



Besluit

Beslissing op bezwaar maximumtarieven HEM Energie

Ons kenmerk : ACM/UIT/611765
Zaaknummer : ACM/23/186408
Datum : **13 maart 2024**

1. Samenvatting

In dit besluit verklaart de Autoriteit Consument & Markt (ACM) het bezwaar van Allround Hollands Energie B.V. (handelend onder de naam Hollandse Energie Maatschappij, hierna: HEM) tegen het besluit van de ACM van 25 september 2023 ongegrond. In het bestreden besluit heeft de ACM geconstateerd dat HEM de elektriciteitswet 1998 en de Gaswet heeft overtreden door onredelijke tarieven te hanteren voor de levering van elektriciteit en gas aan kleinverbruikers. Deze tarieven lagen gemiddeld twee keer zo hoog als het marktgemiddelde. De ACM heeft daarom tarieven opgelegd aan HEM die zij maximaal mag berekenen voor de onredelijk bevonden tarieven. In dit besluit oordeelt de ACM dat zij bevoegd was tot het opleggen van maximumtarieven en dat de gehanteerde methode voor de beoordeling van de tarieven van HEM zorgvuldig was. De ACM verklaart de bezwaren van HEM daarom ongegrond en komt tot de conclusie dat HEM inderdaad onredelijke tarieven hanteerde in de periode 1 januari tot en met 1 juni 2023 voor de in het bestreden besluit genoemde elektriciteits- en gasproducten. Daarnaast verklaart de ACM het bezwaar tegen het besluit van 9 oktober 2023 over de openbaarmaking van het bestreden besluit ongegrond.

2. Verloop van de procedure

1. In het bestreden besluit van 25 september 2023 (het maximumtariefbesluit, hierna: MTB) heeft de ACM geconstateerd dat HEM onredelijke tarieven hanteert voor een aantal elektriciteits- en gasproducten.¹ De ACM heeft daarom besloten maximumtarieven vast te stellen voor deze producten. Dit besluit is een uitvloeisel van de zogenoemde vangnetregeling, neergelegd in artikel 95b, eerste tot en met zesde lid, van de Elektriciteitswet 1998 (E-wet) en artikel 44, eerste tot en met zesde lid, Gaswet. Bij besluit van 9 oktober 2023 (hierna: het publicatiebesluit) heeft de ACM besloten om het MTB openbaar te maken.²
2. Per brief van 23 oktober 2023 heeft HEM pro-forma bezwaar gemaakt tegen het publicatiebesluit en per brief van 3 november 2023 tegen het MTB. Op 24 november 2023 heeft HEM haar bezwaar tegen het MTB en het publicatiebesluit aangevuld.
3. Voorts heeft HEM de voorzieningenrechter op 23 oktober 2023 verzocht een voorlopige voorzieningen te treffen voor het publicatiebesluit en op 28 november 2023 voor het MTB. Op 15 december 2023 heeft de zitting bij de voorzieningenrechter van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBb) plaatsgevonden. Op 22 december 2023 heeft de voorzieningenrechter uitspraak gedaan en het MTB en het publicatiebesluit geschorst tot de besluiten onherroepelijk zijn geworden.

¹ ACM/UIT/603740.

² ACM/UIT/606159.

4. Op 11 januari 2024 vond een hoorzitting plaats waarbij HEM haar bezwaargronden nader heeft toegelicht. Ook vond op 11 januari 2024 een dataroom plaats waarbij de gemachtigden van HEM inzage hebben gekregen in het definitieve rekenmodel dat de ACM in de primaire besluitvormingsfase heeft gebruikt voor de beoordeling van de tarieven van HEM.³ Deze dataroom was een aanvulling op een eerdere dataroom die plaatsvond tijdens de primaire besluitvorming waarbij HEM inzicht heeft gekregen in het rekenmodel dat is gebruikt voor het concept-maximumtariefbesluit van 31 juli 2023⁴. HEM heeft op 30 januari 2024 haar bezwaargronden aangevuld naar aanleiding van de dataroom van 11 januari 2024.⁵
5. Naar aanleiding van de hoorzitting heeft de ACM per brief van 16 januari 2024 aan HEM de mogelijkheid gegeven tot het indienen van aanvullende cijfermatige informatie over de tariefopbouw. HEM heeft deze informatie op 30 januari 2024 aangeleverd.⁶ Naar aanleiding van de door HEM aangeleverde informatie over haar tariefopbouw en de aanvulling van haar bezwaargronden naar aanleiding van de dataroom, heeft de bezwaarcommissie op 2 februari 2024 vragen gesteld aan de toezichtdirectie die verantwoordelijk was voor de totstandkoming van het MTB. De toezichtdirectie heeft deze vragen op 23 februari 2023 beantwoord.⁷ De bezwaarcommissie heeft de reactie van de toezichtdirectie op deze zelfde datum toegestuurd aan HEM.⁸

3. Achtergrond primaire besluitvorming

6. De ACM heeft onderzoek ingesteld naar de tarieven van HEM met ingangsdata in de periode 1 januari 2023 tot en met 1 juni 2023. Dit naar aanleiding van de constatering dat uit de Monitor Consumentenmarkt Energie van de ACM bleek dat een groot aantal tarieven van HEM ver boven het marktgemiddelde lagen (zie figuur 1 hieronder). In het onderzoek stond de vraag centraal of de tarieven van HEM redelijk zijn in het licht van de vangnetregeling. Uit de vangnetregeling vloeit voort dat sprake kan zijn van onredelijke tarieven indien "*daarin de effecten van een doelmatige bedrijfsvoering, die mede inhoudt de inkoop van elektriciteit en/of gas en van energiebronnen bestemd voor opwekking daarvan, in onvoldoende mate leiden tot kostenverlaging*".⁹ Ten behoeve van het onderzoek heeft de ACM een bedrijfsbezoek bij HEM afgelegd en informatie over de opbouw van de tarieven van HEM gevorderd. Op deze manier heeft de ACM geprobeerd te achterhalen hoe de tarieven van HEM tot stand zijn gekomen en of de door HEM gehanteerde tariefopbouw redelijk is.
7. Om de tarieven van HEM te beoordelen heeft de ACM gebruik gemaakt van een vergelijking met actuele gegevens over de opbouw van elektriciteits- en gastarieven op de Nederlandse kleinverbruikersmarkt. Deze gegevens bestaan uit tariefinformatie die de ACM begin 2023 heeft verkregen uit bedrijfsbezoeken bij de grootste zes energieleveranciers die actief zijn op de Nederlandse kleinverbruikersmarkt (hierna: de G6).¹⁰ De ACM onderscheidt in haar beoordelingsmethode drie componenten waaruit de tarieven van een energieleverancier zijn opgebouwd: (1) de inkoopprijs, (2) inkoopopslagen en (3) de brutomarge. De inkoopprijs is de prijs die een leverancier voor de eenheden energie betaalt aan een energieproducent of handelaar. De inkoopopslagen zijn opslagen voor kosten die direct met de omzet van de energieleverancier verband houden. Vaak worden deze ook aangeduid als risico-opslagen, omdat deze opslagen dienen om risico's af te dekken die gepaard gaan met bijvoorbeeld de inkoop en levering van energie. Uit de resterende brutomarge worden alle kosten

³ ACM/INT/481136.

⁴ ACM/UIT/602001.

⁵ ACM/IN/840725.

⁶ ACM/IN/840725 en ACM/IN/840721.

⁷ ACM/IN/846731.

⁸ ACM/UIT/615198.

⁹ Vgl. artikel 95b, derde lid, E-wet en artikel 44, derde lid, Gaswet.

¹⁰ Zie ook: ACM, 1 maart 2023, "3 grootste energieleveranciers hanteren geen onredelijke kosten", raadpleegbaar via: <https://www.acm.nl/system/files/documents/onderzoek-geen-onredelijke-prijzen-grootste-drie-energieleveranciers.pdf> en ACM, 4 mei 2023, "Geen onredelijke prijzen Budget Thuis, Greenchoice en ENGIE", raadpleegbaar via: <https://www.acm.nl/system/files/documents/geen-onredelijke-prijzen-budget-thuis-greenchoice-en-engie.pdf>.

gedekt die niet direct met de omzet verband houden maar die verband houden met bedrijfsvoeringskosten. Ook is er een winstmarge in de brutomarge opgenomen.

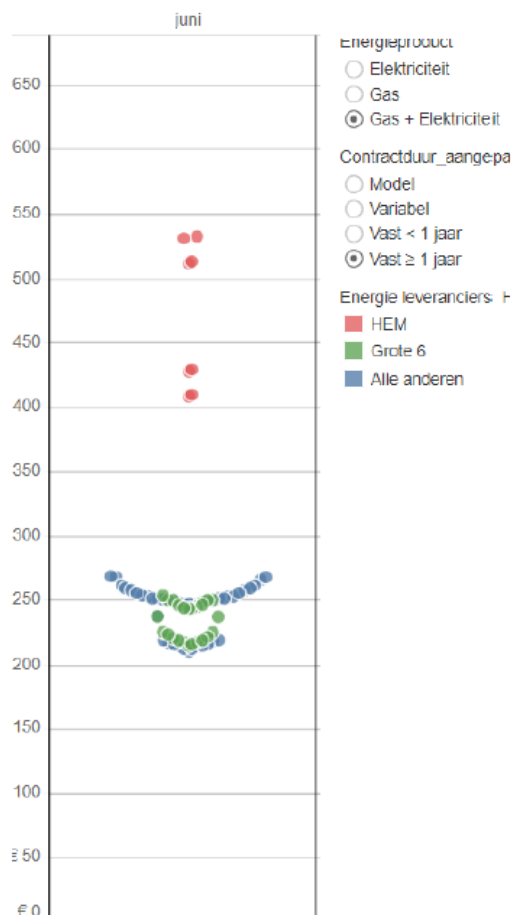
8. De ACM heeft in haar beoordeling voornoemde tariefcomponenten uit de tarieven van HEM vergeleken met de gemiddelden van de tariefcomponenten die de G6 hanteerden. Uit deze beoordeling bleek dat de inkoopkosten van HEM in lijn lagen met de gemiddelde inkoopkosten van de G6 en ook in lijn lagen met de prijzen op de inkoopmarkt voor energie. De ACM heeft de hoogte van deze tariefcomponent van HEM daarom redelijk bevonden. De andere twee tariefcomponenten - de inkoopopslagen en de brutomarge - zijn vele malen hoger dan de gemiddelden die de G6 hanteerden. De inkoopopslagen lagen namelijk bij elektriciteit gemiddeld [VERTROUWELIJK] en bij gas [VERTROUWELIJK] hoger dan de G6 en de gemiddelde brutomarge van HEM bij elektriciteit was [VERTROUWELIJK] en bij gas [VERTROUWELIJK] hoger dan de gemiddelde brutomarge bij de G6¹¹. De ACM heeft HEM daarom verzocht de hoogte van deze kostenposten nader te onderbouwen om zo te beoordelen of deze redelijk en daarmee gerechtvaardigd zijn als bedoeld in artikel 95b, derde lid, E-wet en artikel 44, derde lid, Gaswet. In het MTB stelt de ACM dat HEM vervolgens geen onderbouwing heeft gegeven waaruit de redelijkheid van haar tarieven blijkt. Vanwege het gebrek aan deze onderbouwing heeft de ACM de betreffende tarieven van HEM in het MTB onredelijk verklaard en daarmee geconstateerd dat HEM artikel 95b, eerste lid, E-wet en artikel 44, eerste lid, Gaswet heeft overtreden. Om deze overtreding te corrigeren heeft de ACM de tarieven van HEM gemaximeerd naar een lager niveau middels het MTB van 25 september 2023. De tarieven van HEM zijn hiermee van rechtswege vastgesteld op de in het MTB vastgestelde dit maximumbedragen.¹²
9. De werking en de publicatie van het MTB is vervolgens geschorst door de uitspraak van de voorzieningenrechter van het CBb van 22 december 2023.¹³ De voorzieningenrechter oordeelde, kort gezegd, dat:
- er twijfel is of het MTB in lijn is met artikel 5 van Richtlijn 2019/944 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en tot wijziging van Richtlijn 2012/27/EU (hierna: Elektriciteitsrichtlijn);
 - er sprake is van mogelijke samenloop tussen het beschermingsbereik van het prijsplafond van de Nederlandse regering en het MTB, en;
 - er twijfel bestaat over de grondslag van het publicatiebesluit van de ACM.

Dit heeft tot gevolg dat de werking en de publicatie van het MTB zijn geschorst. Afnemers die de onredelijk bevonden tarieven van HEM afnemen zijn daarmee nog steeds gebonden aan deze tarieven.

¹¹ Gebaseerd op de getallen die volgen uit het definitieve rekenmodel dat ten grondslag ligt aan het MTB (ACM/INT/481136). Zie ook randnummers 34 en 41 van het MTB. In randnummer 34 van het MTB wordt voor de procentuele verschillen tussen de inkoop-opslagen van HEM en de G6 ten onrechte uitgegaan van uitkomsten uit het concept-rekenmodel. De correcte percentages uit het definitieve beoordelingsmodel worden in deze beslissing op bezwaar genoemd.

¹² Conform art. 95b, vierde lid, E-wet en art. 44, vierde lid, Gaswet.

¹³ Uitspraak van het CBb van 22 december 2023 in zaaknummers 23/1868 en 23/1960.



Figuur 1: Monitor Consumentenmarkt Energie juni 2023. Maandkosten (in euro) van vaste contracten voor de maand juni van alle energieleveranciers, waarbij HEM roodgekleurd is. De tarieven van de overige leveranciers zijn in groen en blauw weergegeven.

4. Bezwaargronden

10. HEM stelt dat het MTB onrechtmatig is. Volgens HEM is de ACM niet bevoegd om maximumtarieven op te leggen. Daarnaast is de ACM niet bevoegd om ex-post maximumtarieven vast te stellen. Voorts stelt HEM dat de ACM haar vermeende bevoegdheid voor een ander doel inzet dan waarvoor deze is bedoeld en dat de ACM de maximumtarieven op een onjuiste manier heeft vastgesteld. Ook heeft de ACM gehandeld in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en specifiek stelt HEM dat de ACM onzorgvuldig heeft gehandeld. Als laatste twijfelt HEM of de ACM in het publicatiebesluit de juiste grondslag heeft vermeld en geeft HEM aan dat zij onevenredig nadeel zou ondervinden door openbaarmaking van het MTB.
11. In het volgende hoofdstuk zal de ACM deze bezwaren beoordelen. Bij die beoordeling zal de ACM waar nodig het standpunt van HEM nader uiteenzetten.

5. Beoordeling bezwaar door ACM

5.1. Bevoegdheid ACM tot vaststelling maximumtarieven

12. Allereerst betoogt HEM dat de ACM niet bevoegd is om maximumtarieven op te leggen om de volgende redenen:

- de vangnetregeling is niet langer noodzakelijk in een geheel geliberaliseerde markt;
- de wetgever is voornemens de vangnetregeling af te schaffen in de nieuwe Energiewet;
- de Elektriciteitsrichtlijn verbiedt de oplegging van generieke maximumtarieven via het regime van de vangnetregeling; en
- het ingrijpen door middel van een MTB is naast het al geldende prijsplafond niet proportioneel.

De ACM zal hieronder uitleggen waarom dit betoog van HEM niet slaagt.

5.1.1. De ACM heeft nog steeds een bevoegdheid onder de vangnetregeling

13. Sinds de liberalisering van de kleinverbruikersmarkt zijn steeds meer leveranciers tot de markt toegetreden. In april 2023 waren er 59 leveranciers die elektriciteit en gas leveren aan kleinverbruikers.¹⁴ Ook kenmerkt de markt zich door een aanzienlijk aantal overstappers, alhoewel dit aantal tijdens de energiecrisis 2021-2023 is afgenomen.¹⁵ Deze veranderende marktomstandigheden nemen echter niet weg dat de vangnetregeling nog steeds noodzakelijk is om kleinverbruikers te beschermen tegen onredelijke tarieven van leveranciers. Zo is in de afgelopen jaren gebleken dat ondanks de veranderende markt kleinverbruikers te maken hebben met sterk fluctuerende energieprijzen. Het is daarom van belang dat de ACM haar toezichtsbevoegdheid kan blijven uitoefenen ten behoeve van kleinverbruikers; een groep afnemers aan wie de wetgever aanvullende bescherming heeft willen toekennen. Dit geldt des te meer omdat de levering van energie een primaire levensbehoefte is.
14. Het laten vervallen van de vangnetregeling is een uitdrukkelijke keuze van de wetgever.¹⁶ Zoals HEM in haar bezwaargronden aanstipt kan de vangnetregeling bij koninklijk besluit vervallen.¹⁷ Tot op heden heeft de wetgever geen gebruik gemaakt van deze mogelijkheid. Daarmee heeft de ACM dus nog steeds de wettelijke taak om de redelijkheid van tarieven te controleren en zo nodig in te grijpen indien een tarief onredelijk blijkt. Bovendien is het huidige wetsvoorstel voor een nieuwe Energiewet nog geen aangenomen wet. Of de toekomstige Energiewet.¹⁸ een bepaling vergelijkbaar aan de vangnetregeling zal bevatten zal onderwerp zijn van parlementair debat. Hiervan staat de uitkomst nog niet vast.
15. In dit verband wijst de ACM erop dat de wetgever het wetsvoorstel voor de Energiewet in februari 2024 heeft aangepast op het punt van het tarieventoezicht.¹⁹ In tegenstelling tot het eerdere wetsvoorstel heeft de wetgever ervoor gekozen om in het voorgestelde artikel 2.5 de plicht voor leveranciers om tegen redelijke prijzen elektriciteit en gas te leveren te handhaven. De bijbehorende nota van wijziging luidt (onderstreping toegevoegd door de ACM):

“Artikel 2.5 wordt als volgt gewijzigd:

- 1. In het eerste lid wordt “transparante prijzen” vervangen door “transparante en redelijke prijzen”.*
- 2. Na het eerste lid wordt, onder vernummering van het tweede tot en met vierde lid tot derde tot en met vijfde lid, een lid ingevoegd, luidende:*
 - a. onevenredig hoog is gezien de kosten van de leverancier, en*
 - b. niet concurrerend is.”*

¹⁴ ACM, Energiemonitor Klantbeleving – 2023, <https://www.acm.nl/nl/publicaties/energiemonitor-klantbeleving-2023>.

¹⁵ Motivation (in opdracht van ACM), Consumentenonderzoek energiemonitor 2023, p. 13, <https://www.acm.nl/system/files/documents/consumentenonderzoek-motivation-energiemonitor-2023.pdf> en ACM, Monitor Consumentenmarkt Energie, overstapgedrag, raadpleegbaar via: <https://www.acm.nl/nl/energiemonitor>.

¹⁶ Zie zo ook de uitspraak van het CBb van 3 maart 2020, r.o. 4.2.1, ECLI:NL:CBB:2020:119.

¹⁷ Met verwijzing naar artikel 95b, zesde lid, E-wet en artikel 44, zesde lid, Gaswet.

¹⁸ Tweede kamer, vergaderjaar 2022/2023, 36378, nr. 2 en 3.

¹⁹ Nota van Wijziging van 14 februari 2024, “Regels over energiemarkten en energiesystemen (Energiewet)”, Vergaderjaar 2023-2024, 36 378, nr. 11, p. 3. Raadpleegbaar via: <https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/wetsvoorstellen/detail?cfg=wetsvoorsteldetails&qry=wetsvoorstel%3A36378#activity-2023A07430>.

16. Om dit vereiste van redelijke tarieven te handhaven krijgt de ACM de bevoegdheid om een boete of een last onder dwangsom op te leggen wanneer een leverancier onredelijke prijzen hanteert. In de toelichting bij de nota van wijziging²⁰ licht de wetgever toe dat tijdens de onderhandelingen voor een Europese herziene Gasrichtlijn²¹ het begrip ‘redelijke prijzen’ wordt gehandhaafd. Dit is voor de wetgever aanleiding om dit begrip ook in de Energiewet te handhaven en de ACM bevoegdheden te geven om hierop toe te zien. De wetgever merkt verder het volgende op in de bijgaande nota van toelichting:

“Gelet op het feit dat vrije prijsvorming het uitgangspunt is in beide richtlijnen wordt het vereiste van redelijke prijzen om consumenten effectief te kunnen beschermen inhoudelijk uitgewerkt als een verbod op excessief hoge prijzen. In beginsel dient van een goed functionerende en transparante markt voldoende disciplinerende werking uit te gaan om onredelijke prijzen te voorkomen. De consument heeft immers de vrijheid om zelf een leverancier te kiezen en de mogelijkheid om leveranciers met elkaar te vergelijken. Met het vereiste van redelijke prijzen kan de ACM ingrijpen in gevallen wanneer de marktwerking en de bevordering van transparantie en mogelijkheden tot vergelijking onredelijke prijzen niet heeft kunnen voorkomen.

Een prijs is niet redelijk indien die onevenredig hoog is in verhouding tot de kosten van de leverancier. Tevens moet er sprake zijn van een prijs die gelet op de marktomstandigheden niet concurrerend en marktconform. Bij een vergelijking met het aanbod van andere marktpartijen dienen uiteraard eventuele verschillen in kenmerken en voorwaarden van de te vergelijken contracten in aanmerking worden genomen.

Bij overtreding van het vereiste van redelijke prijzen door een leverancier heeft de ACM, net als bij de handhaving van het overige tariefvereisten de mogelijkheid om een boete of een dwangsom op te leggen. Aangezien de beide richtlijnen prijsregulering in een geliberaliseerde markt in beginsel niet toestaan vanwege de verstoring van de effectieve werking van de markt en uitzonderingen beperkt zijn tot de gevallen hiervoor genoemd, wordt de huidige bevoegdheid van de ACM om bij overtreding aan de leverancier een maximumprijs op te leggen niet overgenomen in het wetsvoorstel.”

17. Alhoewel dus nog geen aangenomen wet, voorziet de voorgenomen Energiewet middels de recente nota van wijziging nog steeds in een mogelijkheid voor de ACM om in te grijpen indien leveranciers onredelijke prijzen te hanteren in de vorm van een boete of een last onder dwangsom. De nota van toelichting benadrukt dat het hierbij moet gaan om excessieve prijzen en dat een dergelijk instrument pas wordt ingezet indien de marktwerking en de bevordering van transparantie niet hebben geholpen. Van een dergelijke situatie is ook in deze zaak sprake: de tarieven van HEM liggen ondanks de marktwerking ver boven het gemiddelde van de markt en andere maatregelen om kleinverbruikers te weerhouden van het afnemen van deze tarieven bieden geen soelaas (zie ook randnummer 34 verderop). Ondanks dat de nota van wijziging net als het eerdere wetsvoorstel strekt tot afschaffing van de maximumtariefbevoegdheid is er sprake van een verruiming van de bevoegdheden van de ACM op het gebied van het tarieventoezicht en erkent ook de wetgever dat de Elektriciteitsrichtlijn en aankomende Gasrichtlijn deze mogelijkheden bieden.

²⁰ Zie voetnoot 19, p. 21.

²¹ 20 februari 2024, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on common rules for the internal markets in renewable and natural gases and in hydrogen (recast), raadpleegbaar via: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=consil%3AST_6798_2024_INIT.

5.1.2. De ACM is ook op grond van de Elektriciteitsrichtlijn bevoegd tot het opleggen van maximumtarieven

18. HEM betoogt dat de Elektriciteitsrichtlijn de oplegging van de maximumtarieven verbiedt. HEM verwijst hierbij specifiek naar artikelen 5(3) en 5(4) en overwegingen 22 en 23 van de Elektriciteitsrichtlijn. Ook zou de ACM niet uit de breed geformuleerde, algemene bevoegdheden voor lidstaten die uit de Elektriciteitsrichtlijn volgen, een specifieke bevoegdheid voor een regulerende instantie tot oplegging van maximumtarieven mogen afleiden. Bovendien heeft ook de voorzieningenrechter haar twijfel uitgesproken over de conformiteit van het ingrijpen van de ACM met het uitgangspunt van artikel 5 van de Elektriciteitsrichtlijn dat leveranciers vrij zijn om hun leveringsprijzen aan afnemers vast te stellen. Dit betoog faalt.
19. Alvorens op het betoog van HEM in te gaan, wijst de ACM erop dat de argumenten van HEM alleen relevant zijn voor de door de ACM gemaximeerde elektriciteitsproducten en niet voor de gemaximeerde gasproducten. Het regelgevend kader voor het ingrijpen door lidstaten ten aanzien van gastarieven is vervat in Richtlijn 2009/73/EG (de Gasrichtlijn). In deze richtlijn zijn - in tegenstelling tot de Elektriciteitsrichtlijn – niet de verdergaande beperkingen voor prijsingrijpen opgenomen waar HEM op wijst.²² De door HEM op de Elektriciteitsrichtlijn gebaseerde argumentatie waarom de ACM geen maximumtarieven zou mogen vaststellen, geldt dus alleen voor de gemaximeerde elektriciteitsproducten niet voor de gemaximeerde gasproducten van HEM.²³ Daarbij wijst de ACM erop dat de maandelijkse gaskosten van een gemiddeld huishouden significant hoger liggen dan de kosten voor elektriciteit.²⁴ De ACM zal hierna in paragraaf 5.1.3.1 ingaan op de betekenis van het prijsplafond voor de gemaximeerde gasproducten van HEM.
20. Ook in heroverweging komt de ACM tot de conclusie dat het opleggen van maximumtarieven voor elektriciteitsproducten aan HEM geen strijd met de Elektriciteitsrichtlijn oplevert. Allereerst verwijst de ACM voor een onderbouwing hiervan naar paragraaf 6.1 van het MTB. Aanvullend stelt de ACM het volgende. Net als de voorgaande Elektriciteitsrichtlijn (Richtlijn 2009/72/EG) maakt ook de huidige Elektriciteitsrichtlijn het mogelijk dat lidstaten kunnen ingrijpen in elektriciteitsprijzen. Deze mogelijkheden zijn neergelegd in artikel 5 betreffende marktgebaseerde leveringsprijzen, en artikel 9 betreffende openbardienstverplichtingen. Artikel 5(1) bepaalt:

“Leveranciers zijn vrij de prijs waarvoor zij aan de afnemers leveren, vast te stellen. De lidstaten nemen passende maatregelen om ervoor te zorgen dat er sprake is van daadwerkelijke concurrentie tussen leveranciers.”

Daarnaast waarborgt artikel 9(2) dat lidstaten:

“in het algemeen economisch belang aan elektriciteitsbedrijven openbardienstverplichtingen [mogen] opleggen, die betrekking kunnen hebben op de zekerheid, waaronder de voorzieningszekerheid, de regelmaat, de kwaliteit en de prijs van de leveringen zijn begrepen [...]”
“Openbardienstverplichtingen die verband houden met de prijsstelling voor de levering van elektriciteit voldoen aan de vereisten van artikel 5 van deze richtlijn.”

Verder geldt op grond van artikel 27:

“De lidstaten waarborgen dat alle huishoudelijke afnemers en, indien zij dat dienstig achten, kleine ondernemingen, aanspraak kunnen maken op universele dienstverlening, dat wil zeggen het recht

²² Vgl. artikel 3 van de Gasrichtlijn en artikelen 5 en 9 van de Elektriciteitsrichtlijn.

²³ Zie de tweede tabel met de maximumtarieven voor de gasproducten van HEM in Bijlage 2 bij het MTB.

²⁴ Nationaal Instituut voor Budgetvoorlichting, *Kosten van energie en water*, met verwijzing naar de statistieken voor december 2023, raadpleegbaar via: <https://www.nibud.nl/onderwerpen/uitgaven/kosten-energie-water/>.

op levering van elektriciteit van een bepaalde kwaliteit tegen concurrerende, eenvoudig en duidelijk vergelijkbare, doorzichtige en niet-discriminerende prijzen op hun grondgebied.”²⁵

Verder bevestigt overweging 23 van de Elektriciteitsrichtlijn dat het opleggen van openbardienstverplichtingen die de vorm van prijsstelling voor de elektriciteitsvoorziening aannemen, mogelijk zijn. Hierbij wordt – niet limitatief – benoemd dat deze omstandigheden zich bijvoorbeeld kunnen voordoen:

“wanneer voorziening drastisch wordt ingeperkt, hetgeen aanleiding geeft tot aanzienlijk hogere elektriciteitsprijzen dan normaal”

Uit het voorgaande leidt de ACM af dat de Elektriciteitsrichtlijn een kader biedt om onder omstandigheden tot tariefinterventies over te gaan om de in de Elektriciteitsrichtlijn beoogde doelen van concurrerende en marktgebaseerde leveringsprijzen na te streven.

21. De ACM heeft de oplegging van de maximumtarieven specifiek gebaseerd op de uitzonderingsmogelijkheid op vrije prijsvorming van artikel 5(6) van de Elektriciteitsrichtlijn. Artikel 5(6) staat overheidsingrijpen in de prijsstelling toe voor de levering van elektriciteit met het oog op een overgangperiode om doeltreffende mededinging tot stand te brengen *en* om een doeltreffende, marktgebaseerde detailhandelprijs voor elektriciteit tot stand te brengen overeenkomstig het eerste lid van artikel 5. Dit artikel biedt de benodigde grondslag nu de betreffende tarieven van HEM gemiddeld twee keer zo hoog zijn als het marktgemiddelde, zonder dat duidelijk is of deze gebaseerd zijn op een doelmatige bedrijfsvoering (zie ook paragraaf 5.5 hierna). De tarieven van HEM zijn daarmee niet marktgebaseerd. Bovendien heeft HEM deze tarieven in de eerste helft van 2023 in de markt gezet tijdens een periode waarin prijzen al hoog waren door de energiecrisis.
22. Ook de Europese Commissie (hierna: de Commissie) bevestigt in het licht van de energiecrisis in een mededeling uit 2022 dat:

*“prijsregulering en verrekeningsmechanismen mogelijk zijn om de consumenten en onze economie te beschermen. Het rechtskader van de elektriciteitsmarkt, en met name artikel 5 van de Elektriciteitsrichtlijn, biedt de lidstaten de mogelijkheid om in de huidige uitzonderlijke omstandigheden detailhandelsprijzen voor huishoudens en micro-ondernemingen vast te stellen”.*²⁶

In de bijlage bij deze mededeling stelt de Commissie dat lidstaten gebruik mogen maken van de uitzonderingsmogelijkheden op prijsingrijpen die artikel 5 van de Elektriciteitsrichtlijn biedt:

*“Overeenkomstig overweging 23 [van de Elektriciteitsrichtlijn] kunnen in de tijd beperkte interventies in de detailhandelsprijzen tijdens de huidige uitzonderlijke periode van instabiliteit gerechtvaardigd zijn, zelfs als de lidstaat al is overgestapt naar een situatie van volledige mededinging, hetzij voor alle klanten, hetzij voor een categorie klanten [...]”.*²⁷

De Commissie is dus van mening dat ook lidstaten die al een concurrerende elektriciteitsmarkt hebben gebaseerd op volledige mededinging, tijdens de energiecrisis een prijsinterventie kunnen toepassen. De Commissie merkt daarbij op dat de energiecrisis en de daardoor sterk gestegen prijzen de mededinging kunnen schaden en prijsingrijpen mogelijk moet zijn om de mededinging te beschermen en daarbij ook bij te dragen aan de doelstelling om te zorgen voor een voortdurende overgang naar volledige mededinging.²⁸ De ACM heeft gebruik gemaakt van deze mogelijkheid om de afnemers van de onredelijk bevonden tarieven van HEM te beschermen. Hierbij merkt de ACM op dat de tarieven van HEM sterk afwijken van het marktgemiddelde (zie figuur 1 hierboven) en daarmee niet in lijn zijn met

²⁵ Onderstrepingen zijn in bovenstaande citaten door de ACM toegevoegd.

²⁶ Europese Commissie, 8 maart 2022, Mededeling REPowerEU, COM(2022) 108, final, p 2-3.

²⁷ Europese Commissie, 8 maart 2022, Mededeling REPowerEU, COM(2022) 108, final, bijlage I, p. 2-3.

²⁸ Europese Commissie, 8 maart 2022, Mededeling REPowerEU, COM(2022) 108, final, bijlage I, p. 2-3.

het uitgangspunt van de Elektriciteitsrichtlijn van marktgebaseerde en concurrerende detailhandelsprijzen voor afnemers.

23. Bovendien voldoet het optreden van de ACM aan de voorwaarden uit artikel 5(4) en 5(7) van de Elektriciteitsrichtlijn. Dit heeft de ACM ook aan de Europese Commissie gemeld op grond van het vereiste van artikel 5(8). Deze melding bevat een verdere beschrijving van de noodzaak van de door de ACM genomen maatregel en hoe deze zich verhoudt tot de voorwaarden uit artikel 5(4) en 5(7) van de Elektriciteitsrichtlijn.²⁹
24. De ACM weerspreekt verder de stelling van HEM dat uit de Elektriciteitsrichtlijn geen specifieke bevoegdheid tot het opleggen van maximumtarieven kan worden afgeleid. Europese richtlijnen bieden namelijk kaders waarbinnen de lidstaten mogen optreden. Zij schrijven niet voor – uitzonderingen daargelaten – hoe bevoegdheden op nationaal niveau precies moeten worden ingekleed. Het is daarmee aan de lidstaten zelf om bevoegdheden vast te stellen die binnen de kaders van een richtlijn vallen. Zoals gezegd, biedt de Elektriciteitsrichtlijn de mogelijkheid tot prijsingrijpen. Dit is vastgelegd in artikelen 5 en 9 van de Elektriciteitsrichtlijn en wordt eveneens bevestigd in de preambule van de richtlijn. Het creëren van een bevoegdheid tot het opleggen van maximumtarieven aan een leverancier van elektriciteit (en gas) behoort zodoende ook tot de mogelijkheden van de Elektriciteitsrichtlijn.
25. Volgens HEM is prijsingrijpen op de elektriciteitsmarkt verder voorbehouden aan de lidstaat en niet aan de ACM als nationaal regulerende instantie. Ook deze stelling volgt de ACM niet. De ACM valt als onderdeel van de lidstaat Nederland, en nationaal regulerende instantie op het gebied van energie, onder het bereik van de Elektriciteitsrichtlijn. Daarbij komt dat artikel 59(1) onder o van de Elektriciteitsrichtlijn het toezicht houden op prijzen voor huishoudelijke afnemers specifiek onder de bevoegdheden van de nationaal regulerende instantie schaaft. Dit maakt attributie van een bevoegdheid tot het opleggen van maximumtarieven aan de ACM mogelijk. De ACM wijst er hierbij op dat ook de voorgaande Elektriciteitsrichtlijn (Richtlijn 2009/72/EG) en de huidige Gasrichtlijn de mogelijkheid bieden tot het opleggen van openbardienstverplichtingen met betrekking tot prijsstelling. Net als in artikel 5 en 9 van de huidige Elektriciteitsrichtlijn is in de voorgaande Elektriciteitsrichtlijn en de huidige Gasrichtlijn bepaald dat lidstaten hiervan gebruik mogen maken.³⁰ Daarbij is niet uitgesloten dat dit recht ook kan toekomen aan een nationaal regulerende instantie. Zo overwoog het Europees Hof van Justitie bijvoorbeeld in de zaak *Federutility* onder welke omstandigheden de Italiaanse regulerende instantie openbardienstverplichtingen met betrekking tot prijzen mag opleggen en ging zij ervan uit dat de regulerende instantie hiertoe bevoegd was zolang aan die omstandigheden was voldaan.³¹ Bovendien heeft ook het CBb beslist dat de ACM, als regulerende instantie, bevoegd was om maximumtarieven op te leggen in de zaak *Nuon*.³²
26. De ACM is, gelet op wat hiervoor is overwogen, van oordeel dat de oplegging van de maximumtarieven voor elektriciteitsproducten van HEM binnen de kaders van de Elektriciteitsrichtlijn valt. De bezwaargronden van HEM op dit punt kunnen dan ook niet slagen. Het kader van de Elektriciteitsrichtlijn staat dus toe dat de ACM haar maximumtariefbevoegdheid mag inzetten. De ACM weerspreekt hiermee ook de twijfel die de voorzieningenrechter van het CBb heeft geuit over de conformiteit van de oplegging van de maximumtariefbevoegdheid met artikel 5 van de Elektriciteitsrichtlijn.

²⁹ ACM/UIT/606420 (notificatie), ACM/UIT/609046 (bevestiging melding per e-mail) en ACM/UIT/615198 (toesturing melding aan HEM).

³⁰ Richtlijn 2009/72/EG, artikel 3(2) en Richtlijn 2009/73/EG, artikel 3(2).

³¹ Europees Hof van Justitie, zaak C-265/08, *Federutility*.

³² Uitspraak van het CBb van 3 maart 2020, ECLI:NL:CBB:2020:119.

5.1.3. Proportionaliteit MTB

27. HEM is van mening dat de ACM niet kan overgaan tot het opleggen van maximumtarieven gelet op samenloop met het prijsplafond voor energie dat in 2023 al gold voor huishoudens. Door het prijsplafond werden kleinverbruikers al beschermd tegen hoge prijzen. Ter onderbouwing van dit standpunt verwijst HEM eveneens naar de overwegingen van de voorzieningenrechter. De rechter heeft namelijk opgemerkt dat aan haar twijfel of de ACM nog wel een bevoegdheid heeft om maximumtarieven vast te stellen voor elektriciteit bijdraagt dat de uitzonderlijke omstandigheden die zich in de afgelopen periode in de energiemarkt hebben voorgedaan, voor de regering aanleiding zijn geweest om het prijsplafond op energie in te stellen voor alle huishoudens en andere kleinverbruikers. Dat prijsplafond geldt tot 1 januari 2024. Daarmee lijkt volgens de rechter al sprake te zijn van een maatregel als bedoeld in de mededeling van de Commissie (zie randnummer 22 van dit besluit). De rechter vraagt zich daarom af in hoeverre een aanvullende maatregel in het kader van de vangnetregulering nog noodzakelijk en proportioneel is.³³ De bezwaren van HEM treffen geen doel. Uit het navolgende volgt namelijk, dat er naast het prijsplafond ook ruimte is om een MTB op te leggen. Daarnaast is het opleggen van het MTB naast het prijsplafond noodzakelijk en proportioneel. Ook is het opleggen van het MTB niet in strijd met het evenredigheidsbeginsel.

5.1.3.1 Samenloop van het MTB met het prijsplafond

28. De ACM is van oordeel dat met het vaststellen van het prijsplafond in 2023 er nog steeds ruimte is voor een maatregel op grond van artikel 5, zesde lid, van de Elektriciteitsrichtlijn. Allereerst is de maatregel van het prijsplafond geen maatregel op grond van artikel 5, zesde lid, van de Elektriciteitsrichtlijn. De maatregel van het prijsplafond is gebaseerd op de Europese Verordening van 6 oktober 2022 betreffende een noodinterventie in verband met de hoge energieprijzen (hierna de Verordening).³⁴ Uit de overwegingen bij deze verordening blijkt dat de verstoringen van de energiemarkt hebben geleid tot een crisissituatie die noopt tot vaststelling van een reeks dringende, tijdelijke en uitzonderlijke economische maatregelen om de ondragelijke gevolgen voor consumenten en bedrijven aan te pakken. Daarbij kan, volgens de Commissie, zonder snelle aanpak deze crisis ernstige negatieve gevolgen hebben voor de inflatie, voor de liquiditeit van marktdeelnemers en voor de economie als geheel. De Commissie stelt daarom een pakket met maatregelen voor die de lidstaten kunnen nemen. In dat pakket zat de maatregel van het prijsplafond³⁵, het uitbreiden van het prijsingrijpen op grond van artikel 5 van de Elektriciteitsrichtlijn naar kleine en middelgrote ondernemingen³⁶, maar ook het invoeren van een solidariteitsbijdrage³⁷ en maatregelen om het verbruik van bijvoorbeeld elektriciteit te verminderen.³⁸ Uit overweging 48 van de verordening blijkt dat het ingrijpen op de prijs op grond van artikel 5 en 9 van de Elektriciteitsrichtlijn nog steeds mogelijk is naast het instellen van een prijsplafond. Ook de Minister van Klimaat heeft in kamerstukken rondom de instelling van het prijsplafond meermalen benadrukt dat de ACM haar toezicht via de vangnetregeling intensificeert en dat de ACM daarbij toezicht zal houden op de prijsvorming en zal controleren of er redelijke prijzen worden gehanteerd.³⁹ De ACM concludeert daarom dat het mogelijk is om naast het prijsplafond ook in te grijpen op de hoge tariefstelling van elektriciteitsprijzen zelf door middel van het MTB.

29. Daarnaast is het vaststellen van maximumtarieven voor elektriciteit en gas door middel van het MTB als aanvullende maatregel naast het prijsplafond in 2023 noodzakelijk en proportioneel. Het vaststellen van maximumtarieven door middel van het MTB is noodzakelijk, omdat het MTB aan consumenten ook bescherming biedt na 1 januari 2024. Het prijsplafond is een tijdelijke maatregel die de consument van 1 januari 2023 tot en met 31 december 2023 heeft beschermd tegen hoge prijzen van

³³ Uitspraak CBb in zaaknummers 23/1868 en 23/1960, r.o. 8.6.

³⁴ Verordening 2022/1854 en zie ook Kamerstukken II, vergaderjaar 2022-2023, 36 200, nr. 162, p. 7.

³⁵ Overweging 25 en artikel 8 van de verordening.

³⁶ Overweging 48 en artikel 13 van de verordening.

³⁷ Overweging 13 van de verordening.

³⁸ Overweging 19 van de verordening.

³⁹ Kamerstukken II, vergaderjaar 2022-2023, 36 200 nr. 162, p. 16-17 en kamerstukken II, vergaderjaar 2022-2023, 36 200 nr. 171, p. 4-5 en kamerstukken II, vergaderjaar 2022-2023, 36 200 nr. 169, p. 62 en 63

energieleveranciers. De leveranciers werden via een subsidie van de overheid gecompenseerd voor de kosten die boven het prijsplafond komen en die zij daarom niet aan consumenten mochten doorberekenen. Tegelijkertijd konden klanten in 2023 contracten bij HEM afsluiten voor 3 jaar. Veel klanten hebben dat ook gedaan.⁴⁰ Het prijsplafond beschermde deze klanten alleen in het jaar 2023 tegen deze hoge tarieven terwijl met het vaststellen van maximumtarieven deze kleinverbruikers ook voor de resterende looptijd van hun contract worden beschermd tegen deze onredelijk hoge tarieven. Ook biedt het MTB bescherming aan kleinverbruikers die een verbruik hebben boven het prijsplafond. Het prijsplafond is namelijk een algemene maatregel die alleen beschermt tegen hoge prijzen. Die bescherming geldt enkel voor het verbruik onder het prijsplafond. Het MTB gaat verder en beschermt het recht van kleinverbruikers op redelijke tarieven voor de levering van elektriciteit en gas. Hoewel hoge tarieven ook onredelijke tarieven kunnen zijn niet alle hoge tarieven per definitie onredelijk. Daarbij komt dat de kleinverbruikers die weliswaar onder het prijsplafond vallen, maar een verbruik hebben gehad boven de gecompenseerde verbruiksgrens van het prijsplafond ook beschermd dienen te worden tegen onredelijk hoge prijzen. Voor verbruik boven deze grens genoten de betreffende afnemers namelijk geen bescherming door het prijsplafond en betalen zij het volle tarief. Het MTB biedt ook voor het gebruik boven het prijsplafond bescherming tegen onredelijk hoge tarieven en heeft daarmee een aanvullende werking ten opzichte van het prijsplafond. Deze aanvullende werking is noodzakelijk om kleinverbruikers te beschermen tegen onredelijke tarieven.

30. Voorts is het MTB ook proportioneel als aanvullende maatregel naast het prijsplafond. Het MTB grijpt alleen in op de prijsstelling van een specifieke energieleverancier. Het is geen algemene maatregel zoals het prijsplafond. De impact op de vrije markt van het MTB is daarom zeer gering. Zoals hierboven al genoemd beschermt het prijsplafond de kleinverbruikers maar tijdelijk tegen hoge prijzen en zijn er ook kleinverbruikers die (deels) buiten de regeling van het prijsplafond vallen terwijl zij ook het recht hebben op bescherming tegen onredelijk hoge tarieven. Daarnaast is het doel van het prijsplafond een ander doel dan het doel van het MTB. Het prijsplafond beschermt de kleinverbruikers immers in tegen te hoge tarieven terwijl het maximumtariefbesluit de kleinverbruikers beschermt tegen onredelijke tarieven.

5.1.3.2 Evenredigheid van het MTB

31. Bovendien is het opleggen van het MTB aan HEM niet in strijd met het evenredigheidsbeginsel. HEM heeft in de bezwaargronden aangegeven dat de kleinverbruikersmarkt voldoende competitief is en dat er daarmee geen noodzaak meer is voor een regeling om elektriciteits- en gasprijzen te corrigeren. Als prijzen van de ene leverancier te hoog zijn stappen consumenten vanzelf over naar een leverancier met lagere tarieven. Bovendien heeft de ACM andere instrumenten ter beschikking om invloed op de markt uit te oefenen.
32. Het is inderdaad van belang dat prijzen in een spel van onderlinge concurrentie tot stand komen en leveranciers ook niet worden belemmerd om zelf met een competitief aanbod voor klanten te komen. Dat neemt echter niet weg dat er uitzonderlijke gevallen zijn waarin de ACM moet kunnen interveniëren als de belangen van kleinverbruikers in het geding komen. Juist met deze gedachte is de vangnetregeling ingevoerd.⁴¹
33. De ACM is van oordeel dat het MTB geschikt is om het doel te bereiken: het beschermen van kleinverbruikers tegen onredelijke tarieven. Het vaststellen van een maximumtarief verplicht de leverancier om ook met terugwerkende kracht lagere tarieven te hanteren voor de levering van elektriciteit en gas via artikel 95b, derde lid en vierde lid, van de E-wet en artikel 44, derde lid en vierde lid van de Gaswet. De vastgestelde maximumtarieven in het MTB gelden immers van rechtswege. Dit geeft kleinverbruikers de mogelijkheid om de energieleverancier aan te spreken en te eisen dat hun tarieven worden bijgesteld naar, in ieder geval, het door het MTB bepaalde maximumtarief. Op deze

⁴⁰ ACM/IN/814377 (dossierstuk 32), invulmodule HEM Energie. Ruim 6000 klanten nemen een contract met een looptijd van 3 jaar af.

⁴¹ Kamerstukken II, vergaderjaar 2003/04, 28 982, nr. 12, p. 14-15.

manier worden de kleinverbruikers beschermd tegen het rekenen van onredelijke tarieven door de energieleverancier. Zij kunnen zich rechtstreeks beroepen op de vastgestelde maximumtarieven.

34. Daarnaast is het MTB ook noodzakelijk om het genoemde doel te bereiken. HEM stelt dat de ACM ook had kunnen kiezen voor de inzet van andere instrumenten zoals het doen van (1) een waarschuwing over de hoogte van de tarieven, (2) te bepalen dat de tarieven en voorwaarden van HEM niet redelijk zouden zijn ex artikel 95b, eerste lid E-wet en artikel 44, eerste lid Gaswet zonder een maximumtarief op te leggen, of (3) voorafgaand voorwaarden te stellen aan de energieleverancier. Deze voorgestelde maatregelen bereiken echter niet, het doel dat de vangnetregeling beoogt: het beschermen van kleinverbruikers tegen onredelijke tarieven door het vaststellen van maximumtarieven die van rechtswege gelden voor tarieven boven het maximumtarief. Bij het geven van een waarschuwing worden potentiële klanten weliswaar mogelijk weerhouden van het aangaan van een contract, maar de afnemers uit de periode waarop dit MTB ziet waren dit contract al aangegaan vaak ook via telefonische werving.⁴² Een waarschuwing zou mogelijk huidige klanten kunnen bewegen te kiezen voor een overstap, maar daarmee is het onredelijke tarief vanaf 1 januari 2023 niet gemaximeerd en wordt dit onredelijke tarief nog steeds door HEM in rekening gebracht. Bovendien zullen huidige klanten mogelijk in het overstappen belemmerd worden door de potentieel hoge opzegvergoeding die zij moeten betalen voor het voortijdig opzeggen van hun contract. Zo blijkt bijvoorbeeld dat een groot deel van de klanten die een van de onredelijk bevonden tarieven van HEM afneemt een driejarig contract te hebben.⁴³ Zeker de klanten die vanaf 1 juni 2023 een contract hebben afgesloten zijn bij tussentijdse opzegging veel geld kwijt aan de opzegvergoeding, nu leveranciers vanaf die datum een hogere opzegvergoeding kunnen rekenen⁴⁴ Ditzelfde geldt voor de eventuele enkele constatering door de ACM dat HEM onredelijke tarieven hanteert. Hiermee gaan de tarieven van HEM niet daadwerkelijk omlaag. De ACM heeft wel gepoogd voorwaarden te stellen aan de tarieven door HEM het aanbod te doen vrijwillig haar tarieven te verlagen.⁴⁵ HEM heeft dit aanbod echter afgeslagen.⁴⁶
35. Ten slotte is het opleggen van het MTB aan HEM niet onredelijk bezwarend. De enkele stelling van HEM dat het terugbetalen van het verschil tussen het gehanteerde tarief en het later gemaximeerde tarief onevenredig is en dat HEM de mogelijkheid is ontnomen om te leren van haar fouten en die kennis mee te kunnen nemen bij het vaststellen van tarieven is daarvoor onvoldoende. Hoewel HEM heeft gesteld dat het tot en met 31 december 2023 terug te betalen, dan wel te verrekenen, bedrag op grond van het MTB circa [VERTROUWELIJK] euro is, blijkt daaruit evenmin dat het MTB onevenredig bezwarend is. Het MTB voorziet namelijk in een redelijk winstmarge. Het terugbetalen van de winst die boven deze redelijke winstmarge ligt kan daarom niet onredelijk worden geacht. Overigens heeft HEM niet onderbouwd dat daarmee sprake zou kunnen zijn van een groot financieel risico. Niet is geleden dat het betalen van [VERTROUWELIJK] euro dermate negatieve financiële gevolgen heeft dat de continuïteit van de onderneming in gevaar komt. Voor de reactie op de gestelde onevenredige gevolgen als gevolg van de publicatie van het maximumtariefbesluit verwijst de ACM naar paragraaf 5.6.2.

5.2. Het ex-post vaststellen van maximumtarieven

36. HEM betoogt dat het vaststellen van maximumtarieven met terugwerkende kracht onrechtmatig is. De vangnetregeling is volgens HEM namelijk een vorm van ex ante toezicht, wat betekent dat de ACM haar bevoegdheid zou moeten inzetten voordat het tarief dat de leverancier in de markt zet in werking treedt. Een ex post bevoegdheid is een bijzondere bevoegdheid en indien de wetgever had beoogd om achteraf nog maximumtarieven vast te stellen dan had de wetgever dat wel expliciet gemaakt. Dat heeft

⁴² Zie ook, ACM, 15 maart 2023, Nieuwe regels opzegvergoedingen vaste energiecontracten, ACM waarschuwt voor misleidende werving, raadpleegbaar via: <https://www.acm.nl/nl/publicaties/nieuwe-regels-opzegvergoedingen-vaste-energiecontracten-acm-waarschuwt-voor-misleidende-werving>.

⁴³ ACM/IN/814377 (dossierstuk 32), Invulmodule HEM Energie. Ruim 6000 klanten nemen een contract met een looptijd van 3 jaar af.

⁴⁴ Zie nieuwsbericht van de ACM uit voetnoot 38 over nieuwe richtsnoeren opzegvergoedingen per 1 juni 2023.

⁴⁵ ACM/UIT/601973 (dossierstuk 39) en ACM/UIT/602011 (dossierstuk 40).

⁴⁶ ACM/IN/792685 (dossierstuk 45).

de wetgever niet gedaan. Daarbij komt dat de wetgever meermalen zou hebben benadrukt dat het gaat om een ex-ante bevoegdheid. Voor het vaststellen van maximumtarieven ex post bestaat daarom geen wettelijke grondslag. Indien de ACM wel bevoegd is met terugwerkende kracht een maximumtarief vast te stellen, betoogt HEM dat de ACM te lang heeft stilgezeten waardoor het vaststellen van het maximumtarieven onrechtmatig is. HEM mocht er daarom vanuit gaan dat de tarieven niet onredelijk waren.

37. Deze bezwaren treffen geen doel. De ACM is bevoegd om maximumtarieven met terugwerkende kracht vast te stellen. Uit de formulering van artikel 95b van de E-wet en artikel 44 van de Gaswet volgt namelijk niet, zoals HEM betoogt, dat de bevoegdheid voor het vaststellen van een maximumtarief een ex ante bevoegdheid is. De bevoegdheid tot het vaststellen van een maximumtarief wordt op grond van tweede lid van artikel 95b E-wet en het tweede lid van artikel 44 van de Gaswet niet beperkt tot de periode van vier weken waarbinnen de houder van een vergunning de wijzigingen van de tarieven moet doorgeven aan de ACM. Ook volgt uit het derde lid van beide artikelen niet dat de bevoegdheid voor het vaststellen van een maximumtarief is beperkt tot een bepaalde periode. In dat derde lid is voor het kunnen vaststellen van een maximumtarief enkel de voorwaarde gesteld dat de tarieven die houders van een vergunning berekenen onredelijk zijn. Ook de voorzieningenrechter is het op dit punt met de ACM eens.⁴⁷ De rechter heeft daarover gezegd dat indien en voor zover de ACM bij haar besluitvorming de toepassingsvoorwaarden uit artikel 95b, derde lid van de E-wet en artikel 44, derde lid van de Gaswet in acht neemt, niet valt in te zien dat haar besluitvorming onrechtmatig zou zijn, omdat daar een zekere mate van terugwerkende kracht in besloten ligt.

38. Daarnaast kan het ook niet de bedoeling van de wetgever zijn geweest dat het onderzoek naar de vraag of de tarieven van een houder onredelijk zijn én het vaststellen van het maximumtarief zou plaatsvinden binnen de vier weken voorafgaand aan het ingaan van het nieuwe tarief. Dit zou namelijk afdoen aan de effectiviteit van de vangnetregeling. De vangnetregeling kan alleen effectief worden toegepast wanneer er voldoende ruimte is voor onderzoek en zorgvuldige besluitvorming. Dat de wetgever heeft bedoeld een ex post bevoegdheid toe te kennen om achteraf en met terugwerkende kracht een maximumtarief vast te stellen bij onredelijke tarieven is daarom het meest logisch.

Daarbij komt dat de passages uit de memorie van toelichting bij de Energiewet en uit de documenten in het kader van het wetsvoorstel STROOM waar HEM in haar bezwaargronden⁴⁸ naar verwijst gaan over de ex-ante bevoegdheid van het tweede lid van artikel 95b E-wet en artikel 44 Gaswet. Deze passages gaan niet over de bevoegdheid om maximumtarieven vast te stellen op grond van het derde lid van de hiervoor genoemde artikelen. De ACM verwijst in dat kader ook naar de zin die volgt op de passage waar HEM naar verwijst in randnummer 63 van de aanvulling op de bezwaargronden, namelijk:

*“Tenslotte blijft er ook na afschaffing van het huidige ex ante toezicht, in de nieuwe situatie nog steeds ex post toezicht op de redelijkheid van de tarieven wat ertoe kan leiden dat als bedrijven onredelijke tarieven hanteren de ACM kan ingrijpen.”*⁴⁹

39. Voorts heeft het CBb in een eerdere uitspraak⁵⁰ een maximumtariefbesluit in stand gelaten waarbij met terugwerkende kracht gebruik is gemaakt van deze bevoegdheid. In deze uitspraak betrof het een maximumtariefbesluit waarbij maximumtarieven zijn opgelegd voor producten met ingangsdata in de periode van 1 januari 2017 tot en met 30 juni 2017 waarbij het primaire besluit dateerde van 21 november 2017. In de huidige zaak heeft de ACM het maximumtarief vastgesteld voor producten met ingangsdata in de periode van 1 januari 2023 tot en met 1 juni 2023. Het primaire besluit dateert van 25 september 2023.

⁴⁷ Uitspraak van de voorzieningenrechter van het CBb, zaaksnummer 23/1868 en 23/1960, r.o. 8.8.

⁴⁸ Zie ACM/IN/823662, aanvulling gronden bezwaar, punten 60 t/m 63.

⁴⁹ Verslag over de resultaten van de consultatie STROOM, p. 23 (te vinden op <https://www.internetconsultatie.nl/stroom>).

⁵⁰ Uitspraak van het CBb van 3 maart 2020, ECLI:NL:CBB:2020:119.

40. Bovendien heeft de ACM, anders dan HEM betoogt, tijdig actie ondernomen. In juni 2023 werd pas duidelijk dat HEM mogelijk onredelijke tarieven hanteerde. Voor deze constatering was het verdiepende onderzoek van belang dat de ACM vanaf begin 2023 heeft uitgevoerd bij de G6. Zoals blijkt uit berichten van 1 maart 2023 en 4 mei 2023 heeft de ACM geconstateerd dat de G6 geen onredelijke tarieven hanteerden.⁵¹ Daarnaast was ook de daling van de tarieven in het eerste half jaar van 2023 van belang. Steeds meer tarieven daalden onder het prijsplafond. In april waren inmiddels 35% van de variabele leveringstarieven die aan klanten werden aangeboden gezakt tot onder het prijsplafond.⁵² De daling zette zich vervolgens verder door. Het genoemde G6-onderzoek en de ontwikkeling in de markt waren een belangrijk gegeven om begin juni 2023 te kunnen constateren dat de leveringstarieven van HEMs proposities significant hoger lagen dan vergelijkbare proposities van andere leveranciers. Ook bewogen zij in mindere mate mee met een algemene prijsdaling in de markt dan de proposities van andere leveranciers. Na deze constatering ontstond het vermoeden dat HEM mogelijk onredelijke tarieven hanteerde. Daarop heeft de ACM direct actie ondernomen en is een onderzoek gestart. In het kader van dat onderzoek vond op 9 juni 2023 het bedrijfsbezoek plaats, op 31 juli 2023 volgde het voorgenomen maximumtariefbesluit en na de gelegenheid tot het indienen van een zienswijze door HEM en de hoorzitting volgde op 25 september 2023 het definitieve besluit tot het opleggen van de maximumtarieven. Van te lang stilzitten is daarom geen sprake.

5.3. Het doel van de bevoegdheid

41. Volgens HEM is het maximumtariefbesluit in strijd met artikel 3:3 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) en daarom onrechtmatig. De bevoegdheid om maximumtarieven vast te stellen is ingevoerd ter bescherming van de kleinegebruikers. Het MTB heeft nu feitelijk tot gevolg dat de subsidie van de Rijksdienst voor Ondernemend Nederland (RVO) wordt verlaagd die aan HEM wordt uitgekeerd, omdat er sprake is van een prijsplafond. De bevoegdheid wordt daarom niet ingezet voor het doel waarvoor deze is bedoeld.
42. De ACM gebruikt de bevoegdheid om maximumtarieven vast te stellen niet voor een ander doel dan waarvoor deze is bedoeld. De bezwaren van HEM treffen geen doel. De ACM heeft het maximumtariefbesluit, namelijk opgelegd om kleinverbruikers te beschermen tegen onredelijke tarieven. Dit doel verandert niet doordat er in 2023 door het bestaan van het prijsplafond mogelijk nog andere feitelijke gevolgen kunnen zijn. Daarnaast staat het prijsplafond niet in de weg aan het opleggen van het maximumtariefbesluit.⁵³ Het maximumtariefbesluit en het prijsplafond hebben immers verschillende doelen en kunnen naast elkaar bestaan.⁵⁴ Daarnaast dienen de kleinverbruikers die een verbruik hebben boven het prijsplafond ook te worden beschermd tegen onredelijke tarieven. De regeling van het prijsplafond biedt die bescherming immers niet. Dat volgens HEM [VERTROUWELIJK] van het bedrag dat HEM moet betalen ter correctie van haar tarieven naar de maximumtarieven naar de RVO gaat, maakt het bovenstaande niet anders. De ACM heeft de bevoegdheid om een MTB op te leggen niet ingezet om HEM subsidie terug te laten betalen aan de RVO. De subsidieregeling bekostiging plafond energietarieven kleinverbruikers 2023⁵⁵ bevat namelijk een brutomargetoets om te voorkomen dat energieleveranciers onder het prijsplafond overwinsten kunnen boeken. De RVO kan dus zelfstandig beoordelen of de verleende subsidie te hoog is vastgesteld via de brutomargetoets of

⁵¹ ACM, 1 maart 2023, "3 grootste energieleveranciers hanteren geen onredelijke kosten", raadpleegbaar via: <https://www.acm.nl/system/files/documents/onderzoek-geen-onredelijke-prijzen-grootste-drie-energieleveranciers.pdf> en ACM, 4 mei 2023, "Geen onredelijke prijzen Budget Thuis, Greenchoice en ENGIE", raadpleegbaar via: <https://www.acm.nl/system/files/documents/geen-onredelijke-prijzen-budget-thuis-greenchoice-en-engie.pdf>.

⁵² Zie bericht: 'Monitor Consumentenmarkt Energie: steeds meer tarieven onder het prijsplafond' van 4 april 2023, raadpleegbaar via: <https://www.acm.nl/nl/publicaties/monitor-consumentenmarkt-energie-steeds-meer-tarieven-onder-het-prijsplafond>.

⁵³ Zie randnummer 28 van dit besluit.

⁵⁴ Zie randnummers 29 en 30 van dit besluit.

⁵⁵ Regeling van de Minister voor Klimaat en Energie van 12 december 2022, nr. WJZ/ 22493242, houdende regels inzake een subsidie voor leveranciers ter bekostiging van een plafond voor energietarieven voor kleinverbruikers, artikel 3.4 van de regeling en de toelichting op pagina 40, gepubliceerd in: Stcrt. 2022, nr. 34154. in 2023.

besluiten de subsidieverlening te wijzigen.⁵⁶ Het is daarom ook niet gezegd dat HEM [VERTROUWELIJK] van het bedrag dat HEM moet betalen ter correctie van haar tarieven naar maximumtarieven moet terugbetalen aan de RVO. De RVO zal zelfstandig beoordelen of en hoeveel subsidie HEM moet terugbetalen. Dit staat los van het doel waarmee de ACM het MTB heeft opgelegd.

43. In de bezwaargronden stelt HEM dat het MTB onzorgvuldig en onvolledig is doordat het MTB niet ingaat op het standpunt van HEM dat de ACM handelt in strijd met artikel 3:3 van de Awb. De ACM ziet dit anders. HEM heeft zich namelijk tijdens de hoorzitting op 30 augustus 2023 voorafgaande aan het MTB niet op het standpunt gesteld dat het maximumbesluit onrechtmatig zou zijn wegens strijd met artikel 3:3 van de Awb.⁵⁷ De ACM was daarom ook niet gehouden hierop te reageren in het MTB. Daarbij komt dat de ACM in het maximumtariefbesluit wel benoemt dat zij, ondanks dat een crisismaatregel zoals het prijsplafond van kracht was, gebruik mocht maken van maximeringsbevoegdheid om consumenten te beschermen tegen excessieve tarieven.⁵⁸ Het MTB is daarom op dit punt voldoende gemotiveerd.

5.4. Algemene beginselen van behoorlijk bestuur

44. De bezwaren van HEM dat de ACM heeft gehandeld in strijd met algemene beginselen van behoorlijk bestuur treffen geen doel. Hieronder legt de ACM dit verder uit.
45. HEM heeft zich op het standpunt gesteld dat HEM ervan uitging en ervan uit mocht gaan dat de ACM de ingediende tarieven per 1 januari 2023 en ook de daaropvolgende ingediende tarieven niet onredelijk vond. De ACM merkt dit aan als een beroep op het vertrouwensbeginsel. Dit beroep kan niet slagen. Het enkele feit dat de ACM niet binnen vier weken na het melden van de tarieven van 1 januari 2023 of de daarop volgende tarieven tot begin juni heeft bericht dat sprake was van onredelijke tarieven kan niet worden gekwalificeerd als een toezegging of andere uittaling of gedraging van de ACM waaruit HEM redelijkerwijs kon en mocht afleiden dat de gehanteerde tarieven redelijk waren.⁵⁹ Dit is overigens ook niet in lijn met eerdere besluiten van de ACM waarbij de ACM met terugwerkende kracht heeft geoordeeld dat sprake was van onredelijke tarieven.⁶⁰
46. Daarnaast doet HEM in het kader van de voorlopige voorziening bij het CBb eveneens een expliciet beroep op het vertrouwensbeginsel. HEM stelt dat de ACM het vertrouwen van HEM heeft geschonden door terug te komen op de gemaakte procesafspraken. Nu deze procesafspraken alleen zagen op de behandeling van het verzoek om een voorlopige voorziening zal de ACM dit beroep op het vertrouwensbeginsel hier verder niet bespreken, omdat het niet relevant is voor de (uitkomst van de) beslissing op bezwaar.
47. HEM heeft daarnaast gesteld dat het maximumtariefbesluit niet zorgvuldig is voorbereid, omdat de ACM een ex-ante bevoegdheid ex post heeft uitgeoefend. Zoals in paragraaf 5.2 is betoogd is daarvan geen sprake nu de ACM ook met terugwerkende kracht gebruik mocht maken van haar bevoegdheid tot het vaststellen van een maximumtarief.
48. Ook heeft HEM gesteld dat het maximumtariefbesluit onvoldoende is gemotiveerd, omdat de ACM de grondslag voor de bevoegdheid om met terugwerkende kracht maximumtarieven vast te stellen niet heeft vermeld. Dit is onjuist. De ACM heeft de grondslag voor deze bevoegdheid wel genoemd, namelijk in randnummer 16 van het MTB.

⁵⁶ Zie de brief van de Ministerie voor Klimaat en Energie van 22 december 2023, betreft vierde voortgangsrapportage prijsplafond, kenmerk DGKE-DE/43465059. Te vinden via: <https://open.overheid.nl/documenten/c6eeec22-0d03-45d5-a2b6-e2774718a370/file>.

⁵⁷ Zie ACM/INT/479514.

⁵⁸ Zie randnummer 60 en 61 van het MTB.

⁵⁹ Zie de uitspraak van het CBb van 17 november 2020, ECLI:NL:CBB:2020:852.

⁶⁰ Zie bijvoorbeeld de Nuon zaak die ten grondslag ligt aan de uitspraak van het CBb van 3 maart 2020, ECLI:NL:CBB:2020:119.

49. Voorts heeft HEM gesteld dat er sprake is van strijd met het rechtszekerheidsbeginsel, omdat HEM zeker een half jaar in de veronderstelling verkeerde dat de producten die zij aanbod niet onredelijk waren. De ACM verwijst allereerst naar haar reactie onder randnummers 37 t/m 39 van dit besluit. Daarnaast verwijst de ACM ook naar randnummer 40 waaruit volgt dat de ACM direct actie heeft ondernomen toen er een vermoeden bestond dat HEM onredelijke tarieven hanteerde.
50. HEM heeft verder gesteld dat de ACM de maximumtarieven op onzorgvuldige wijze heeft vastgesteld. De ACM zal hierop reageren in paragraaf 5.5. Daarnaast heeft HEM zich op het standpunt gesteld dat de ACM onzorgvuldig heeft gehandeld door een MTB op te leggen en daarbij geen rekening te houden met de samenloop met ander ingrijpen zoals het besluit om nadere voorschriften te verbinden aan de leveringsvergunningen. De ACM wil in reactie daarop allereerst benadrukken dat de ACM als toezichthouder moet controleren of energieleveranciers zich aan de regels houden. Indien de ACM daarbij een overtreding constateert is de ACM in beginsel verplicht tot handhaven. In het geval van HEM lopen er inderdaad meerdere trajecten naast elkaar die zien op verschillende onderwerpen, namelijk de hoogte van de tarieven, de manier van werving van klanten en de aanvullende vergunningsvoorschriften. Dat er meerdere trajecten lopen die zien op verschillende onderwerpen maakt niet dat de ACM onzorgvuldig handelt. Het MTB is een apart traject dat ziet op overtreding 95b, eerste lid van de E-wet en artikel 44, eerste lid van de Gaswet waarbij ingrijpen, zoals ook is beschreven in paragraaf 5.1.3.2, proportioneel en noodzakelijk is. Dat de ACM onzorgvuldig heeft gehandeld door in het MTB geen toelichting te geven van de wijze waarop HEM uitvoering zou moeten geven aan het MTB volgt de ACM niet. Het is niet aan de ACM om te bepalen op welke wijze HEM uitvoering dient te geven aan het MTB. Daarbij is alleen relevant dat HEM uitvoering geeft aan het MTB. Op dit moment is het MTB geschorst waardoor HEM niet gehouden is tot uitvoering van het MTB over te gaan.

5.5. De methode van vaststelling van de maximumtarieven

51. HEM betoogt dat, voor zover de ACM al bevoegd zou zijn om maximumtarieven vast te stellen, de ACM de maximumtarieven op een onjuiste, onzorgvuldige en willekeurige wijze heeft vastgesteld. De ACM zal hieronder puntsgewijs ingaan op de hiermee samenhangende gronden uit het aanvullende bezwaarschrift van HEM.
52. Alvorens hiertoe over te gaan merkt de ACM op dat een groot aantal van de argumenten van HEM gericht is tegen het gebruik door de ACM van de resultaten van het in randnummer 7 van dit besluit benoemde G6-onderzoek bij de beoordeling van de tarieven van HEM. Volgens HEM had de ACM van het gebruik van het G6-onderzoek moeten afzien. De ACM zou dit onderzoek ten onrechte als uitgangspunt hebben genomen in de beoordeling van de tarieven van HEM, dan wel te veel gewicht aan de resultaten van dit onderzoek toegekend. De ACM zal allereerst beoordelen hoe de ACM het G6-onderzoek heeft gebruikt in de primaire besluitvorming en of zij dit in redelijkheid had mogen doen.
53. De ACM komt tot de conclusie dat de resultaten uit het G6-onderzoek en de daarop gebaseerde vergelijkingsmethode met de tarieven van HEM, maatgevend zijn geweest voor de ACM in de primaire besluitvorming. Daarvoor zijn twee redenen:
- 1) de ACM heeft aan de hand van deze gegevens geconstateerd dat de hoogte van de tarieven van HEM sterk afweek van de G6, en;
 - 2) bij gebreke aan een onderbouwing voor de hoogte van haar tarieven door HEM, is de ACM voor haar redelijkheidsbeoordeling teruggevallen op de informatie over de tariefopbouw van de G6.
54. Dit betekent echter niet dat de G6-gegevens in eerste instantie leidend zijn geweest in de tarievenbeoordeling in het MTB. De tarievenbeoordeling van de ACM heeft als uitgangspunt dat de tariefopbouw van de leverancier op zichzelfstaand redelijk is (zie ook paragraaf 5.5.1 hierna). Indien een

leverancier echter weigert om een onderbouwing voor de hoogte van haar tarieven te geven, of de hoogte in onvoldoende mate onderbouwt, of de onderbouwing onvoldoende rechtvaardiging biedt voor de hoogte van de tarieven, dan heeft de ACM geen andere keus dan haar redelijkheidsbeoordeling te baseren op door haar verkregen externe gegevens. Dit laatste is ook het geval in de onderhavige zaak.

55. Na de constatering van de ACM dat de tarieven van HEM sterk afwijken van tarieven van andere leveranciers heeft de ACM tariefinformatie gevorderd bij HEM.⁶¹ Uit de door HEM aangeleverde informatie bleek dat de tariefcomponenten die HEM hanteert voor de inkoopopslagen en de brutomarge significant afwijken van de gemiddelde waarden van het G6-onderzoek.⁶² Op verschillende momenten tijdens het onderzoek heeft de ACM HEM verzocht een onderbouwing van haar tariefopbouw te geven.⁶³ HEM heeft vervolgens alleen op algemene wijze de hoogte van haar tarieven onderbouwd.⁶⁴ Op basis van deze algemene toelichting over het tariefbeleid, waarin een cijfermatige onderbouwing voor de gehanteerde kostenposten ontbrak, heeft de ACM niet kunnen beoordelen in hoeverre de hoogte van de tariefcomponenten volgt uit een doelmatige bedrijfsvoering en daarmee gerechtvaardigd is conform het wettelijk kader. De ACM heeft tijdens een gesprek dat plaatsvond op 25 juli 2023 aan HEM kenbaar gemaakt waarom zij de tarieven van HEM onredelijk acht.⁶⁵ In het gesprek heeft de ACM HEM gevraagd vrijwillig de tarieven te verlagen naar de door de ACM vastgestelde maxima óf, als alternatief, een formeel besluitvormingstraject in te gaan. HEM heeft voor deze laatste optie gekozen. Als onderdeel van het formele besluitvormingstraject heeft de ACM HEM gevraagd een aanvullende onderbouwing van de redelijkheid van haar tariefopbouw te geven vergezeld met een accountantsverklaring, omdat deze onderbouwing naar de mening van de ACM nog steeds ontbrak.⁶⁶ HEM heeft van dit aanbod geen gebruik gemaakt en tijdens de hoorzitting op 30 augustus 2023 verwezen naar haar algemeen tariefbeleid zoals zij bij de ACM heeft aangeleverd.⁶⁷ Uit dit algemeen opgestelde bestand heeft de ACM wederom geen rechtvaardiging voor de hoogte van de tarieven van HEM kunnen afleiden.
56. Bij gebrek aan een onderbouwing van HEM is de ACM voor de tarievenbeoordeling in het MTB uit blijven gaan van het G6-onderzoek omdat dit onderzoek actuele gegevens over een doelmatige tariefopbouw bevat en daarmee representatief is voor de tarievenbeoordeling. De ACM heeft, bij het gebrek aan informatie van de zijde van HEM, het G6-onderzoek ook gebruikt voor de vaststelling van de aan HEM opgelegde maximumtarieven. Gelet op het voorgaande komt de ACM in bezwaar tot de conclusie dat de ACM in redelijkheid het G6-onderzoek heeft mogen gebruiken voor de tarievenbeoordeling. Aan deze conclusie ligt mede ten grondslag dat de ACM geen afdoende onderbouwing van HEM heeft ontvangen over haar tariefopbouw en het G6-onderzoek actuele en representatieve gegevens bevat over een gebruikelijke tariefopbouw op de kleinverbruikersmarkt voor elektriciteit en gas (zie ook paragrafen 5.5.1 en 5.5.3 hierna).
57. Tijdens de bezwaarfase heeft HEM een aanvullende onderbouwing van haar tariefopbouw gegeven. De ACM zal hieronder tevens ingaan op de vraag of deze onderbouwing leidt tot een ander oordeel over de onredelijkheid van de tarieven van HEM.

⁶¹ Zie randnummer 10 van deze reactie en de informatieverzoeken van 11 en 16 juni 2023, ACM/UIT/598661 en ACM/UIT/598985, (dossierstukken 2 en 12).

⁶² In dossierstuk 27 met kenmerk ACM/IN/785294 heeft HEM de uitsplitsing van haar tariefopbouw gegeven (HEM heeft hierop nog correcties gegeven, zie dossierstukken 32 en 65). Vergeleken met de gemiddelde waarden van de G6 wijkt de door HEM overgelegde tariefopbouw sterk af. Zie voor de vergelijking dossierstuk 44 met kenmerk ACM/INT/476219 (beoordeling tarieven HEM en berekening maximumtarieven t.b.v. concept-besluit) en dossierstuk 71 met kenmerk ACM/INT/481136 (definitief rekenmodel bij besluit maximumtarieven).

⁶³ Dossierstuk 2 (informatievordering over onder andere tariefopbouw en totstandkoming tarieven), dossierstukken met gespreksverslagen bedrijfsbezoek (waarin met name in dossierstukken 4 en 5 over de totstandkoming van de tarieven en de tariefopbouw is gesproken), dossierstuk 12 (aanvullende informatievordering met vragen over de tariefopbouw, winst en brutomarge).

⁶⁴ Dossierstukken 15 t/m 18 en dossierstukken 22 t/m 27, 32 en 65 (met dossierstuk 65 heeft HEM nogmaals haar tariefbeleid doorgestuurd zoals HEM eerder al had gedaan met dossierstuk 16).

⁶⁵ Dossierstuk 39 (gespreksverslag kruispuntgesprek).

⁶⁶ Dossierstukken 39 en 41.

⁶⁷ Dossierstuk 66 (hoorzittingsverslag), pagina 6. Het tariefbeleid van HEM volgt uit dossierstukken 16 en 65.

5.5.1. De ACM heeft in haar beoordeling voldaan aan de wettelijke norm

58. Volgens HEM heeft de ACM niet in lijn met de norm van artikel 95b, derde lid, E-wet en artikel 44, derde lid, Gaswet vastgesteld dat de tarieven van HEM onredelijk zijn. De ACM zou namelijk niet in lijn met deze artikelen hebben aangetoond dat in de tariefopbouw van HEM de effecten van een doelmatige bedrijfsvoering in onvoldoende mate hebben geleid tot kostenverlaging. De ACM zou daarentegen ten onrechte de tarieven en bedrijfsvoering van andere leveranciers als uitgangspunt hebben genomen bij de beoordeling van de redelijkheid van de tarieven van HEM.
59. Deze grond kan niet slagen. Zoals HEM correct stelt is het uitgangspunt van de wettelijke norm dat de tarieven van een leverancier opzichzelfstaand redelijk dienen te zijn. Daarom heeft de ACM bij HEM de hoogte van haar tarieven en de verschillende componenten (inkoopkosten, inkoopopslagen en brutomarge) van deze tarieven uitgevraagd.⁶⁸ De wet schrijft echter niet voor hoe de tarievenbeoordeling dient plaats te vinden, buiten het feit dat de ACM moet beoordelen of in de tarieven de effecten van een doelmatige bedrijfsvoering, die mede inhoudt de inkoop van elektriciteit en/of gas in voldoende mate leiden tot kostenverlaging. De wet sluit daarmee niet uit dat de ACM gegevens van andere leveranciers gebruikt in haar beoordelingsmethode. Juist om een gedegen beoordeling mogelijk te maken heeft de ACM de gegevens van de G6 bij de tarievenbeoordeling betrokken. Dit waren namelijk de meest actuele gegevens over de hoogte van tariefcomponenten in de energiemarkt die de ACM ter beschikking had op het moment dat het onderzoek naar de tarieven van HEM plaatsvond. De gegevens waren daarmee een goede weergave voor wat op dat moment een gebruikelijke tariefopbouw op de kleinverbruikersmarkt was.
60. Uit de beoordeling van de ACM bleek dat de tariefcomponenten die HEM hanteerde voor de inkoopopslagen en brutomarge significant afwijken van de gemiddelde waarden van het G6-onderzoek. Om die reden heeft de ACM HEM gevraagd de hoogte van haar tariefcomponenten nader te onderbouwen. HEM heeft dit niet, althans niet op een draagkrachtige wijze gedaan (zie de voorgaande paragraaf). Bij gebrek aan een gedegen onderbouwing heeft de ACM daarmee niet kunnen vaststellen dat in de tarieven van HEM de effecten van een doelmatige bedrijfsvoering in voldoende mate hebben geleid tot kostenverlaging. De ACM restte daarmee geen andere conclusie dan dat de tarieven van HEM onredelijk waren. In het onderzoek heeft de ACM het G6-onderzoek dus gebruikt voor een eerste constatering dat de tarieven van HEM relatief hoog zijn. Vervolgens heeft de ACM, bij gebreke aan een onderbouwing van HEM, het G6-onderzoek betrokken in de definitieve beoordeling en maximering van de tarieven. De tariefopbouw van HEM zelf vormde echter steeds het uitgangspunt in de besluitvorming. Ook de voorzieningenrechter lijkt de werkwijze van de ACM te onderschrijven en stelt dat het uitgevoerde onderzoek en de daarbij gevolgde methode de voorzieningenrechter op voorhand niet onzorgvuldig voorkomt.⁶⁹

5.5.2. Onderzoek G6 is zorgvuldig en toepasbaar op HEM

61. Volgens HEM is het G6-onderzoek gebrekkig omdat de ACM hierbij slechts heeft gekeken naar een beperkte periode, en niet naar de tariefontwikkeling over een langere tijd. Daarnaast zou de ACM bij HEM niet zijn nagegaan of de tarieven voor haar proposities voldoende voortkomen uit daadwerkelijk gemaakte, voldoende onderbouwde kosten, en of de marge aan consumenten niet te hoog was, zoals de ACM wel heeft gedaan in het G6-onderzoek. Door toch de vergelijking met de tarieven van de G6 te maken, zou de ACM een verkeerde toetst hebben gehanteerd die niet op HEM of de wet is toegespitst.
62. Deze grond kan evenmin slagen. Zoals de ACM hiervoor heeft uiteengezet is de tarievenbeoordeling van HEM gebaseerd op de wettelijke toets en is het tarief van HEM als uitgangspunt genomen. De

⁶⁸ Informatieverzoeken van 11 en 16 juni 2023, ACM/UIT/598661 en ACM/UIT/598985, dossierstukken 2 en 12.

⁶⁹ Uitspraak van de voorzieningenrechter van het CBB, zaaksnummer 23/1868 en 23/1960, r.o. 8.7.

ACM heeft de resultaten van het G6-onderzoek wel in de beoordelingsmethode betrokken omdat hieruit bleek wat op dat moment een gebruikelijke tariefopbouw was voor de kleinverbruikersmarkt. Het G6-onderzoek vormt hiermee een representatieve vergelijkings- en beoordelingsmethode.

63. Zoals aangestipt in paragraaf 6.3 van het maximumtariefbesluit heeft de ACM uitgebreid onderzoek gedaan naar de tarieven van de G6. Uit dit onderzoek werd enerzijds geconstateerd dat de gehanteerde kostenposten genoegzaam konden worden onderbouwd door de leveranciers vanuit een oogpunt van een doelmatige bedrijfsvoering en anderzijds dat er ook geen grote verschillen zijn tussen de tariefopbouwen van de leveranciers. Deze leveranciers zijn alle actief op dezelfde markt en concurreren om dezelfde groep consumenten. Dit komt ook tot uiting in tarieven die niet ver uit elkaar liggen (zie figuur 1 hierboven).
64. De ACM heeft in het G6-onderzoek specifiek gekeken naar de tariefopbouw van de tarieven die zijn gehanteerd in het eerste kwartaal van 2023. Daarmee heeft zij een goed beeld gekregen van de hoogte van de kostencomponenten die op dat moment gehanteerd werden. De ACM heeft echter ook gekeken hoe de tarieven van de G6 zich hebben ontwikkeld ten opzichte van de in 2022 gerealiseerde winstmarges en beoordeeld of hierbij sprake was van een logische kostenontwikkeling. Dit bleek het geval te zijn, waarbij geen grote afwijkingen zijn geconstateerd tussen de winstmarges in de tarieven in 2022 en het eerste kwartaal van 2023.⁷⁰ HEM heeft ondanks de vorderingen en verzoeken van de ACM niet laten blijken waarom haar tariefopbouw (met uitzondering van de inkoopkosten) kosten-georiënteerd is. Anders dan bij de G6 heeft de ACM voor HEM niet tot eenzelfde conclusie kunnen komen. Dat de ACM hierbij niet heeft gekeken naar de kostenontwikkeling van de tarieven van HEM in 2022 ten opzichte van 2023 is niet relevant. Het gaat in het onderzoek naar HEM specifiek om de tarieven met ingangsdatum 1 januari 2023 tot en met ingangsdatum 1 juni 2023, en voor het onderzoek was relevant of deze tarieven redelijk zijn. Een verklaring daarvoor heeft de ACM niet kunnen vinden, ondanks herhaalde en nadrukkelijke uitvraag daarvan door de ACM bij HEM.
65. Hoewel het onderzoek naar de G6-tarieven een iets andere opzet had dan het onderzoek naar de tarieven van HEM, zijn de onderzoeken inhoudelijk vergelijkbaar. Ook in het geval van HEM heeft de ACM HEM meerdere mogelijkheden geboden om de hoogte van haar tarieven te onderbouwen. Zowel tijdens het G6-onderzoek als tijdens het onderzoek naar de tarieven van HEM heeft de ACM uitgebreide gesprekken gevoerd over de tariefvoering en daarbij ook inzage gevorderd in bestanden die ten grondslag lagen aan de tariefopbouw.⁷¹ Waar uit het onderzoek naar de G6 bleek dat de tariefopbouw goed verklaarbaar was en werd ondersteund door een onderbouwing voor onderliggende kosten, is de ACM van een dergelijke onderbouwing bij HEM niet gebleken.

5.5.3. Empirisch onderzoek ACM

66. Volgens HEM is de beoordeling van de tarieven van de G6 door de ACM louter empirisch geweest en heeft hier geen objectief model aan ten grondslag gelegen. Dit doet HEM twijfelen aan het oordeel over de redelijkheid van de tarieven van de G6. Deze bevindingen leidt HEM (onder andere) af uit een verklaring van een medewerker van de ACM aan de voormalig gemachtigden van HEM. Volgens HEM is de ACM ten onrechte voorbijgegaan aan dit bezwaar in het MTB ondanks het feit dat HEM het in haar schriftelijke zienswijze tegen het MTB had opgenomen.
67. Deze stellingen van HEM treffen geen doel. De ACM stelt voorop dat in het MTB de redelijkheid van de tarieven van HEM ter discussie stonden en niet de redelijkheid van de tarieven van de G6. De tarieven van de G6, die gemiddeld twee keer zo laag waren als de onredelijk bevonden tarieven van HEM, heeft de ACM in haar onderzoeken in ieder geval niet onredelijk geacht. Het klopt inderdaad dat aan het G6-onderzoek geen beoordelingsmodel ten grondslag heeft gelegen. Wel heeft de ACM uitgebreid

⁷⁰ Zie de rapporten waar in voetnoot 4 naar wordt verwezen.

⁷¹ Zie met name de gespreksverslagen in dossierstukken 4 en 5 met kenmerken ACM/UIT/601651 en ACM/UIT/601667 van 12 juni 2023 en dossierstuk 14, Verslag van ambtshandelingen bedrijfsbezoek HEM Energie, kenmerk ACM/UIT/599098.

onderzoek gedaan naar de onderzochte tariefopbouwen, door onder andere interne en externe accountants bij dat onderzoek te betrekken en de opgevraagde informatie nauwkeurig te bestuderen. Tijdens het onderzoek is geconstateerd dat de tarieven van de G6 niet onredelijk waren. Evenmin zijn significante verschillen gevonden in de gehanteerde kostencomponenten van de tarieven. Dit terwijl er ten aanzien van de tarieven van HEM een grote discrepantie is geconstateerd tussen haar tariefopbouw en de tariefopbouw zoals volgt uit het G6-onderzoek. Bovendien is het logisch dat het G6-onderzoek een empirische opzet heeft. De ACM had door de sterk gestegen prijzen tijdens de energiecrisis geen actuele data ter beschikking over een gebruikelijke tariefopbouw in de energiemarkt. Juist door het G6-onderzoek uit te voeren heeft de ACM deze gegevens wel verkregen en kon zij deze data gebruiken bij de beoordeling van de tarieven van HEM.

68. Dat de ACM verder ten onrechte voorbij is gegaan aan een bezwaar uit de zienswijze van HEM kan zij niet volgen. Voor zover de ACM dit argument van HEM heeft kunnen herleiden uit haar eerdere zienswijze is de ACM hierop ingegaan in paragrafen 6.3 en 6.6 van het maximumtariefbesluit.

5.5.4. De ACM heeft alle proposities van de G6 volledig meegewogen in de beoordelingsmethode

69. Ten behoeve van het maximumtariefbesluit, en naar aanleiding van de zienswijze van HEM, heeft de ACM de beoordeling in het rekenmodel aangepast door de dataset van de gebruikte proposities uit te breiden ten opzichte van de beoordeling die aan het concept-maximumtariefbesluit ten grondslag lag. Volgens HEM is onduidelijk of de ACM hiermee alle proposities van de G6 heeft opgenomen of slechts meer proposities ten opzichte het concept-maximumtariefbesluit. Evenals in het MTB, kan de ACM ook in bezwaar bevestigen dat alle proposities van de G6 in de beoordeling in het definitieve besluit betrokken zijn.⁷² Deze uitbreiding van de dataset is ten voordele van HEM geweest. HEM heeft dit ook kunnen controleren in de dataroom die plaatsvond op 11 januari 2024, waarin de rekenmodellen ten aanzien van het concept-MTB en het definitieve MTB ter inzage zijn gelegd.

5.5.5. De ACM heeft voor de G6-vergelijking gebruik mogen maken van ongewogen gemiddelden; klantaantallen per tarief niet relevant

70. Volgens HEM is het problematisch dat de ACM in de G6-vergelijking is uitgegaan van een ongewogen gemiddelde, waarbij elk in de markt gezet tarief even zwaar meetelt, ongeacht het klantaantal. Op deze manier zouden niet-actief verkochte proposities met een laag klantaantal net zo zwaar meewegen in de vergelijking als proposities die wel actief verkocht worden met een hoger klantaantal. Dit terwijl de niet-actief verkochte proposities mogelijk een lager tarief hebben. Hiermee zou de vergelijking met de G6 niet representatief zijn geweest.
71. Ook deze stelling van HEM kan niet slagen. Ter onderbouwing verwijst de ACM naar paragraaf 6.5 van het MTB, waaruit kort gezegd volgt hoe de ACM de tarieven van de G6 in de beoordelingsmethode heeft meegenomen en waarom ervoor is gekozen geen gewogen gemiddelde naar klantaantallen op te nemen. Verder merkt de ACM op dat bij de tarievenbeoordeling van de ACM voorop staat dat elk individueel tarief redelijk dient te zijn. Hierbij is het niet relevant of een tarief vaker of minder vaak wordt afgenomen dan een ander tarief uit het portfolio van de leverancier. De ACM ziet dan ook niet in waarom zij in het MTB had moeten uitgaan van een gewogen gemiddelde naar klantaantal. Zoals de ACM in het MTB heeft opgemerkt, is voorafgaand aan de ingangsdatum van het tarief bovendien nog niet duidelijk hoeveel klanten het tarief daadwerkelijk gaan afnemen.
72. Dat HEM verder beargumenteert dat leveranciers bepaalde tarieven actief verkopen en andere tarieven niet herkent de ACM niet. In haar toezichtspraktijk ziet de ACM wel dat leveranciers vaak een hogere prijs toekennen aan de modelcontracten om een plotselinge grote klanteninstroom op deze propositie

⁷² Zie randnummer 75 van het maximumtariefbesluit.

te voorkomen. De ACM heeft deze contracten echter uitgesloten van de opgenomen tarieven in de G6-vergelijking. De ACM treedt met het MTB evenmin op tegen het door HEM gehanteerde modelcontract.

73. Verder stelt HEM nog dat zij niet kan volgen wat de ACM in randnummer 78 van het MTB bedoelt met de opmerking dat “een gewogen gemiddelde van de G6 tot een oververtegenwoordiging [zou] leiden van de grootste energieleveranciers”. De ACM heeft hiermee duidelijk willen maken dat als zij wel uit zou gaan van gewogen gemiddelden, de tarieven van de grootste energieleveranciers binnen de G6 oververtegenwoordigd zouden zijn ten opzichte van de tarieven van kleinere leveranciers binnen de G6 met lagere klantaantallen. De ACM heeft hiervoor niet gekozen omdat er hiermee minder zeggingskracht uit zou gaan van de tarieven van de kleinere leveranciers die tot de G6 behoren.

5.5.6. De G6-gegevens zijn betrouwbaar

74. Volgens HEM is om verschillende redenen niet aangetoond dat de gegevens uit het G6-onderzoek betrouwbaar zijn. De ACM zou niet aannemelijk hebben gemaakt dat zij rekening heeft gehouden met de inkoopperiode van de G6-tarieven en de transferprijs binnen een concern waarmee de inkoopopslagen en de brutomarge kunnen worden gecompenseerd. HEM verwijst hierbij naar haar zienswijze tegen het concept-MTB, waarin zij stelt dat HEM in augustus en september 2022 tegen een zeer hoge inkoopprijs elektriciteit en gas heeft ingekocht voor het eerste kwartaal van 2023. Hiermee lijkt HEM te betogen dat de hoogte van haar tarieven onder meer te verklaren is door deze hoge inkoopprijs die zij aan de klant doorberekent.
75. De ACM stelt voorop dat de inkoopprijs niet relevant is in de onderhavige besluitvorming. De ACM heeft in het MTB namelijk geconstateerd dat de inkoopprijs van HEM in ieder geval niet onredelijk is, en heeft deze daarom niet aan een nadere beoordeling onderworpen en gemaximeerd.
76. Voor zover relevant heeft de ACM in het G6-onderzoek ook gekeken naar de periode van inkoop van de proposities van de G6. Hierbij heeft de ACM bekeken of de inkoopkosten te herleiden zijn tot de groothandelsprijzen op het moment van inkoop van de energie en dat bleek het geval te zijn.⁷³ Bovendien heeft de ACM geconstateerd dat er geen extra premie wordt betaald op de transferprijs voor inkoop binnen een concern waardoor de hoogte van de inkoopopslagen en de brutomarge kan worden beïnvloed. HEM biedt ook geen begin van een bewijs aan waaruit dit zou blijken.

5.5.7. Vergelijkbaarheid HEM en G6

77. Volgens HEM gaat de G6-vergelijking in de tarievenbeoordeling niet op omdat HEM om verschillende redenen niet te vergelijken is met de leveranciers die deel uitmaken van de G6. Kort gezegd wijst HEM hier op de grotere bedrijfsomvang van de G6 ten opzichte van HEM en de schaalvoordelen die hiermee gepaard gaan. De ACM leidt hieruit af dat HEM hiermee bedoelt dat de G6 zo meer mogelijkheden heeft om kosten te drukken en lagere tarieven in rekening te brengen dan een kleinere leverancier zoals HEM.
78. Deze grond van HEM kan niet slagen. De ACM verwijst hiervoor naar paragrafen 4.4 en 6.5 van het MTB waarin de ACM al deels op deze punten is ingegaan. Verder wijst de ACM in bezwaar op het volgende. Dat HEM in directe zin vergelijkbaar is met de G6 heeft de ACM in haar primaire besluitvorming nimmer gesteld. Wel heeft de ACM HEM voldoende vergelijkbaar geacht met de G6 om de G6-vergelijking in de beoordeling van de tarieven van HEM te betrekken. Zo heeft de ACM in haar recente toezichtspraktijk gezien dat de energietarieven van de verschillende leveranciers niet in grote mate van elkaar verschilden. Dit gold zowel voor de G6 onderling, als voor de tarieven van andere leveranciers ten opzichte van de G6. De ACM vindt het hiermee aannemelijk dat de resultaten uit het G6-onderzoek ook duidingskracht hebben voor de tariefopbouw van andere leveranciers. Daarbij geldt dat de vergelijking met het G6-onderzoek in eerste instantie niet leidend was bij het onderzoek naar de

⁷³ Zie de rapporten waar in voetnoot 10 naar wordt verwezen.

tarieven van HEM. Pas nadat HEM geen rechtvaardiging heeft gegeven voor de door haar gehanteerde kosten, is de ACM bij de definitieve tariefbeoordeling uitgegaan van de resultaten van het G6-onderzoek. Indien HEM wel met een voldoende onderbouwing voor de gehanteerde tariefopbouw was gekomen dan had de ACM hiermee rekening kunnen houden in haar tarievenbeoordeling en had de ACM niet, of in mindere mate, gekeken naar de tariefopbouw van HEM ten opzichte van de G6.

79. Ter volledigheid reageert de ACM hier ook op de overige bezwaren van HEM tegen het gebruik van het G6-onderzoek voor zover het ziet op de vergelijkbaarheid van HEM en de G6.
80. Voor zover de argumenten van HEM zien op inkoopvoordelen van de G6 ten opzichte van kleinere leveranciers acht de ACM deze argumenten niet relevant. Zoals hiervoor opgemerkt acht de ACM de door HEM gehanteerde inkoopkosten niet onredelijk en heeft zij deze component niet verder onderzocht noch gemaximeerd.
81. Dat HEM meer kosten moet maken dan de G6 en dat dit ook tot uiting komt in haar tariefopbouw heeft HEM enkel gesteld en niet cijfermatig onderbouwd. De ACM heeft daarom niet kunnen nagaan of dit daadwerkelijk het geval was. Bij gebreke aan een dergelijke onderbouwing is de ACM blijven uitgaan van een vergelijking met de resultaten van het G6-onderzoek. Zoals hiervoor benoemd liggen de tarieven van de G6 ook in lijn met de tarieven van andere kleinere leveranciers die op de kleinverbruikersmarkt actief zijn, waardoor de ACM de vergelijking representatief acht en toepasbaar op HEM.

5.5.8. Aanvullende tariefinformatie HEM tijdens bezwaarfase

82. HEM heeft tijdens de bezwaarfase een aanvullende onderbouwing over haar tariefopbouw gegeven en daarbij een aantal documenten over haar tariefbeleid verstrekt. Voorts betoogt HEM dat het voor haar onduidelijk is welke gegevens de ACM nog meent te missen over haar tariefopbouw en dat zij openstaat voor aanvullende vragen van de ACM hierover.
83. Naar aanleiding van de aanvullende onderbouwing van HEM heeft de bezwaarcommissie een aantal vragen gesteld aan de toezichtdirectie die de beoordeling van de onredelijk bevonden tarieven van HEM heeft uitgevoerd. Op basis van de door de toezichtdirectie gegeven beantwoording komt de bezwaarcommissie tot de conclusie dat de nadere onderbouwing van HEM niet tot een ander oordeel leidt over de redelijkheid van de tarieven. Uit de aanvullende informatie blijkt namelijk geen cijfermatig relevante onderbouwing van de door HEM gehanteerde inkoopopslagen en brutomarge in haar tarieven. Uit de beoordeling van de toezichtdirectie blijkt dat de door HEM verstrekte informatie veelal ziet op algemeenheden over het tariefbeleid van HEM. Er wordt echter geen informatie gegeven over de onderliggende kostenposten van de onredelijk bevonden tariefcomponenten waardoor niet is gebleken van een rechtvaardiging van de gevoerde kosten. De bezwaarcommissie is het met de toezichtdirectie eens dat de geleverde informatie niet tot aanpassing van de tariefbeoordeling van HEM kan leiden. De ACM blijft daarmee bij haar oordeel dat de tarieven van HEM onredelijk zijn. De bezwaarcommissie ziet geen reden om de in het MTB vastgestelde maximumtarieven aan te passen.
84. De stelling van HEM dat onduidelijk is welke onderbouwing zij nog meer aan de ACM had moeten verstrekken volgt de ACM niet. HEM is op verschillende momenten in het besluitvormingsproces gevraagd om een onderbouwing voor de hoogte van haar tarieven te geven waaronder in de bezwaarfase.⁷⁴ Bij deze uitvraag is duidelijk naar voren gekomen dat de informatiebehoefte van de ACM bestaat uit een onderbouwing van de door HEM gehanteerde inkoopopslagen en brutomarge in haar tarieven, gesteund door cijfermatige gegevens.⁷⁵ Hiermee is het voor HEM voldoende duidelijk geweest welke informatie zij had moeten verstrekken.

⁷⁴ Zie ook randnummers 5 en 55 van dit besluit.

⁷⁵ ACM/UIT/612264, p. 2.

5.5.9. Bezwaargronden HEM naar aanleiding van de dataroom

85. In de dataroom van 11 januari 2024 hebben de gemachtigden van HEM inzicht gekregen in de vertrouwelijke versie van het rekenmodel dat de ACM heeft gehanteerd voor de tarievenbeoordeling in het definitieve MTB. Naar aanleiding van deze inzage stelt HEM dat de ACM onzorgvuldig te werk is gegaan voor het vaststellen van de geanonimiseerde versie van het rekenmodel die de ACM eerder aan HEM had verstrekt. Deze geanonimiseerde versie bevat op sommige plaatsen namelijk andere getallen dan vertrouwelijke versies van het rekenmodel. Ook stelt HEM dat het onduidelijk is waarom de ACM bij het vaststellen van de maximaal toegestane brutomarge is uitgegaan van de mediaan van haar dataset in plaats van een gemiddelde. Verder blijkt volgens HEM uit enkele kopteksten op tabbladen van het rekenmodel dat de ACM vooringenomen te werk is gegaan om zo bewijs van een overtreding te creëren. Ook deze stellingen van HEM leiden niet tot een andere beoordeling van de onredelijk bevonden tarieven.
86. De toezichtdirectie heeft per e-mail van 23 februari 2024 toegelicht hoe de discrepantie tussen de geanonimiseerde versie en de leidende vertrouwelijke versie van het rekenmodel is ontstaan.⁷⁶ Uit de toelichting blijkt dat de door de ACM gebruikte methode voor het vertrouwelijk maken van de cijfers in de geanonimiseerde versie van het rekenmodel er ten onrechte toe leidde dat de uitkomst van enkele berekeningen is aangepast waardoor ook de uitkomsten in een van de tabbladen van het geanonimiseerde model zijn gewijzigd. De cijfers uit de vertrouwelijke versie zijn echter wel correct. Hoewel de ACM de discrepantie tussen de stukken betreurt, is de ACM van oordeel dat HEM hier niet door is benadeeld. HEM stelt zelf ook niet hoe deze afwijkingen tussen de geanonimiseerde versie en de vertrouwelijke versie van het rekenmodel de besluitvormingen hebben beïnvloed.
87. Uit de hiervoor genoemde e-mailtoelichting volgt dat de ACM voor het vaststellen van de gemaximeerde brutomarge is uitgegaan van de mediaan omdat dit beter aansluit bij een marktgebaseerde brutomargeopslag. Door het hanteren van de mediaan ten opzichte van een gemiddelde worden uitschieterende waarden in de dataset niet meegenomen, waardoor een betrouwbaarder beeld naar voren komt van de in de markt gehanteerde gemiddelde brutomarge.
88. Ten slotte kan uit de kopteksten niet worden afgeleid dat de ACM vooringenomen te werk is gegaan om zo bewijs van een overtreding te creëren. De kopteksten uit het model geven een omschrijving van de functie van het betreffende Excel-tabblad en beschrijven tot welke uitkomst de beoordeling in het betreffende tabblad heeft geleid. De berekening in de tabbladen is verder gebaseerd op objectieve cijfermatige gegevens. De ACM ziet niet in hoe hiermee sprake kan zijn van een doelredenering om bewijs van een overtreding te creëren.

5.5.10. Conclusie

89. De ACM is bij de beoordeling van de tarieven van HEM zorgvuldig te werk gegaan en heeft de maximumtarieven op goede gronden kunnen vaststellen. Hiermee voldoet de ACM aan het zorgvuldigheidsbeginsel. Ook ziet de ACM in haar herbeoordeling geen aanleiding om de tariefbeoordeling aan te passen naar aanleiding van de aanvullende informatie die HEM heeft verstrekt. De ACM is daarmee in het MTB op goede gronden tot het oordeel gekomen dat de tarieven van HEM onredelijk zijn. Daaruit volgt ook dat HEM artikel 95b, eerste lid, van de E-wet en artikel 44, eerste lid, van de Gaswet heeft overtreden door onredelijke tarieven te hanteren.

⁷⁶ ACM/IN/846731.

5.6. Het publicatiebesluit

90. De ACM merkt vooraf op dat het publicatiebesluit door de voorzieningenrechter is geschorst tot het besluit onherroepelijk is geworden. Deze schorsing staat niet aan de weg aan het behandelen van de bezwaargronden die HEM heeft gericht tegen het publicatiebesluit. Deze bezwaargronden zullen hieronder verder worden besproken.

5.6.1. De grondslag van het publicatiebesluit

91. De ACM heeft op grond van artikel 12v Instellingswet Autoriteit Consument en Markt (hierna: lw) besloten tot openbaarmaking van het MTB. HEM betoogt dat niet artikel 12v lw, maar artikel 12w lw de juiste grondslag is voor openbaarmaking van het MTB. HEM verwijst in dat kader ook naar de uitspraak van de voorzieningenrechter waarin de rechter twijfels uit over de juistheid van artikel 12v lw als grondslag voor openbaarmaking van het MTB. Volgens de rechter is in het MTB niet uitdrukkelijk een overtreding van artikel 95b, eerste lid, E-wet en artikel 44, eerste lid Gaswet vastgesteld. Daarnaast twijfelt de rechter ook of het MTB kan worden aangemerkt als bindende aanwijzing als bedoeld in 12v lw.
92. De bezwaren van HEM treffen geen doel. De ACM ziet daarom geen aanleiding om terug te komen op de gekozen grondslag in het publicatiebesluit. Artikel 12v bepaalt dat de ACM een door haar genomen beschikking tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie of een bindende aanwijzing openbaar maakt indien voor de desbetreffende overtreding bij wettelijke voorschrift is bepaald dat een bestuurlijke boete kan worden opgelegd. Uit de rechtspraak van het CBb volgt dat de wetgever bij de vormgeving van het stelsel van openbaarmaking de aard en de ernst van de overtreding als aanknopingspunt heeft willen nemen, en niet de naar aanleiding daarvan (eventueel) volgende bestuurlijke sanctie of bindende aanwijzing.⁷⁷ Uit diezelfde uitspraak volgt ook de conclusie van het CBb dat de wetgever heeft gewild dat een besluit waarbij een overtreding is vastgesteld, openbaar wordt gemaakt. Daarom is relevant of de ACM in abstracto een boete (of een bindende aanwijzing) zou kunnen opleggen voor de overtreding en niet het soort besluit waarbij de overtreding is vastgesteld.
93. De ACM heeft vastgesteld dat HEM onredelijke tarieven heeft gehanteerd. Daarmee heeft HEM ook niet voldaan aan zijn plicht als houder van een vergunning om tegen redelijke tarieven zorg te dragen voor levering van elektriciteit en gas aan kleinverbruikers. Daarom kan worden vastgesteld dat HEM door het hanteren van onredelijke tarieven ook artikel 95b, eerste lid, van de E-wet en artikel 44, eerste lid van de Gaswet heeft overtreden. Wanneer sprake is van een overtreding van artikel 95b, eerste lid, van de E-wet en artikel 44, eerste lid van de Gaswet kan de ACM een bestuurlijke boete opleggen van ten hoogste 10% van de omzet van de overtreder.⁷⁸ Nu sprake is van een overtreding waarvoor de ACM ook een boete van de hoogste categorie had kunnen opleggen is het verplichte openbaarmakingsregime van artikel 12v van toepassing.
94. Daarnaast kan het MTB worden aangemerkt als een bindende aanwijzing in de zin van artikel 12j lw. Een besluit kan een bindende aanwijzing zijn zonder dat daaraan expliciet een dergelijke naam wordt gegeven. Doorslaggevend zijn de inhoud en rechtsgevolgen van het besluit. Het maximumtariefbesluit betreft een wegens een overtreding opgelegde last tot het hanteren van tarieven die niet hoger zijn dan de door de ACM vastgestelde maximumtarieven. Het MTB heeft daarmee tot doel om de overtreding van artikel 95b, eerste lid, van de E-wet en artikel 44, eerste lid van de Gaswet te beëindigen door maximumtarieven vast te stellen die wel redelijk zijn. Nu voor deze overtreding is bepaald dat een bestuurlijke boete van ten hoogste 10% van de omzet van de overtreder kan worden opgelegd kan ook op deze grond worden geconcludeerd dat het publicatieregime van artikel 12v lw van toepassing is.

⁷⁷ Zie de uitspraak van het CBb van 18 februari 2020, ECLI:NL:CBB:2020:92, r.o. 7.3, met verwijzing naar *kamerstukken* // 2012/13, 33622, nr. 3, p. 13-14, 57-60.

⁷⁸ Artikelen 77i, eerste lid, onder b, van de E-wet en 60ad, eerste lid, onder b van de Gaswet.

95. Ten slotte is dit niet de eerste zaak is waarin de ACM het MTB heeft gepubliceerd op grond van artikel 12v lw. In een eerder traject heeft de ACM maximumtarieven opgelegd aan N.V. Nuon Sales Nederland.⁷⁹ Dit maximumtariefbesluit en de daaropvolgende beslissing op bezwaar heeft de ACM eveneens openbaar gemaakt op grond van artikel 12v lw. Het CBb heeft in zijn uitspraak niet aangegeven dat de ACM een onjuiste grondslag heeft gehanteerd, terwijl het CBb deze doorgaans ambtshalve wel toetst.

5.6.2. Belangenafweging openbaarmaking

96. HEM betoogt dat de openbaarmaking onrechtmatig is, omdat het onderliggende materiële besluit onrechtmatig zou zijn. Daarnaast betoogt HEM dat zij onevenredig nadeel lijdt als gevolg van de publicatie van het maximumtariefbesluit en dat de ACM een belangenafweging daartoe had moeten maken in het publicatiebesluit. Daarbij had de ACM moeten rekening moeten houden met de andere besluiten die de ACM ten aanzien van HEM heeft genomen zoals het voorschriftenbesluit. Voorts is de publicatie van het maximumtariefbesluit in strijd met het evenredigheidsbeginsel omdat het publiceren van het MTB onevenredig nadelig zal zijn voor HEM en de gevolgen ook onomkeerbaar zijn.⁸⁰
97. De bezwaren van HEM treffen geen doel. Uit hetgeen hiervoor is besproken en uit het MTB volgt dat het MTB rechtmatig is en dat daarmee publicatie van het MTB ook rechtmatig is. De ACM is het niet eens met het standpunt van HEM dat zij een belangafweging had moeten maken in het publicatiebesluit. Artikel 12v, eerste lid, van de lw bevat namelijk een plicht voor de ACM tot openbaarmaking. Er is daarom geen ruimte voor de ACM om vooraf een belangenafweging te maken.⁸¹ Er was daarom ook geen ruimte om in het kader van de publicatie rekening te houden met de andere besluiten die de ACM ten aanzien van HEM heeft genomen. Daarnaast ziet de ACM geen aanleiding om de openbaarmaking achterwege te laten op grond van de “tenzij-clausule”. Die tenzij-clausule houdt in dat openbaarmaking achterwege blijft als de beschikking in strijd is of zou kunnen komen met het doel van het aan de ACM opgedragen toezicht op de naleving.⁸² De openbaarmaking van het MTB is juist belangrijk om de consument en de markt te informeren en/of waarschuwen voor onredelijke tarieven en de maximumtariefbesluiten die zij heeft opgelegd aan energieleveranciers. Bovendien ziet de ACM ook geen ruimte voor een toetsing aan het evenredigheidsbeginsel contra legem nu de reputatieschade en de financiële gevolgen daarvan al door de wetgever zijn meegewogen bij de invoering van artikel 12v van de lw.⁸³ De wetgever heeft immers duidelijk voorrang gegeven aan openbaarmaking van een besluit op grond van artikel 12v lw boven de belangen die de overtreder heeft bij het niet openbaar worden van het besluit zoals reputatieschade.⁸⁴ Alle nadelige gevolgen die HEM heeft genoemd houden verband met reputatieschade of de gevolgen daarvan.⁸⁵

5.6.3. Conclusie

De ACM ziet in haar herbeoordeling in bezwaar geen reden om terug te komen op de wettelijke grondslag van het publicatiebesluit. Daarnaast bevat het publicatiebesluit, gelet op de wettelijke grondslag, terecht geen belangenafweging.

⁷⁹ Uitspraak van het CBb van 3 maart 2020, ECLI:NL:CBB:2020:119.

⁸⁰ Zie randnummer 142 t/m149 van het verzoekschrift dat HEM heeft ingediend in de VoVo procedure en waarnaar in de bezwaargronden wordt verwezen.

⁸¹ Zie bijvoorbeeld de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 25 januari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:375.

⁸² Artikel 12v, tweede lid van de lw jo. Artikel 12u, vierde lid, van de lw.

⁸³ Zie de uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State van 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:772, r.o. 9.6 e.v. en de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 15 juni 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:5209, r.o. 26.8.

⁸⁴ Zie hierover de Memorie van Toelichting (MvT) bij de Stroomlijningswet, Kamerstukken II 2012- 2013, 33 622, nr. 3, p. 59.

⁸⁵ Zie de gevolgen in randnummer 143 van het verzoekschrift dat HEM heeft ingediend in de VoVo procedure en waarnaar in de bezwaargronden wordt verwezen.

6. Besluit

De Autoriteit Consument en Markt:

- I. verklaart de bezwaargronden van Allround Hollands Energie B.V. tegen het besluit van de ACM van 25 september 2023 en het besluit van 9 oktober 2023 ongegrond;
- II. wijst het verzoek van Allround Hollands Energie B.V. om een proceskostenvergoeding af.

Den Haag, **13 maart 2024**

Autoriteit Consument en Markt,
namens deze:

w.g.

drs. M.R. Leijten
bestuurslid

Als u belanghebbende bent, kunt u beroep instellen tegen dit besluit. Stuur uw gemotiveerde beroepschrift naar het College van Beroep voor het bedrijfsleven, Postbus 20021, 2500 EA 's-Gravenhage. Dit moet u doen binnen zes weken na de dag waarop dit besluit bekend is gemaakt. Meer informatie over de beroepsprocedure vindt u op www.rechtspraak.nl.