de wettelijke verplichting in artikel 6:230v, zesde lid, BW. Het later in het gesprek toesturen van de offerte via e-mail/sms kan deze omissie dan ook niet herstellen.

6.4. Transactietoets

26. Door aan het begin van het telefoongesprek niet het commerciële oogmerk te noemen, hebben consumenten een ander besluit over een overeenkomst genomen, of kunnen nemen, dan zij anders gedaan zouden hebben. In dit verband merkt de ACM op dat het begrip besluit over een overeenkomst ruim moet worden uitgelegd. Daaronder valt niet alleen het besluit om al dan niet een overeenkomst af te sluiten, maar ook het besluit om bijvoorbeeld een winkel binnen te gaan. Als consumenten van het begin af aan geïnformeerd waren over het commerciële oogmerk van het telefoongesprek, hadden zij het gesprek mogelijk niet voortgezet. Hiermee staat vast dat als gevolg

¹⁹ Zie onder andere in uitgewerkte gesprek nr. 11 in de bijlage van het rapport (ACM/UIT/601319).

²⁰ Zie onder andere in uitgewerkte gesprek nr. 19 in de bijlage van het rapport (ACM/UIT/601319).

²¹ Zie onder andere in uitgewerkte gesprek nr. 10, 17, 18 en 20 in de bijlage van het rapport (ACM/UIT/601319).

²² Document met kenmerk ACM/UIT/601319 randnr. 44, met verwijzing naar ACM/INT/481773, gesprek 10.

van het niet in het begin noemen van het commercieel oogmerk de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst kon nemen, dat hij anders niet genomen had.

6.5. Conclusie misleidende omissies

27. De ACM concludeert op basis van het rapport, dat er in de 22 beoordeelde verkoopsgesprekken sprake is van misleidende omissies als bedoeld in artikel 6:193d juncto artikel 6:193f, aanhef en onder b, BW.²³ Misleidende omissies zijn oneerlijke handelspraktijken. Het verrichten van oneerlijke handelspraktijken levert een schending op van artikel 8.8 Whc.
28. Gelet op het aantal van verkoopsgesprekken die op willekeurige wijze zijn geselecteerd, concludeert de ACM dat HEM herhaaldelijk overtredingen heeft begaan in de periode 26 januari 2023 tot en met 13 juni 2023. Het gaat hier om een inbreuk van de Whc die schade kan toebrengen aan de collectieve belangen van consumenten. De meldingen die de ACM heeft ontvangen van consumenten bevestigen ook dit beeld.²⁴

7. Misleidende handelspraktijken (misleiding over de motieven en de aard van het verkoopproces)

29. In dit hoofdstuk beoordeelt de ACM of in de verkoopsgesprekken sprake is geweest van misleidende handelspraktijken. ACM geeft in paragraaf 7.1 een uiteenzetting van het toetsingskader. Paragraaf 7.2 gaat in op misleiding met betrekking tot de motieven voor de handelspraktijk en de aard van het verkoopproces. In paragraaf 7.3 voert de ACM de transactietoets uit. Tot slot geeft paragraaf 7.4 de conclusie ten aanzien van de misleidende handelspraktijken.

7.1. Toetsingskader

30. Van een misleidende handelspraktijk is sprake als een handelaar informatie verstrekt die feitelijk onjuist is, of die de gemiddelde consument misleidt of kan misleiden, waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen. In dit geval gaat het specifiek om misleiding ten aanzien van de motieven voor de handelspraktijk en de aard van het verkoopproces.²⁵

7.2. Misleiding met betrekking tot de motieven voor de handelspraktijk en de aard van het verkoopproces

31. Het motief voor de telefoongesprekken is het verkopen van energiecontracten. De verkoper wil dat de consument overstapt naar een andere energieleverancier, namelijk naar HEM. Hierover misleiden de verkopers consumenten door bijvoorbeeld:
 - a. ontwijkend te reageren als de consument vraagt of de verkoper namens zijn huidige energieleverancier belt of aangeeft dat hij niet wil overstappen²⁶;
 - b. te benadrukken dat de consument klant is van de intermediair/lid is van een collectief dat het energiecontract regelt en te benadrukken dat dat zo blijft²⁷;
 - c. te beweren dat het over het huidige contract gaat²⁸;

²³ Zie ACM/UIT/601319 (hst. 3.5) en specifiek randnr.47.

²⁴ Zie ACM/UIT/601319 randnr. 46, met verwijzing naar dossiernr. ACM/INT/482469.

²⁵ Artikel 6:193c, eerste lid, aanhef en onder c, Burgerlijk Wetboek.

²⁶ Zie onder andere in uitgewerkte gesprek nr. 1, 3, 5, 6, 7 in de bijlage van het rapport (ACM/UIT/601319).

²⁷ Zie onder andere in uitgewerkte gesprek nr. 1, 2, 3, 6, 7, en 10 in de bijlage van het rapport (ACM/UIT/601319).

²⁸ Zie onder andere in uitgewerkte gesprek nr. 1, 3, 5, 6, 7 in de bijlage van het rapport (ACM/UIT/601319).

- d. te benadrukken dat alles hetzelfde blijft, of wordt gezegd dat alleen de naam op de factuur verandert of alleen de bankafschrijving door een andere partij gebeurt²⁹;
 - e. het als een feit te presenteren dat de consument hetzelfde maandbedrag blijft betalen terwijl de prijzen bij andere leveranciers gaan stijgen³⁰;
 - f. de indruk te wekken dat de overstap automatisch gaat of dat het niet anders kan dan dat de consument overstapt, waarbij dus niet duidelijk is dat de consument hierin een keuze heeft³¹;
 - g. te beweren dat de energieleverancier na het ondertekenen van de per e-mail toegestuurde offerte nog met een definitief voorstel komt. Zo wordt de indruk gewekt dat de consument nog geen overeenkomst aangaat, terwijl dit wel zo is³²;
 - h. te doen alsof ze het "huidige" contract van de consument hebben geregeld terwijl uit het gesprek blijkt dat dit niet het geval is. Hierbij wordt gedaan alsof de gegevens die de consument verstrekt al bekend waren terwijl dit niet het geval is³³;
 - i. te suggereren dat het toesturen van de offerte door middel van een link in een e-mail of sms tijdens het gesprek, dient om het leveringsadres of andere gegevens te controleren. In werkelijkheid is het doel van de verkoper daarbij een elektronische handtekening van de consument onder het aanbod te verkrijgen.³⁴
32. Om daadwerkelijk over te stappen is op grond van artikel 6:230v, zesde lid, BW de handtekening van de consument onder een schriftelijk aanbod vereist. Dat is ook zo als zij eerder via de intermediair zouden zijn overgestapt en de intermediair daarbij heeft beloofd weer te bellen als een andere leverancier goedkoper is.
33. Hieronder volgt een citaat uit een verkoopgesprek waarin sprake is van een misleidende handelspraktijk. De verkoopmedewerker beweert dat de consument reeds klant is bij HEM en hij doet vermoeden dat er daarom niets voor de consument verandert.³⁵

V: "Dus als we niks zouden doen. En het maandbedrag inclusief btw wat het definitief gaat worden, is 55 euro precies."

C: "Ja."

V: "Dus dat blijft voor u ook gewoon hetzelfde hoe ik heb aangegeven."

C: "Ja."

V: "Even kijken."

C: "Maar ik ben al bij u aangesloten dus, blijkbaar."

V: "Ja, u-u bent al een klant bij ons. Ja, dat klopt."

C: "Dat is echt heel wonderlijk, maar maakt niet uit. Ik vind het gewoon vreemd dat ik ergens klant van ben, terwijl ik dat niet weet."

V: "Sorry?"

C: "Ik vind het vreemd dat ik klant ben van iets waarvan ik-waarvan ik geen weet heb dat ik erbij zit, zeg maar."

V: "Nee, het is-het is een klant...elke leverancier, die heeft zo z'n-zo z'n collectief en wij zijn die Vandebbron en van het- en van de Hollandse Energie."

C: "O, want jullie horen eigenlijk wel bij Vandebbron?"

V: "Ja."

[..]

34. De ACM stelt op grond van het rapport, dat is gebaseerd op de beluisterde gesprekken en klachten van consumenten, vast dat consumenten door de verkopers werden misleid over de motieven van de handelspraktijk en de aard van het verkoopproces.³⁶ De verkopers belden omdat zij consumenten wilden laten overstappen naar een andere energieleverancier. Door hierover misleidende informatie te vertrekken, kon dit doel voor consumenten onduidelijk zijn. De

²⁹ Zie onder andere in uitgewerkte gesprek nr. 13 in de bijlage van het rapport (ACM/UIT/601319).

³⁰ Zie onder andere in uitgewerkte gesprek nr. 1, 10, 11 en 12 in de bijlage van het rapport (ACM/UIT/601319).

³¹ Zie onder andere in uitgewerkte gesprek nr. 1 in de bijlage van het rapport (ACM/UIT/601319).

³² Zie onder andere in uitgewerkte gesprek nr. 12 en 13 in de bijlage van het rapport (ACM/UIT/601319).

³³ Zie onder andere in uitgewerkte gesprek nr. 9 en 17 in de bijlage van het rapport (ACM/UIT/601319).

³⁴ Zie onder andere in uitgewerkte gesprek nr. 1, 4 en 9 in de bijlage van het rapport (ACM/UIT/601319).

³⁵ Zie ACM/UIT/601319 randnr. 52, met verwijzing naar dossiernr. ACM/INT/481773 (gesprek 18).

³⁶ Zie ACM/UIT/601319 (hst. 3.6) en randnr. 56.

gemiddelde consument kon hierdoor een besluit over een overeenkomst nemen dat hij zonder deze informatie mogelijk niet had genomen. De consument had bijvoorbeeld kunnen besluiten het gesprek eerder te beëindigen, de e-mail niet te openen, de offerte beter te lezen of de offerte niet te ondertekenen. Voor consumenten was het gedurende en na het gesprek niet altijd duidelijk dat zij akkoord waren gegaan met een nieuw energieleverancier en een overstap hadden gemaakt naar HEM. Dit beeld wordt bevestigd door meldingen van consumenten bij ACM ConsuWijzer over een ongewenste overstap naar HEM.³⁷ Of consumenten aan het einde van het gesprek al dan niet begrijpen dat het gaat om een overstap, doet niet af aan de misleiding eerder in het gesprek.

7.3. Transactietoets

35. Door het verstrekken van misleidende informatie over de motieven van de handelspraktijk en de aard van het verkoopproces, hebben consumenten een ander besluit over een overeenkomst genomen, of kunnen nemen, dan zij anders gedaan hadden. In dit verband merkt de ACM op dat het begrip besluit over een overeenkomst ruim moet worden uitgelegd. Daaronder valt niet alleen het besluit om al dan niet een overeenkomst af te sluiten, maar ook het besluit om bijvoorbeeld een winkel binnen te gaan. Als consumenten de juiste informatie hadden gekregen over de motieven van de handelspraktijk en de aard van het verkoopproces, hadden zij het gesprek mogelijk niet voortgezet. Hiermee staat vast dat als gevolg van het niet in het begin noemen van het commercieel oogmerk de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst kon nemen, dat hij anders niet genomen had.

7.4. Conclusie misleidende handelspraktijken

36. De ACM concludeert op basis van het rapport, dat is gebaseerd op de 22 beoordeelde verkoopgesprekken, dat sprake is van misleidende handelspraktijken als bedoeld in artikel 6:193c, eerste lid, sub c, BW. Misleidende handelspraktijken kwalificeren als oneerlijke handelspraktijk. Het verrichten van oneerlijke handelspraktijken levert een schending op van artikel 8.8 Whc. Gelet op het feit dat in alle - 22 willekeurig geselecteerde - verkoopgesprekken overtredingen zijn begaan, gaat het om een structurele inbreuk van de Whc die schade kan toebrengen aan de collectieve belangen van consumenten. Deze vaststelling wordt versterkt door meldingen van consumenten bij ACM ConsuWijzer over een ongewenste overstap naar HEM.³⁸

8. Agressieve handelspraktijken

37. In dit hoofdstuk beoordeelt de ACM of in de telefonische verkoopgesprekken sprake is geweest van agressieve handelspraktijken. Daartoe gaat de ACM in paragraaf 8.1 in op het toetsingskader. Vervolgens wordt in paragraaf 8.2 beoordeeld welke handelspraktijken als agressief worden aangemerkt. Paragraaf 8.3 bevat de conclusie ten aanzien van agressieve handelspraktijken in de verkoopgesprekken.

8.1. Toetsingskader

38. Van een agressieve handelspraktijk is sprake wanneer een consument onder druk wordt gezet om een product te kopen door intimidatie, dwang of ongepaste beïnvloeding waardoor de consument een besluit over de aankoop neemt of kan nemen dat hij anders niet had genomen.³⁹ Het bij de consument hardnekkig en ongewenst aandringen per telefoon is onder alle omstandigheden een

³⁷ Zie ACM/UIT/601319, randnr. 57, met verwijzing naar ACM/INT/482469.

³⁸ Zie ACM/UIT/601319, randnr. 57, met verwijzing naar ACM/INT/482469.

³⁹ Artikel 6:193h, eerste lid, Burgerlijk Wetboek.

agressieve handelspraktijk. Dit is alleen anders als met het aandrigen wordt beoogd een contractuele verplichting te doen naleven en dit wettelijk gerechtvaardigd is.⁴⁰

8.2. Hardnekkig en ongewenst aandrigen per telefoon

39. De ACM stelt vast, op grond van de verkoopgesprekken uit het rapportdossier, dat in verschillende telefoongesprekken de verkoopmedewerker hardnekkig en op een ongewenste manier bleef aandrigen bij de consument.
40. Een voorbeeld van een gesprek waarin de consument bij herhaling steeds aangeeft niet te willen overstappen of het gesprek niet wil voortzetten, volgt hieronder:⁴¹

V: *“En ik kan u ook zo de telefoonnummer ook even geven. Daar kunt ook altijd naartoe bellen als u bijvoorbeeld vragen heeft over iets.”*

C: *“Nee, ik heb niks bij de hand, want ik ben in het zwembad.”*

V: *“Oh oké. Oh, leuk.”*

C: *“Dus...”*

V: *“Oké, nou, ik heb sms'je gestuurd. Kunt u mij nu op de luidspreker zetten, dan kunt u het sms openen.”*

C: *“... Is goed.”*

[...]

C: *“Oké. Nou, ik ga het even ru-...”*

V: *“En dat is ook mooi, toch?”*

C: *“Ga ik even rustig...”*

V: *“Dat u toch een mooie 250 euro bonus krijgt.”*

C: *“Ik ga het even rustig doorlezen en dan- dan kan ik alsnog zien of doen of...”*

V: *“Nou, dat doen wij eigenlijk altijd andersom. Het is namelijk zo: wij moeten vanuit de overheid... Omdat al onze gesprekken worden gemonitord, doen we het namelijk altijd samen met de klant, het accorderen, en dan kunnen we erachteraan direct een bandopname starten. Dat moet namelijk altijd gedaan worden na een gesprek, vooral als het gaat om energiecontracten. Wij kunnen niet zomaar wat opsturen dan, dat u het zelf bekijkt en zelf accordeert. Dat moeten we telefonisch doen samen met de klant.”*

C: *“Ja, maar ik heb al...”*

V: *“Ja, ik wil natuurlijk wel mijn werk goed doen, anders krijg ik een tik op mijn vingers.”*

C: *“Ik heb een appje gekregen, dat kan ik toch eerst even rustig doorlezen?”*

V: *“Ja, kunt u achter-...”*

C: *“Want ik zit nu in een zwembad.”*

V: *“Nou, nee, dat begrijp ik heel goed. Het gaat gewoon om dezelfde energiecontract, hoe ik aangaf. Ja, als u het, nog iets wilt nalezen, nabekijken, nou goed, dat kunt u ook achter-acht-, altijd achteraf doen dan, en als u nog vragen hebt, dan kan ik die vraag altijd beantwoorden, maar ik ben echt verplicht om die bandopname te starten en dat kan pas als u telefonisch dan accordeert.”*

C: *“Ja, dan bel...”*

V: *“En dan zijn we zo klaar. Het gaat om dezelfde energiecontract.”*

C: *“En anders, bel morgen even weer, dan kunnen we dat dan eventjes doen. Het is wel een beetje raar dat ik nu in een zwembad zit en ik moet het allemaal gaan doen.”*

V: *“Nou, we gaan eigenlijk altijd wel zo te werk. We accorderen dat samen met de klant. Of ze nou in de auto zit, of een zwembad of in een winkel, dan achteraf kunnen ze dat rustig bekijken. En verder, ja, ik begrijp eerlijk gezegd niet zo goed wat u dan zou willen bekijken. Het gaat om dezelfde energiecontract.”*

C: *“Ja, ik heb...”*

V: *“Is dit- is dit niet duidelijk voor u, want dan kan ik namelijk daar...”*

C: *“Nee...”*

V: *“Vragen op antwoorden?”*

C: *“Het is heel duidelijk, maar ik heb er echt een heel raar gevoel bij, en dat had ik ook, dat hadden we vorige keer ook al, maar toen hebben we het gedaan en toen zaten we eraan vast en toen was het helemaal verkeerd. En dat ge-, dat rare...”*

V: *“Nou, u zit nergens aan vast, hè.”*

C: *“Gevoel heb ik nu weer een beetje.”*

⁴⁰ Artikel 6:193i, aanhef en onder c, Burgerlijk Wetboek.

⁴¹ Zie ACM/UIT/601319, randnr. 61, met verwijzing naar ACM/INT/481773, gesprek 13.

V: "Ja, maar mevrouw, u zit nu nergens aan vast. Op het moment dat we accorderen is het puur dat u accordeert dat het tijdelijk... Via de ABN AMRO, dat blijft gewoon doorgaan, hè. En dat.."

C: "Ja, waarom... Ja..."

V: "Gaat automatisch dan via de HEM energie. Het accorderen is meer, ja, vanwege privacy..."

C: "Maar waarom..."

V: "En wetgeving, dat u hem niet mag accorderen nog, dat we het moeten..."

C: "Waarom belt Eneco zelf..."

V: "Aan u moeten vertellen dat u het be-, accordeert. Omdat wij..."

C: "Waarom belt Eneco hier niet zelf over?"

V: "Omdat de klantenservice nog niet op de hoogte is van alles. En klantenservicemedewerkers, die doen heel wat anders. Wij zijn adviseurs, wij gaan over de energiecontract."

C: "Ja, dat zei die vorige precies hetzelfde."

V: "En wij zijn- wij zijn degenen die natuurlijk altijd bemiddelen, dus wij kijken natuurlijk altijd ook in uw voordeel, wat het beste is voor u."

41. Op grond van het rapport, concludeert de ACM dat de verkopers in 6 van de 22 beluisterde telefoongesprekken hardnekkig en ongewenst hebben aangedrongen bij de consument.⁴² Er is hier geen sprake van een situatie waarin wettelijk gerechtvaardigd werd beoogd een contractuele verplichting te doen naleven. De verkopers bleven op de consumenten inpraten terwijl de consumenten aangaven het niet te vertrouwen, niet over te willen stappen of het gesprek wilden beëindigen. Het aandringen gebeurde veelal met behulp van het verkondigen van feitelijk onjuiste informatie. Dit werd als middel ingezet om consumenten zo snel mogelijk naar het proces van accorderen van het contract, via e-mail of sms toe te werken. Nu in meer dan een kwart van de beoordeelde gesprekken (6 van de 22 gesprekken) door verkoopmedewerkers hardnekkig en ongewenst wordt aangedrongen, acht de ACM het aannemelijk dat hier sprake is van een patroon.

8.3. Conclusie agressieve handelspraktijken

42. De ACM stelt vast dat verkoopmedewerkers in 6 (van de 22 beoordeelde) telefoongesprekken, door middel van hardnekkig en ongewenst aandringen consumenten telefonisch probeerden over te laten stappen naar een andere energieleverancier. Op deze manier oefenden de verkoopmedewerkers druk uit op de consument waardoor die aanzienlijk wordt beperkt in zijn keuzevrijheid. Door deze manier van handelen hebben de verkoopmedewerkers zich schuldig gemaakt aan een agressieve handelspraktijk. Deze handelspraktijk is onder alle omstandigheden agressief.⁴³ Er is geen sprake van een wettelijke rechtvaardiging waarmee wordt beoogd een contractuele verplichting te doen naleven.
43. De ACM concludeert dat in zes verkoopgesprekken een agressieve handelspraktijk in de zin van artikel 6:193i, aanhef en onder c BW is verricht. De verkoopgesprekken hebben plaatsgevonden in de periode van 26 januari 2023 tot en met 13 juni 2023. Het verrichten van een agressieve handelspraktijk levert een schending op van het verbod in artikel 8.8 Whc. Gelet op het feit dat in 6 van de 22 willekeurig geselecteerde verkoopgesprekken deze overtreding door verschillende verkoopmedewerkers is begaan, stelt de ACM vast dat er sprake is van een structurele overtreding waardoor collectieve belangen van consumenten (kunnen) worden geschaad.

9. Overtrederschap

44. De ACM is van oordeel dat HEM als (functioneel) pleger van de hiervoor vastgestelde inbreuk en daarmee als overtreder kan worden aangemerkt. De ACM verwerpt het standpunt van HEM dat zij niet aansprakelijk kan worden gehouden voor oneerlijke handelspraktijken die niet door haar, maar door de intermediairs zijn verricht. De ACM overweegt daarover het volgende.

⁴² Zie ACM/UIT/601319, randnr. 63; en in de bijlage uitgeschreven gesprekken nr. 6, 8, 9, 13, 21 en 22.

⁴³ Artikel 6:193i, aanhef en onder c. Burgerlijk Wetboek.

45. Op grond van artikel 5:1, tweede lid, Awb kan als overtreder worden aangemerkt degene die de overtreding pleegt of medepleegt. Volgens het derde lid kunnen overtredingen worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen. Artikel 51, tweede en derde lid, van het Wetboek van Strafrecht (hierna: Sr) is van overeenkomstige toepassing. Dader of pleger is in de eerste plaats degene die de verboden handeling fysiek verricht. Daarnaast kan in bepaalde gevallen degene die de overtreding niet zelf feitelijk begaat, doch aan wie de handeling is toe te rekenen, voor de overtreding verantwoordelijk worden gehouden en derhalve als overtreder worden aangemerkt.⁴⁴
46. De jurisprudentie neemt hierbij in het algemeen het zogeheten 'drijfmestarrest' van de Hoge Raad tot uitgangspunt.⁴⁵ In het drijfmestarrest overweegt de Hoge Raad dat het antwoord op de vraag of een overtreding aan een rechtspersoon kan worden toegerekend, afhankelijk is van de concrete omstandigheden van het geval. Daartoe behoort onder meer de aard van de verboden gedraging. De Hoge Raad overweegt ook dat een algemene regel zich bezwaarlijk laat formuleren. Maar, een belangrijk oriëntatiepunt bij de toerekening is of de gedraging heeft plaatsgevonden dan wel is verricht in de sfeer van de rechtspersoon. Als dat het geval is, kan de gedraging in beginsel worden toegerekend aan de rechtspersoon.
47. Van een gedraging in de sfeer van de rechtspersoon zal sprake kunnen zijn indien zich een of meer van de navolgende omstandigheden voordoen:
- het gaat om een handelen of nalaten van iemand die hetzij uit hoofde van een dienstbetrekking hetzij uit anderen hoofde werkzaam is ten behoeve van de rechtspersoon;
 - de gedraging past in de normale bedrijfsvoering van de rechtspersoon;
 - de gedraging is de rechtspersoon dienstig geweest in het door hem uitgeoefende bedrijf;
 - de rechtspersoon vermocht erover te beschikken of de gedraging al dan niet zou plaatsvinden en zodanig of vergelijkbaar gedrag werd blijkens de feitelijke gang van zaken door de rechtspersoon aanvaard of placht te worden aanvaard. Onder bedoeld aanvaarden is mede begrepen het niet betrachten van de zorg die in redelijkheid van de rechtspersoon kon worden geleverd met het oog op de voorkoming van de gedraging.
48. De ACM overweegt dat de misleidende omissies zijn begaan door intermediairs die werkzaamheden verrichtten ten behoeve van HEM. Dit leidt de ACM af uit de omstandigheid dat de intermediairs met de verkoopgesprekken beoogden dat consumenten leveringsovereenkomsten aan zouden gaan met HEM. HEM verrichtte ook betalingen aan de intermediairs die namens HEM de hiervoor vermelde telemarketinggesprekken hebben gevoerd.⁴⁶
49. De gedragingen – het voeren van telefoongesprekken om nieuwe klanten te werven – passen in de normale bedrijfsvoering van een energieleverancier als HEM. De gedragingen zijn HEM ook dienstig geweest nu zij HEM nieuwe klanten en dus extra omzet hebben opgeleverd.
50. HEM is de betrokken handelaar. Voorop staat dat HEM als professionele marktdeelnemer een verantwoordelijkheid heeft om wet- en regelgeving in acht te nemen en haar werkprocessen hierop in te richten. Dit geldt ook als de werving door derde partijen gebeurt die in opdracht van HEM handelen. HEM heeft een eigen verantwoordelijkheid en zorgplicht om de door haar uitbestede diensten te allen tijde te blijven beheersen en controleren en afdoende in te grijpen indien dat nodig is ter voorkoming van overtredingen van de wet. HEM was bovendien, zo blijkt uit het rapportdossier, op de hoogte van de oneerlijke handelspraktijken door intermediairs.⁴⁷ HEM heeft echter onvoldoende toezicht gehouden op de naleving van de Whc door de intermediair en haar verkoopmedewerkers.

⁴⁴ ABRvS 22 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:90; ABRvS 4 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:288, r.o. 3.1; ABRvS 15 oktober 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BF8999.

⁴⁵ HR 21 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7938, Drijfmeest. In ABRvS 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2067, Weerselose markt bevestigt de Afdeling dat ook in het bestuursrecht moet worden uitgegaan van de drijfmeestjurisprudentie.

⁴⁶ Zie ACM/UIT/601319, randnr. 72, met verwijzing naar ACM/IN/761768.

⁴⁷ Zie ACM/IN745080, bijlage 17, 20 en 21.

51. De ACM wijst er tot slot op dat de rechtbank Rotterdam in haar uitspraak van 23 augustus 2023⁴⁸ in de vergelijkbare zaak bevestigde dat verboden gedragingen die feitelijk waren begaan door intermediairs die ten behoeve van energieleverancier DGB telefonisch klanten wierven, aan DGB konden worden toegerekend.
52. De ACM concludeert dat de hiervoor in hoofdstuk 6 tot en met 8 vastgestelde inbreuken op artikel 8.8 Whc juncto artikel 6:193d en 6:193f BW, artikel 6:193c, lid 1, onder c, BW en artikel 6:193i, aanhef en onder c, aan HEM kunnen worden toegerekend.

10. Boete

10.1. Bepalen basisboete

53. Voor de hiervoor vastgestelde overtredingen legt de ACM aan HEM een boete op. De ACM is het niet eens met de zienswijze van HEM dat het opleggen van een boete in de gegeven omstandigheden niet gepast en willekeurig zou zijn.⁴⁹ Gelet op artikel 2.9 van de Whc is de ACM in beginsel bevoegd om HEM vanwege de overtreding een bestuurlijke boete op te leggen. In het recente verleden heeft de ACM meer energieleveranciers beboet voor vergelijkbare overtredingen. Van willekeur is dan ook evenmin sprake.
54. Bij het vaststellen van de boetehoogte houdt de ACM rekening met de verwijtbaarheid van de overtreder, de ernst van de overtreding en de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd.⁵⁰ De op te leggen boete moet daarnaast evenredig zijn⁵¹ en voldoende afschrikwekkend voor zowel de overtreder als voor (potentiële) andere overtreders.
55. De Boetebeleidsregel ACM 2014 (hierna: Boetebeleidsregel) bevat nadere regels over de wijze waarop de ACM invulling geeft aan haar bevoegdheid om bestuurlijke boetes op te leggen.⁵² Op grond daarvan stelt de ACM eerst een basisboete vast.⁵³ Vervolgens kijkt de ACM of sprake is van boeteverhogende of boeteverlagende omstandigheden. Ten slotte toetst de ACM de evenredigheid van de op te leggen boete.

10.2. Verwijtbaarheid

56. De ACM kan geen boete opleggen als de overtreding de overtreder niet kan worden verweten. Verder houdt de ACM bij beboeting rekening met de mate van verwijtbaarheid.⁵⁴ De ACM concludeert op grond van het navolgende dat de geconstateerde overtredingen HEM volledig kunnen worden verweten.
57. Voorop staat de eigen verantwoordelijkheid van marktpartijen om de toepasselijke regelgeving na te leven. Daarom geldt als uitgangspunt dat HEM zelf verantwoordelijk is voor de misleiding van consumenten in de verkoopgesprekken. Zoals de ACM hiervoor in hoofdstuk 9 heeft overwogen moeten de overtredingen aan HEM worden toegerekend. De omstandigheid dat de misleiding feitelijk werd begaan door de intermediairs die de telefoongesprekken voerden, doet aan de

⁴⁸ Rechtbank Rotterdam 23 augustus 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:7534, r.o. 21.2-21.5.

⁴⁹ Zie de weergave van de zienswijze van HEM in randnrs. 14-17 uit het onderhavige besluit.

⁵⁰ Op grond van artikel 2.9 en 2.15 Whc, jo. 5:41, 5:46 Awb.

⁵¹ Artikel 3:4 Awb.

⁵² Beleidsregel van de Minister van Economische zaken van 4 juli 2014, nr. WJZ/14112617, met betrekking tot het opleggen van bestuurlijke boetes door de Autoriteit Consument en Markt (Boetebeleidsregel ACM 2014), Stcrt.2014, 19776. De Boetebeleidsregel 2014 is van toepassing op overtredingen waarvoor rapport is opgemaakt vanaf 1 augustus 2014, gewijzigd bij Beleidsregel van de Minister van Economische Zaken van 28 juni 2016, nr. WJZ/16056097, houdende wijziging van de Boetebeleidsregel ACM 2014, Stcrt. 2016 nr. 34630.

⁵³ Op grond van artikel 2.8 van de Boetebeleidsregel.

⁵⁴ Op grond van artikel 5:41 en 5:46 Awb.

verwijtbaarheid van HEM niet af. De ACM gaat dan ook voorbij aan de zienswijze van HEM dat de overtredingen haar niet kunnen worden verweten omdat niet HEM, maar de intermediairs de overtredingen feitelijk begingen.

Over het toezicht van HEM op de door haar ingeschakelde intermediairs, overweegt de ACM dat dat onvoldoende is gebleken om overtredingen te voorkomen.

10.3. Ernst van de overtreding

58. Bij de bepaling van de ernst van de overtreding is allereerst relevant dat de Whc en de bepalingen over oneerlijke handelspraktijken in het BW, beogen een hoog niveau van consumentenbescherming te bewerkstelligen en het consumentenvertrouwen te bevorderen. Het niet naleven van deze regels kan grote schade toebrengen aan individuele consumenten, maar ook aan het consumentenvertrouwen in het algemeen. Consumenten kunnen het vertrouwen in de energiebranche en de in deze branche gehanteerde verkoopkanalen verliezen wanneer energieleveranciers de consumentenregelgeving niet naleven. Dit kan eraan bijdragen dat de bereidheid van consumenten tot het afsluiten van een nieuw energiecontract afneemt en consumenten minder snel overstappen naar een andere energieleverancier. Een goed vertrouwen in de consumentenmarkt voor energie acht de ACM te meer van belang in het licht van de energietransitie. Bij de vaststelling van de boetehoogte moet worden uitgegaan van een boete die in verhouding staat tot deze factoren.
59. HEM heeft zich schuldig gemaakt aan misleiding door consumenten niet adequaat⁵⁵ te informeren over het doel van het telefoongesprek, haar identiteit en meerdere andere essentiële elementen van het aanbod. Uit de telefoongesprekken blijkt dat consumenten die specifiek vroegen naar bijvoorbeeld het doel van het gesprek, de identiteit of andere essentiële informatie, ontwijkende of onvolledige antwoorden kregen. De ACM leidt uit het geheel van de beoordeelde - 22 - gesprekken af dat HEM welbewust haar eigen commerciële belangen heeft gesteld boven die van de consumenten die zij benaderde. Hierdoor zijn consumenten daadwerkelijk misleid en is hen informatie onthouden die de gemiddelde consument nodig heeft om een geïnformeerd besluit over een transactie te kunnen nemen. Bijvoorbeeld een besluit over de vraag of hij het telefoongesprek al dan niet wilde voortzetten, of hij bereid was voor een overstap naar HEM het contract met zijn oude energieleverancier tussentijds te ontbinden en of hij al met al het aanbod van HEM wel wilde aanvaarden.
60. In het kader van de beoordeling van de ernst van de overtreding is mede van belang dat het gaat om energiecontracten en dat dat complexe 'producten' zijn waarbij een groot aantal factoren voor de consument van invloed is om wel of niet een nieuw contract aan te gaan. Zoals een goed inzicht in de tarieven, terwijl die tarieven complex zijn omdat zij uit meerdere elementen zijn opgebouwd en het voor de consument moeilijk te overzien is wat voor gevolgen een aangeboden energiecontract heeft voor zijn portemonnee. Daarnaast is de voorziening van energie een primaire levensbehoefte van de consument.
61. Verder heeft HEM in een aantal gevallen consumenten die aangaven niet op het aanbod te willen ingaan, geprobeerd over te halen. Daarbij is hardnekkig en ongewenst aangedrongen en op de consument ingepraat om toch het aangeboden energiecontract te aanvaarden. Dit is een agressieve manier van klantwerving.

⁵⁵ Met adequaat wordt in dezen bedoeld dat de informatie niet, niet op begrijpelijke en ondubbelzinnige wijze, dan wel laat is verstrekt.

62. De ACM heeft reeds bijna een half jaar voor de start van het onderzoek naar HEM, handhavend opgetreden tegen andere energieleveranciers vanwege vergelijkbare overtredingen.⁵⁶ Hierom had HEM zich ook bewust moeten zijn van het feit dat de betreffende oneerlijke handelspraktijken bij telefonische verkoop van energiecontracten een overtreding van artikel 8.8 Whc zijn. Hieruit volgt des te meer de verantwoordelijkheid van HEM. HEM dient te zorgen dat tussenpersonen die zij inschakelt voor haar verkoopprocessen zich houden aan de toepasselijke wetgeving. Ook dient HEM te voorkomen dat die tussenpersonen zich in haar naam schuldig maken aan oneerlijke handelspraktijken. Met name ernstig is dan ook dat HEM bekend moet zijn geweest met de uitwerking van haar wervingspraktijken. Uit het dossier blijkt dat niet alleen de ACM⁵⁷, maar ook HEM zelf klachten ontving over de telefonische werving.⁵⁸ Verder staan op het reviewplatform Trustpilot grote aantallen negatieve reviews over HEM en heeft HEM op een aanzienlijk deel daarvan gereageerd.⁵⁹ De ACM heeft de overtreding weliswaar vastgesteld aan de hand van 22 beoordeelde telefoongesprekken, maar uit de klachten bij HEM en op Trustpilot en ook de bij de ACM ontvangen meldingen kan worden afgeleid dat de misleiding wijdverbreid moet zijn geweest en vele consumenten heeft geraakt. Naar het oordeel van de ACM is HEM ernstig tekortgeschoten in haar verantwoordelijkheid voor de naleving van de Whc door de intermediair en de door haar ingeschakelde verkoopmedewerkers.
63. Verder is voor de ACM relevant voor het bepalen van de mate van ernst van de overtredingen, dat bij meerdere verkoopgesprekken bleek dat consumenten onervaren, kwetsbaar of niet geïnteresseerd in een nieuw contract waren.⁶⁰ Dit zag bijvoorbeeld op de onervarenheid van consumenten met de digitale weg, maar ook op kwetsbaarheden als gevolg van ouderdom of hardnekkig aandringen tijdens de telefoongesprekken.⁶¹ De verkoopmedewerkers hebben de verkoop van energiecontracten doorgezet, zonder zich ervan te vergewissen of de consument bevoegd was een energiecontract aan te gaan of de inhoud van het energiecontract voldoende begreep.
64. Tot slot is relevant dat HEM in de energiecontracten die zij aanbood tarieven hanteerde die ver boven het door de overheid vastgestelde prijsplafond en ver boven tarieven van andere energieleveranciers lagen.⁶² Daardoor zitten consumenten die door de oneerlijke handelspraktijken van HEM een energiecontract zijn aangegaan ook vast aan deze hogere tarieven. Sinds het einde van het prijsplafond 1 januari 2024 ondervindt de consument hiervan direct nadeel. Voorheen was dit de overheid via subsidiering van de tarieven boven het prijsplafond.
65. Op grond van het voorgaande kwalificeert de ACM de in dit besluit vastgestelde overtredingen, bestaande uit misleidende omissies, misleidende handelspraktijken en agressieve handelspraktijken als zeer ernstige overtredingen.

10.4. Conclusie over basisboete

66. Op grond van de Boetebeleidsregel stelt de ACM een basisboete vast binnen de bandbreedte van de boetecategorie waarin de overtreden bepaling is ingedeeld.⁶³ De artikelen 6:193c en 6:193d BW

⁵⁶ Zie het boetebesluit door de ACM aan DGB energie, hier; <https://www.acm.nl/nl/publicaties/de-acm-beboet-dgb-energie-voor-misleiding-van-consumenten>; en het boetebesluit voor Budget Thuis voor misleiding van consumenten, hier; <https://www.acm.nl/nl/publicaties/boete-budget-thuis-voor-misleiding-van-consumenten>.

⁵⁷ Zie ACM/UIT/601319, randnr. 2 en 4.

⁵⁸ Zie ACM/UIT/601319, randnr. 71, met verwijzing naar ACM/IN/745080 (bijlagen 17 en 20 t/m 22).

⁵⁹ Zie ACM/UIT/601319, randnr. 70, met verwijzing naar ACM/UIT/602229.

⁶⁰ Zie ACM/UIT/601319, randnr. 79, met verwijzing naar ACM/IN/745080.

⁶¹ Zie bijvoorbeeld in uitgewerkt gesprek nr. 22 in de bijlage van het rapport (ACM/UIT/601319).

⁶² Sinds februari 2023 worden de gehanteerde tarieven door energieleveranciers gepubliceerd in de Monitor Consumentenmarkt Energie, zie hiervoor:

<https://public.tableau.com/app/profile/autoriteit.consument.en.markt/viz/MonitorConsumentenmarktEnergie/Overdemonitor>.

⁶³ Zie hiertoe de in artikel 2.5, eerste lid van de Boetebeleidsregel gehanteerde categorieën, de bijlage bij artikel 2.5, tweede lid en artikel 2.7, derde lid, van de Boetebeleidsregel 2014. Bij de indeling van een wettelijke bepaling in een bepaalde boetecategorie is aansluiting gezocht bij het belang dat wordt beschermd door deze bepaling, in relatie tot de wet waarvan deze

zijn ingedeeld in boetecategorie III. Artikel 6:193i BW is ingedeeld in boetecategorie IV. De bandbreedte waarbinnen de basisboete wordt vastgesteld is daarmee 300.000 euro tot 650.000 euro.⁶⁴ De ACM vindt dat een basisboete binnen deze bandbreedte geen recht doet aan de grote ernst van de overtredingen zoals hiervoor beschreven. Daarom stelt de ACM de basisboete vast binnen de bandbreedte behorend bij de naaste hogere boetecategorie, boetecategorie V.

67. De bandbreedte waarbinnen de basisboete behorend bij boetecategorie V wordt vastgesteld is 400.000 euro tot [VERTROUWELIJK] euro. De ACM is daarbij uitgegaan van de jaaromzet van 2022 die door HEM opgegeven is van [VERTROUWELIJK] euro. Gelet op de ernst van de gedragingen, de mate van verwijtbaarheid van HEM en de omstandigheden waaronder de overtredingen zijn gepleegd, stelt de ACM de basisboete vast op 1.100.000 euro.

10.5. Boeteverlagende of -verhogende omstandigheden

68. De ACM is niet gebleken van feiten of omstandigheden die de ACM nopen tot matiging van de basisboete.⁶⁵ Anders dan HEM in haar zienswijze stelt, rechtvaardigen (nog te nemen) compliancemaatregelen niet een matiging van de boete. De compliancemaatregelen zijn er immers op gericht dat HEM aan de geldende wet- en regelgeving voldoet.

10.6. Evenredigheid

69. De ACM acht de basisboetes passend en geboden in relatie tot de ernst van de overtredingen en de bij de ACM bekende omstandigheden. De ACM dient ook de omstandigheden waarin de overtreder verkeert in aanmerking te nemen bij het vaststellen van een evenredige boete. Met het oog daarop heeft de ACM HEM gevraagd om inzicht te geven in haar financiële situatie.
70. De ACM is van oordeel dat een onderneming met een jaaromzet in de orde van grootte van de door HEM genoemde omzet van [VERTROUWELIJK] euro, een boete van 1.100.000 euro moet kunnen dragen. Daarbij is het niet aannemelijk dat HEM door de boete niet meer kan voldoen aan haar, op grond van de leveringsvergunning geldende financiële vereisten ten aanzien van solvabiliteit en liquiditeit.

deel uitmaakt. Naarmate aan dit belang een groter gewicht moet worden toegekend, is een hogere boete gerechtvaardigd bij overtreding van de wettelijke bepaling die dit belang beschermt.

⁶⁴ Of een bandbreedte van 0,75 ‰ tot 7,5 ‰ van de omzet indien dat meer is. Nu HEM heeft aangegeven dat haar netto-omzet in 2022; [VERTROUWELIJK] euro bedroeg, zijn deze promillages hier niet van toepassing.

⁶⁵ Artikel 2.9 en 2.10 van de Boetebeleidsregel.

11. Besluit

De Autoriteit Consument en Markt:

- legt een boete op van 1.100.000 euro aan Allround Hollands Energie B.V., statutair gevestigd te Amsterdam, wegens overtreding van artikel 8.8 Whc jo. artikel 6:193d BW, en 6:193f BW, artikel 6:193c, lid 1, onder c, BW en artikel 6:193i, aanhef en onder c, BW.

Den Haag, **05 maart 2024**

Autoriteit Consument en Markt,
namens deze:

w.g.

drs. M.R. Leijten
bestuurslid

*Als u belanghebbende bent, kunt u bezwaar maken tegen dit besluit. Stuur uw gemotiveerde bezwaarschrift naar de Autoriteit Consument en Markt, Juridische Zaken, postbus 16326, 2500 BH Den Haag. Graag ontvangen wij uw bezwaarschrift **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 I – Juridisch Kader

Instellingswet Autoriteit Consument en Markt

Artikel 12h, eerste lid

Onverminderd artikel 5:45 van de Algemene wet bestuursrecht vervalt de bevoegdheid van de Autoriteit Consument en Markt tot het opleggen van een bestuurlijke boete of een last onder dwangsom aan een marktorganisatie, indien de Autoriteit Consument en Markt op aanvraag van die marktorganisatie besluit tot het bindend verklaren van een door die marktorganisatie gedane toezegging.

Wet handhaving consumentenbescherming

Artikel 1.1, aanhef en onder f

In deze wet en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder:

- f. inbreuk: elke overtreding van een wettelijke bepaling als bedoeld in de bijlage bij deze wet, welke schade toebrengt of kan toebrengen aan de collectieve belangen van consumenten;

Artikel 2.9

Indien de Autoriteit Consument en Markt van oordeel is dat een inbreuk of intracommunautaire inbreuk heeft plaatsgevonden, kan zij de overtreder opleggen: a. een last onder dwangsom; b. een bestuurlijke boete.

Artikel 2.15

1. De bestuurlijke boete, bedoeld in artikel 2.9, bedraagt ten hoogste € 900.000 of, indien dat meer is, 1% van de omzet van de overtreder.
2. In afwijking van het eerste lid bedraagt de bestuurlijke boete, bedoeld in artikel 2.9, in geval van overtreding van artikel 8.8, voor zover het een oneerlijke handelspraktijk betreft als bedoeld in artikel 193g of artikel 193i van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek, ten hoogste € 900.000 of, indien dat meer is, 10% van de omzet van de overtreder.
3. De bestuurlijke boete die ingevolge het eerste of tweede lid ten hoogste kan worden opgelegd wordt verhoogd met 100%, indien binnen een tijdvak van vijf jaar voorafgaand aan de dagtekening van het van de overtreding opgemaakte rapport, bedoeld in artikel 5:48, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht, een aan die overtreder voor een eerdere overtreding van eenzelfde of een soortgelijk wettelijk voorschrift opgelegde bestuurlijke boete onherroepelijk is geworden.

Artikel 8.8

Het is een handelaar als bedoeld in artikel 193a, eerste lid, onderdeel b, van Boek 6 van het Burgerlijk wetboek niet toegestaan oneerlijke handelspraktijken te verrichten als bedoeld in Afdeling 3A van Titel 3 van dat boek.

Burgerlijk Wetboek

Artikel 6:193b, tweede lid

Een handelspraktijk is oneerlijk indien een handelaar handelt:

- a. in strijd met de vereisten van professionele toewijding, en
- b. het vermogen van de gemiddelde consument om een geïnformeerd besluit te nemen merkbaar is beperkt of kan worden beperkt, waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen.

Artikel 6:193c, eerste lid

Een handelspraktijk is misleidend indien informatie wordt verstrekt die feitelijk onjuist is of die de gemiddelde consument misleidt of kan misleiden, al dan niet door de algemene presentatie van de informatie, zoals ten aanzien van (...)

- c. de verplichtingen van de handelaar, de motieven voor de handelspraktijk en de aard van het verkoopproces, een verklaring of een symbool in verband met directe of indirecte sponsoring of erkenning van de handelaar of het product; (...)

Artikel 6:193d

1. Een handelspraktijk is bovendien misleidend indien er sprake is van een misleidende omissie.
2. Een misleidende omissie is iedere handelspraktijk waarbij essentiële informatie welke de gemiddelde consument nodig heeft om een geïnformeerd besluit over een transactie te nemen, wordt weggelaten, waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen.
3. Van een misleidende omissie is eveneens sprake indien essentiële informatie als bedoeld in lid 2 verborgen wordt gehouden of op onduidelijke, onbegrijpelijke, dubbelzinnige wijze dan wel laat verstrekt wordt, of het commerciële oogmerk, indien dit niet reeds duidelijk uit de context blijkt, niet laat blijken, waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen.
4. Bij de beoordeling of essentiële informatie is weggelaten of verborgen is gehouden worden de feitelijke context, de beperkingen van het communicatiemedium alsook de maatregelen die zijn genomen om de informatie langs andere wegen ter beschikking van de consument te stellen, in aanmerking genomen.

Artikel 6:193e

In het geval van een uitnodiging tot aankoop is de volgende informatie, voor zover deze niet reeds uit de context blijkt, essentieel als bedoeld in artikel 193d lid 2:

- a. de voornaamste kenmerken van het product, in de mate waarin dit gezien het medium en het product passend is;
- b. de identiteit en het geografisch adres van de handelaar, zijn handelsnaam en, in voorkomend geval, de identiteit en het geografisch adres van de handelaar namens wie hij optreedt;
- c. de prijs, inclusief belastingen, of, als het om een product gaat waarvan de prijs redelijkerwijs niet vooraf kan worden berekend, de manier waarop de prijs wordt berekend en, in voorkomend geval, de extra vracht-, leverings- of portokosten of, indien deze kosten redelijkerwijs niet vooraf kunnen worden berekend, het feit dat deze extra kosten moeten worden betaald;
- d. de wijze van betaling, levering, uitvoering en het beleid inzake klachtenbehandeling, indien deze afwijken van de vereisten van professionele toewijding; en
- e. indien er recht op herroeping of annulering is, het bestaan van dit recht.

Artikel 6:193i, aanhef en onder c

De volgende handelspraktijken zijn onder alle omstandigheden agressief:

- d. hardnekkig en ongewenst aandringen per telefoon, fax, e-mail of andere afstandsmedia tenzij, voorzover wettelijk gerechtvaardigd, wordt beoogd een contractuele verplichting te doen naleven.