



Besluit

Besluit tot het opleggen van een boete aan [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK] wegens feitelijk leidinggeven aan overtredingen van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet door Flexenergie B.V.

Ons kenmerk : ACM/UIT/509162
Zaaknummer : ACM/19/035181
Datum :

1 Inleiding

1. Op 2 oktober 2018 heeft de Directie Consumenten van de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) aan Flexenergie B.V. (hierna: Flexenergie) een onderzoeksrapport¹ toegezonden wegens vermoedelijke overtredingen van de Elektriciteitswet 1998, de Gaswet en de Informatiecode elektriciteit en gas door Flexenergie. Deze vermoedelijke overtredingen bestonden er uit dat Flexenergie in overeenkomsten tot levering van elektriciteit en/of gas voor onbepaalde duur met kleinverbruikers ten onrechte heeft opgenomen dat afsluitkosten in rekening worden gebracht bij beëindiging van die overeenkomst. Daarnaast heeft Flexenergie bij leveringsovereenkomsten voor bepaalde duur structureel geen dan wel niet op de juiste wijze contractgegevens ter beschikking gesteld voor opname in het contracteindegegevensregister (hierna: CER).
2. Dit onderzoeksrapport is ook toegezonden aan de natuurlijke personen, [VERTROUWELIJK] (hierna: [VERTROUWELIJK]) en [VERTROUWELIJK] (hierna: [VERTROUWELIJK]). Vermoed werd dat zij feitelijk leiding hebben gegeven aan de eerste overtreding.
3. Flexenergie verkeert inmiddels in staat van faillissement. Bijlage 1 bevat het besluit van de ACM², waarin zij heeft vastgesteld dat Flexenergie in de periode van 13 maart 2015 tot en met 31 maart 2016 en van 27 maart 2017 tot en met 20 april 2017 in strijd heeft gehandeld met artikel 95m, achtste lid, van de Elektriciteitswet 1998 en artikel 52b, achtste lid, van de Gaswet. Deze overtreding betreft het ten onrechte in overeenkomsten (tot levering van elektriciteit en/of gas) voor onbepaalde duur met kleinverbruikers opnemen dat afsluitkosten in rekening worden gebracht bij beëindiging van die overeenkomst (hierna ook: overtreding 1). De ACM heeft in dat besluit tevens vastgesteld dat Flexenergie in de periode van 6 februari 2016 tot en met 5 mei 2017 in strijd heeft gehandeld met zowel artikel 2.5.3 als artikel 2.5.4 van de Informatiecode, omdat zij niet op juiste wijze contractgegevens ter beschikking heeft gesteld voor opname in het CER. Dit levert een overtreding op van artikel 55 Elektriciteitswet en artikel 23 Gaswet juncto artikel 2.5.3 van de Informatiecode (hierna ook: overtreding 2).
4. Bijlage 1, inclusief de daarin gedefinieerde termen, maakt integraal onderdeel uit van dit besluit, dat [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK] betreft.

¹ Rapport met kenmerk ACM/UIT/494409.

² Kenmerk ACM/UIT/500596.

2 Verloop van de procedure

5. Het onderzoeksrapport is op 2 oktober 2018 overgedragen aan de Directie Juridische Zaken van de ACM. [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK] hebben inzage gekregen in het onderliggende rapportdossier.
6. Op 10 december 2018 hebben [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK] de meest recente gegevens over hun financiële omstandigheden aan de ACM gezonden.³
7. In maart 2019 zijn [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK] in gesprek getreden met de ACM teneinde de mogelijkheden te verkennen om via een zogenaamd traject van vereenvoudigde afdoening tot een besluit naar aanleiding van voormeld onderzoeksrapport te komen.

3 Erkenning

8. [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK] hebben een schriftelijke verklaring ingediend met het oog op vereenvoudigde afdoening. Deze verklaring bevat:
 - een duidelijke en ondubbelzinnige erkenning van overtreding 1 door Flexenergie zoals omschreven in het besluit van de ACM van 28 maart 2019 (bijlage 1);
 - een duidelijke en ondubbelzinnige erkenning van de feiten en omstandigheden en de juridische kwalificatie van het feitelijk leidinggeven aan overtreding 1 door Flexenergie⁴;
 - een duidelijke en ondubbelzinnige erkenning dat zij hiervoor worden gekwalificeerd als overtreders in de zin van artikel 5:1 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb); en de bevestiging dat zij voldoende gelegenheid hebben gekregen om hun standpunten in deze zaak aan de ACM kenbaar te maken en voldoende gelegenheid hebben gekregen om het rapportdossier in te zien.
9. [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK] hebben de verklaring ingediend onder het voorbehoud dat de uiteindelijke boete die door de ACM wordt opgelegd niet hoger is dan in de verklaring is vermeld.

³ Brief met kenmerk ACM/IN/425007.

⁴ Zie paragraaf 6.1 van het besluit met kenmerk ACM/UIT/500596 (zie bijlage 1 van dit besluit).

4 Feiten en omstandigheden

10. Flexenergie heeft prepaid-contracten voor onbepaalde duur met kleinverbruikers afgesloten, waarin was opgenomen dat bij de beëindiging daarvan afsluitkosten in rekening werden gebracht. Zij heeft daarmee in strijd gehandeld met artikel 95m, achtste lid, van de Elektriciteitswet 1998 en artikel 52b, achtste lid, van de Gaswet.
11. De ACM heeft daarnaast in 342 gevallen kunnen vaststellen dat Flexenergie deze afsluitkosten daadwerkelijk bij kleinverbruikers in rekening heeft gebracht.
12. [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK] waren samen de oprichters van Flexenergie. Vanaf 28 mei 2013 waren zij beiden bestuurder van Flexenergie. [VERTROUWELIJK] is 50% aandeelhouder van Flexenergie via [VERTROUWELIJK], waarvan hij enig aandeelhouder is. [VERTROUWELIJK] is 50% aandeelhouder van Flexenergie via [VERTROUWELIJK], waarvan hij enig aandeelhouder is.
13. Gedurende de periode van 13 maart 2015 tot en met 31 maart 2016 vormden [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK] de directie van Flexenergie en waren zij bevoegd en feitelijk ook in staat beslissingen over de uitvoering van het bedrijf te nemen.

5 Juridisch kader

14. Als een rechtspersoon een overtreding begaat, kan de ACM handhavend optreden tegen die rechtspersoon en degenen die feitelijk leiding hebben gegeven aan de overtreding (artikel 51, tweede lid, Sr).
15. Feitelijk leidinggevende is degene die feitelijke zeggenschap kan uitoefenen over de gedragingen van de rechtspersoon, al dan niet op grond van een formele dienstbetrekking.⁵ Een persoon kan feitelijk leiding geven aan een overtreding van een rechtspersoon door handelingen te verrichten waarmee hij de overtreding bevordert of door het achterwege laten van handelingen waarmee hij de overtreding doet bevorderen.⁶
16. Om te bepalen of sprake is van feitelijk leidinggeven zijn het beschikkings- en aanvaardingscriterium leidend. Van feitelijk leidinggeven aan een verboden gedraging van een rechtspersoon kan onder omstandigheden sprake zijn indien de functionaris - hoewel daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden - maatregelen ter voorkoming van deze gedraging achterwege laat en bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat de verboden gedraging zich zal voordoen.⁷ Dit wordt aangeduid met de term 'voorwaardelijk opzet'. De functionaris wordt in dat geval geacht opzettelijk de verboden gedraging te bevorderen. De bewuste aanvaarding van het risico dat de verboden gedraging zich zal voordoen hoeft niet betrekking te hebben op de verboden gedraging als zodanig. Het is dus niet van belang of de functionaris weet dat de gedraging een overtreding oplevert. Er is voldaan aan het criterium 'bewust de aanmerkelijke

⁵ HR 16 juni 1981, NJ 1981, 586, r.o. 8.

⁶ Vgl. HR 20 november 1984, NJ 1985, 355, r.o. 4.3-4.5. Zie ook Rechtbank Rotterdam 16 mei 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW6221, r.o. 11.2 en CBb 17 juli 2015, ECLI:NL:CBB:2015:256, r.o. 3.4.2.

⁷ HR 16 december 1986, NJ 1987, 321, r.o. 5.1.1. Zie bijv. ook CBb 7 maart 2016, ECLI:NL:CBB:2016:54, r.o. 8.3.

kans aanvaarden', indien de functionaris (globaal) op de hoogte is van soortgelijke gedragingen binnen de onderneming.⁸

6 Beoordeling

17. De ACM wijst er op dat zij in haar besluit met kenmerk ACM/UIT/509162 heeft vastgesteld dat Flexenergie artikel 95m, achtste lid, van de Elektriciteitswet 1998 en artikel 52b, achtste lid, van de Gaswet heeft overtreden (overtreding 1). Met betrekking tot het feitelijk leidinggeven aan deze overtreding door respectievelijk [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK] oordeelt de ACM als volgt.
18. [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK] zijn de oprichters van Flexenergie. Vanaf 28 mei 2013 waren [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK] de bestuurders van het bedrijf. [VERTROUWELIJK] is 50% aandeelhouder van Flexenergie via [VERTROUWELIJK], waarvan hij enig aandeelhouder is.⁹ [VERTROUWELIJK] is aandeelhouder van de overige 50% van Flexenergie via [VERTROUWELIJK], waarvan hij enig aandeelhouder is.¹⁰
19. Gedurende de periode van periode van 13 maart 2015 tot en met 31 maart 2016 vormde [VERTROUWELIJK] samen met [VERTROUWELIJK] de directie van Flexenergie.¹¹
20. De ACM stelt vast dat [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK] feitelijk leiding hebben gegeven aan het in rekening brengen van afsluitkosten, omdat zij, hoewel zij daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden waren, geen maatregelen hebben getroffen ter voorkoming van deze gedraging en zij daarmee bewust de aanmerkelijke kans hebben aanvaard dat de verboden gedraging zich zou voordoen.

7 Sanctie

7.1 Bevoegdheid van de ACM

21. Op grond van artikel 77i Elektriciteitswet en artikel 60ad van de Gaswet kan de ACM aan Flexenergie een bestuurlijke boete opleggen voor overtreding van (onder meer) respectievelijk artikelen 55 en 95m Elektriciteitswet en 23 en 52d van de Gaswet. In de periode 1 juli 2015 tot en met 30 juni 2016 was bepaald dat die boete per overtreding ten hoogste 10% van de omzet van de overtreder kon bedragen. Sinds 1 juli 2016 bepaalt dit artikel dat de ACM per overtreding een bestuurlijke boete kan opleggen van ten hoogste EUR 900.000 of, indien dat meer is, 10% van de omzet van de overtreder.

⁸ HR 1 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AP4584, r.o. 7.5 en 7.6; HR 12 januari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK2149, r.o. 2.5; HR 18 maart 1952, NJ 1952, 314; HR 24 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ8783, r.o. 3.3. Zie ook Rechtbank Rotterdam 27 september 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BX8528, r.o. 40 en CBb 7 maart 2016, ECLI:NL:CBB:2016:54, r.o. 8.3.

⁹ Dossierstuk 21, verklaring [VERTROUWELIJK], p. 4.

¹⁰ Dossierstuk 21, verklaring [VERTROUWELIJK], m.n. p. 2-4 en 56.

¹¹ [VERTROUWELIJK] heeft verklaard dat hij tot in ieder geval 20 december 2016 Operationeel en Financieel directeur was. [VERTROUWELIJK] heeft verklaard dat [VERTROUWELIJK] tot in ieder geval 20 december 2016 Commercieel directeur was.

22. Op grond van artikel 12n, derde lid, Instellingswet Autoriteit Consument en Markt¹² kan de ACM, met toepassing van artikel 5:1, derde lid, Awb juncto artikel 51, tweede lid, onder 2, Wetboek van Strafrecht (hierna: Sr), een bestuurlijke boete opleggen aan feitelijk leidinggevend van ten hoogste EUR 450.000 per overtreding.
23. Bij het vaststellen van de hoogte van een op te leggen boete dienen – op grond van artikel 5:41 en 5:46 Awb – de verwijtbaarheid van de overtreder, de ernst van de overtreding en de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd te worden betrokken. Voorts moet het in artikel 3:4 Awb neergelegde evenredigheidsbeginsel in acht genomen worden.
24. Op 1 augustus 2014 is de Boetebeleidsregel ACM 2014 (hierna: Boetebeleidsregel) in werking getreden.¹³ De Boetebeleidsregel bevat nadere regels voor de wijze waarop ACM invulling geeft aan haar bevoegdheid om bestuurlijke boetes op te leggen. De algemene doelstelling bij het vaststellen van de hoogte van de boete is dat de boete evenredig is met het oog op de gepleegde overtreding. Voorts hanteert de ACM het uitgangspunt dat de op te leggen boete voldoende afschrikwekkend is voor zowel de overtreder als voor (potentiële) andere overtreders.
25. Artikel 2.2 Boetebeleidsregel geeft drie verschillende factoren waarmee de ACM de basisboete binnen de bandbreedte in ieder geval vaststelt, te weten: de ernst van de overtreding, de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd, en de duur van de overtreding.
26. Op grond van artikel 2.7, eerste en tweede lid, Boetebeleidsregel stelt de ACM een basisboete vast binnen de bandbreedte van de boetecategorie waarin de overtreden norm is ingedeeld. De overtredingen van de wettelijke bepalingen en de bijbehorende indeling in een boetecategorie (I t/m VI staan opgesomd in de bijlage bij de Boetebeleidsregel.
27. Na vaststelling van de basisboete beoordeelt de ACM of sprake is van boeteverhogende of boeteverlagende omstandigheden op grond van artikel 2.8, eerste lid, Boetebeleidsregel. Voor feitelijk leidinggevend is in dit kader nog artikel 2.11 relevant. Daarin is bepaald dat indien de ACM een bestuurlijke boete oplegt aan een natuurlijke persoon vanwege het geven van opdracht tot een overtreding of het feitelijk leiding geven aan een overtreding, de ACM bij de vaststelling van boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden,¹⁴ rekening kan houden met de mate van betrokkenheid van de natuurlijke persoon bij het plegen van de overtreding en de positie van de natuurlijke persoon binnen de marktorganisatie waarvoor hij of zij werkzaam is, dan wel werkzaam was.

7.2 Ernst van de overtreding

28. De ACM heeft in het besluit met kenmerk ACM/UIT/500596 (zie paragraaf 7.3 van bijlage 1 van dit besluit) vastgesteld dat de geconstateerde overtredingen ernstig zijn, omdat zij schade toebrengen aan het vertrouwen in de werking van de energiemarkt, het level playing field tussen leveranciers kunnen verstoren én kunnen leiden tot financiële schade bij andere leveranciers en kleinverbruikers. In dit geval heeft het ook daadwerkelijk tot financiële schade geleid.

¹² Wet van 28 februari 2013, houdende regels omtrent de instelling van de Autoriteit Consument en Markt (Instellingswet Autoriteit Consument en Markt), *Stb.* 2013, 102.

¹³ Beleidsregel van de Minister van Economische zaken van 4 juli 2014, nr. WJZ/14112617, met betrekking tot het opleggen van bestuurlijke boetes door de Autoriteit Consument en Markt (Boetebeleidsregel ACM 2014), *Stcrt.*2014, 19776, gewijzigd bij besluit van 28 juni 2016, nr. WJZ/16056097, *Stcrt.*2016, 34630.

¹⁴ Als bedoeld in de artikelen 2.9 en 2.10 van de Boetebeleidsregel.

7.3 Verwijtbaarheid

29. Uit het voorgaande blijkt dat het binnen de invloedssfeer van [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK] lag om in te grijpen op het moment dat de regels in de Elektriciteits- en de Gaswet werden geschonden. Dat hebben zij nagelaten. Hieruit volgt dat het feitelijk leidinggeven aan overtreding 1 hen ten volle kan worden verweten.
30. In hoofdstuk 6 van dit besluit heeft de ACM geconcludeerd dat [VERTROUWELIJK] in de zin van artikel 51, tweede lid, onder 2, Sr. feitelijk leiding hebben gegeven aan de gedragingen van Flexenergie die in dit besluit zijn aangemerkt als overtreding van artikel 95m, achtste lid, van de Elektriciteitswet 1998 en artikel 52b, achtste lid, van de Gaswet (overtreding 1).
31. Ten aanzien van de verwijtbaarheid van genoemde overtreding wordt korthedshalve verwezen naar wat daarover is overwogen in paragrafen 7.4 van het besluit met kenmerk ACM/UIT/500596.

7.4 Vaststelling boetes

32. De ACM ziet aanleiding om [VERTROUWELIJK] een boete op te leggen voor hun leidinggevende rol bij voormelde overtredingen. Ten aanzien van deze boetes overweegt de ACM als volgt. Naast de omstandigheden die in artikel 2.2. van de Boetebeleidsregel genoemd zijn, houdt de ACM rekening met de financiële omstandigheden van feitelijk leidinggevendenden.
33. Op basis van de ernst, de duur, de verwijtbaarheid en de financiële gegevens die zijn overgelegd door [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK], acht de ACM het in dit geval passend om aan zowel [VERTROUWELIJK] als [VERTROUWELIJK] (elk) een (basis)boete op te leggen van EUR 70.000. De ACM acht deze boete gelet op de omstandigheden van het geval evenredig.

7.5 Vereenvoudigde afdoening

34. De ACM ziet aanleiding om een boetevermindering toe te kennen vanwege de medewerking die zowel [VERTROUWELIJK] als [VERTROUWELIJK] hebben verleend aan de vereenvoudigde afdoening van het onderzoeksrapport. De ACM beschouwt dit als een bijzondere vorm van medewerking aan de procedure bij de ACM, waarvoor een boetevermindering van 10% gepast is. De boete zowel van [VERTROUWELIJK] als die van [VERTROUWELIJK] zal dan ook worden vastgesteld op EUR 63.000.

8 Besluit

De Autoriteit Consument en Markt:

- legt aan [VERTROUWELIJK], geboren te [VERTROUWELIJK], een boete op van EUR 63.000;
- legt aan [VERTROUWELIJK], geboren te [VERTROUWELIJK], een boete op van EUR 63.000.

Autoriteit Consument en Markt,
namens deze:

w.g.

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

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