

Onderzoeksrapport
inzake
faillissement Flexenergie BV

Willem Jan van Andel, curator

24 november 2021

Inhoudsopgave

Terminologie	p.	3
1. Inleiding	p.	5
2. Samenvatting en conclusies	p.	6
3. Flexenergie en groepsvennootschappen	p.	13
4. Organisatiestructuur	p.	20
5. Een korte analyse van de energiemarkt	p.	26
6. Enkele financiële gegevens en de deponering en controle van de jaarrekeningen	p.	36
7. De administratieve organisatie en de interne controle (AO/IC)	p.	39
8. Het business model	p.	56
9. Inkoop van energie	p.	71
10. Green Four	p.	99
11. Het ontstaan van de fiscale schuld	p.	107
12. Het ontstaan van de schuld aan klanten	p.	127
13. De rol van het bestuur	p.	130
14. De rol van de ACM	p.	138
15. De rol van de Consumentenbond	p.	165
Overzicht bijlagen	p.	181

Terminologie

AJ Holding	de besloten vennootschap AJ Holding BV
Analyse Margeontwikkeling	bijlage 24 bij dit rapport
Anode	de besloten vennootschap Energie I&V BV, tevens handelend onder de naam Anode Energie
AO/IC	administratieve organisatie en interne controle
AP0203	de besloten vennootschap AP0203 BV
Bakker	de heer Jaap Bakker
Besluit	het besluit van de ACM van 30 oktober 2017 tot wijziging van de vergunningen van Flexenergie
Business Case	de Business Case van Flexenergie van 12 augustus 2013
Bve	Besluit vergunning levering elektriciteit aan kleinverbruikers
Bvg	Besluit vergunning levering van gas aan kleinverbruikers
Contractprofielprijs	de contractprofielprijs als bedoel in § 9.3 van dit rapport
Controlerapport	het controlerapport van de belastingdienst van 13 juli 2018
Elektriciteitswet	de Elektriciteitswet 1998
Energy Global	de besloten vennootschap Energy Global Handel BV
Flexenergie	de besloten vennootschap Flexenergie BV, ook handelend onder de naam Energieflex
Flexnet	de besloten vennootschap Flexnet Energie BV

Flex Vastgoed	de besloten vennootschap Flex Vastgoed BV
Gaswet	de Gaswet 2000
Green Four	de besloten vennootschap Green Four BV
HLB Blömer	HLB Blömer Accountants en Adviseurs
Kandiah	de heer Sivakumar Kandiah
MyFitness	de besloten vennootschap MyFitness BV
Overeenkomst Anode	de overeenkomst zoals gedefinieerd in § 9.2 van dit rapport
Overeenkomst Flexnet	de overeenkomst zoals gedefinieerd in § 9.12 van dit rapport
Overeenkomst Juni 2018	de overeenkomst zoals gedefinieerd in § 9.18 van dit rapport
Postpaid	een postpaid energiecontract of het postpaid concept
Prepaid	een prepaid energiecontract of het prepaid concept
ServiceHouse	de besloten vennootschap ServiceHouse BV
Sampar	de heer Sathees Kumar Sampar
Van Katwijk	de heer Marco van Katwijk
Verleg	de heer drs. Frank Verleg RA van HLB Blömer

1 Inleiding

- 1.1 Flexenergie, die haar activiteiten als energieleverancier begon in 2014, is op 22 oktober 2018 failliet verklaard. Meer dan 20.000 voormalige klanten van Flexenergie, de belastingdienst en handelscrediteuren hebben gezamenlijk afgerond € 28 miljoen te vorderen. Het tekort in de boedel bedraagt ca. € 23 miljoen.
- 1.2 De vraag is hoe het in slechts enkele jaren tijd zo mis kon gaan met de onderneming. Dit rapport, dat de weerslag vormt van een uitgebreid onderzoek dat mede ten doel heeft invulling te geven aan de taak van de curator als omschreven in artikel 68 lid 2 Faillissementswet, beoogt die vraag te beantwoorden.
- 1.3 In het kader van het onderzoek zijn vele gegevens en brondocumenten uit de administratie van Flexenergie bestudeerd. Voorts zijn tal van openbare bronnen, met name via internet, geraadpleegd. Daarnaast zijn interviews gehouden met betrokkenen. Een lijst van geïnterviewden is als **bijlage 1** bij dit verslag gevoegd.
- 1.4 In het kader van hoor en wederhoor is aan Kandiah, Sampar, Van Katwijk, Bakker, de ACM en de Consumentenbond de gelegenheid geboden om te reageren op een concept van dit rapport. Daarvan is door allen gebruik gemaakt. Die reacties hebben, voor zover de curator daartoe aanleiding zag, geleid tot aanpassingen op het concept.
- 1.5 In het onderzoeksrapport zijn de namen van medewerkers van de ACM, Belastingdienst en Consumentenbond uit privacyoverwegingen zwartgelakt.
- 1.6 Bij dit rapport horen 63 bijlagen. Het rapport zelf is openbaar, de bijlagen zijn dat niet.
- 1.7 De curator heeft bij het onderzoek en de opstelling van dit rapport nauw samengewerkt met de heer E.M. Aalmers RA van Triple A&C BV te Wijchen en met mr. dr. K.W.C. Geurts van Wijn & Stael advocaten te Utrecht, het kantoor waaraan ook de curator verbonden is. De curator is als enige eindverantwoordelijk voor de inhoud van dit rapport.

2 Samenvatting en conclusies

2.1 Het faillissement van Flexenergie en de zeer substantiële omvang van het tekort in de boedel in de orde van € 23 miljoen is in hoofdzaak te wijten aan de volgende feiten en omstandigheden.

- Flexenergie verkreeg van de ACM in februari 2014 ten onrechte vergunningen voor de levering van gas en elektriciteit, zonder dat zij genoegzaam had aangetoond over de benodigde organisatorische, financiële en technische kwaliteiten te beschikken voor een goede uitvoering van haar taak. Op geen moment in de periode van februari 2014 tot het faillissement in oktober 2018 beschikte Flexenergie over de benodigde kwaliteiten.
- In de bijna vijf jaren van haar bestaan als energieleverancier heeft Flexenergie jaar op jaar verlies geleden; de verliezen werden ieder jaar groter.
- Een belangrijke oorzaak van deze verliezen is dat het business model van Flexenergie intrinsiek verlieslatend was.
- Een andere belangrijke oorzaak is dat Flexenergie op geen moment in de periode 2014 - 2018 haar administratie en interne controle (AO/IC) op orde had. Zij beschikte daarmee niet over adequate management/stuur-informatie. De boekhoudplicht van art. 2:10 BW is door Flexenergie op flagrante wijze geschonden.
- Als gevolg daarvan verkreeg Flexenergie nimmer een goedkeurende accountantsverklaring bij haar jaarrekeningen.
- Het steeds maar weer inzetten op verdere groei van het aantal klanten was in feite een vlucht naar voren die de - financiële en organisatorische - problemen van Flexenergie alleen maar groter maakte, niet alleen omdat nieuwe klanten in het eerste jaar doorgaans zwaar verlieslatend waren voor Flexenergie, maar ook omdat Flexenergie niet over een AO/IC beschikte die de aanwas van nieuwe klanten adequaat kon verwerken.
- De ACM heeft nagelaten om uiterlijk in mei 2017 adequaat in te grijpen bij Flexenergie, terwijl daar wel alle aanleiding toe was.

2.2 Dat Flexenergie het ondanks de miljoenenverliezen die zij leed nog zo lang (bijna vijf jaar) heeft kunnen volhouden, komt doordat zij de belastingdienst en haar klanten misbruikte als - ongewilde - financiers van haar verliezen, per faillissementsdatum tot een bedrag van meer dan € 25 miljoen.

2.3 Kandiah en Sampar zijn als bestuurders van Flexenergie primair verantwoordelijk voor deze gang van zaken. Er is naar het oordeel van de curator sprake geweest van onbehoorlijk bestuur dat een belangrijke oorzaak is van het faillissement van Flexenergie. Toen Van Katwijk bestuurder werd in juni 2018 was het faillissement in feite al onvermijdelijk. Hem treffen naar het oordeel van de curator geen rechtens relevante verwijten.

2.4 Uit de gesprekken met Kandiah en Sampar is gebleken dat:

(i) Kandiah zich nooit als - eindverantwoordelijk - bestuurder van Flexenergie beschouwd heeft, ondanks dat hij vanaf de oprichting tot aan het faillissement van Flexenergie onafgebroken bestuurder van de vennootschap geweest is; hij zag zichzelf louter in een ondersteunende rol in relatie tot aanvankelijk Sampar, later Bakker en weer later Van Katwijk en

(ii) Sampar zich vanaf zijn vertrek naar Engeland omstreeks het vierde kwartaal van 2016 niet langer als - eindverantwoordelijk - bestuurder van Flexenergie beschouwde, hoewel hij blijkens het Handelsregister pas op 27 augustus 2018 is uitgeschreven als bestuurder met terugwerkende kracht per 31 oktober 2017.

2.5 Beide zienswijzen (zowel van Kandiah als van Sampar) getuigen naar het oordeel van de curator van een taakopvatting die geen redelijk handelend bestuurder in de gegeven omstandigheden had behoren te huldigen.

2.6 Uit de eigen mededelingen van Sampar blijkt dat hij in 2017 feitelijk geen bestuurswerkzaamheden meer verricht heeft, maar (via zijn personal holding AP0203) over de eerste negen maanden van 2017 nog wel management fee heeft genoten. Dit gaat om een bedrag van € 120.000,= exclusief BTW.

2.7 De curator acht de gang van zaken rond Green Four, een andere vennootschap van Kandiah en Sampar, ernstig verwijtbaar. In 2015 hebben Kandiah en Sampar besloten om deze vennootschap als tussenschakel voor inkoop van ICT-(diensten) te laten optreden tussen Flexenergie en ICT-leveranciers, terwijl Green Four geen enkele waarde toevoegde had, maar wel een grote winstmarge toebedeeld kreeg. Daardoor hebben zij Flexenergie benadeeld en wel voor het bedrag van die winstmarge ad ruim € 518.000,=.

- 2.8 De gang van zaken rond Flexnet, weer een andere vennootschap van Kandiah en Sampar, die vanaf 2016 in plaats van Anode de inkoop van energie ging verzorgen zonder daar zelf verstand van te hebben (in feite was Flexnet slechts een schakel tussen Energy Global en Flexenergie bij de inkoop van energie) roept eveneens veel vragen op. De administratieve vastlegging en afwikkeling van vorderingen en schulden over en weer tussen Flexenergie en Flexnet was een chaos.
- 2.9 Ook ten aanzien van de belastingpositie van Flexenergie was sprake van een ontluisterende situatie binnen de onderneming. Flexenergie gaf jaar op jaar miljoenen te weinig belasting - zowel energiebelasting (EB) als omzetbelasting (OB) - aan, in sommige gevallen zeer bewust. Zo werd tussen februari 2017 en februari 2018 maar liefst vijf maal een nulaangifte omzetbelasting gedaan, terwijl de werkelijke OB-schuld in de betreffende vijf maanden cumulatief € 2.723.000,= bedroeg. Zoals de accountant in het accountantsverslag 2016 terecht constateerde kan het niet tijdig aangeven van energiebelasting gezien worden als belastingfraude.
- 2.10 De belastingdienst constateerde in haar controlerapport van 13 juli 2018 (dat alleen betrekking heeft op de EB, niet ook op de OB) dan ook terecht:
- Flexenergie B.V. is verantwoordelijk voor een tijdige en juiste voldoening van de verschuldigde energiebelasting en ODE. Zij is zelf verantwoordelijk voor de inrichting van haar administratie en draagt de gevolgen voor de gebreken die hebben geresulteerd in onjuiste aangiften en voldoening van de energiebelasting en ODE.
- Door een gebrekkige inrichting van haar administratie heeft Flexenergie B.V. de aanmerkelijk kans aanvaard dat aangiften energiebelasting en ODE onjuist zijn ingediend en dat te weinig belasting is voldaan. Daarom ben ik van mening dat hier sprake is van een vergrijp dat als grove schuld kwalificeert en ben ik voornemens om op grond van artikel 67f AWR jo paragraaf 28 van het Besluit Bestuurlijke Boeten Belastingdienst (BBBB) aan Flexenergie B.V. een vergrijpboete op te leggen.
- 2.11 Correspondentie van juli 2015 tussen Kandiah en Van Teeffelen, oprichter en eigenaar van Anode en op dat moment nog 25%-aandeelhouder van Flexenergie, geeft treffend weer wat er gaande was bij Flexenergie. Kandiah schreef, mede namens Sampar, aan Van Teeffelen: *“Ik heb vandaag telefonisch aangegeven dat wij (vennoten) op een andere manier ondernemen dan je zou verwachten. Daarom was ons voorstel om jouw aandelen uit te kopen zodat jij niet verliezen gaat leiden, door onze risicovolle beslissingen in de toekomst.”* Van Teeffelen reageerde als volgt: *“Het is voor mij teleurstellend om te horen, dat jullie*

eigenlijk niet verder met mij als aandeelhouder willen. Ik denk dat ik door mijn ervaring in de branche duidelijk van toegevoegde waarde ben voor de onderneming. En mijn gezonde terughoudendheid vormt een zeker evenwicht tegen jullie voortvarendheid en drang om risico's te nemen.”

- 2.12 Kandiah en Sampar hadden geen bijzondere kennis van de branche, enige gezonde terughoudendheid was hun vreemd en hun drang om risico's te nemen - zonder eigen kapitaalbreng en zonder financiering, dus met geld van schuldeisers - was onverantwoord groot.
- 2.13 Naar het oordeel van de curator heeft de ACM in februari 2014 ten onrechte vergunningen voor de levering van gas en elektriciteit aan Flexenergie verstrekt. In de vergunningen wordt door de ACM gesteld dat:

Flexenergie genoegzaam heeft aangetoond te beschikken over de benodigde organisatorische, financiële en technische kwaliteiten voor de goede uitvoering van zijn taak, alsmede redelijkerwijs in staat kan worden geacht om de verplichtingen als opgenomen in hoofdstuk 8 van de Elektriciteitswet 1998 na te komen, als bedoeld in artikel 95d, eerste lid, van de Elektriciteitswet 1998.

Hoe Flexenergie dat heeft aangetoond, anders door enkele beschouwingen en omschrijvingen “van achter een bureau” met veelal een hoog abstractiegehalte, terwijl bekend was dat Flexenergie noch haar bestuurders over enige ervaring op de energiemarkt beschikten, is de curator niet duidelijk.

- 2.14 Daarbij komt dat de ACM verder niets gedaan heeft met de inconsistenties in de beantwoording van haar vragen door Flexenergie op 16 januari 2014.
- 2.15 Zoals het bij Flexenergie gegaan is, heeft het er alle schijn van dat indien men zich anno 2014 als startende onderneming goed liet voorlichten over wat de in het kader van de vergunningsaanvraag gewenste antwoorden zijn en die vervolgens invult, men de vergunning krijgt, zonder (i) een kwalitatieve toets met betrekking tot de bestuurders, (ii) enige ervaring in de energiemarkt, (iii) tenminste enige solvabiliteit en liquiditeit ten tijde van de vergunningverlening, (iv) een gezond en realistisch business plan met voldoende aandacht voor risicobeheersing en (v) enig bewezen track record op het terrein van de AO/IC. Een voormalig werknemer van Flexenergie noemde de controle van de ACM terecht een “*desk exercise*”: een nieuwe energiemaatschappij moet de formulieren correct invullen en krijgt dan

een vergunning.

- 2.16 Voorts heeft de ACM ten onrechte geen actie ondernomen toen haar bij kennisneming van de jaarrekening 2014 van Flexenergie bleek dat de accountant daarbij geen goedkeurende verklaring kon verstrekken met de volgende onderbouwing:

Onderbouwing van de oordeelontbouding

Flexenergy B.V. is in 2014 gestart met haar activiteiten. Gezien de opstart van de activiteiten en daarbij behorende eerste inrichting van de interne processen en procedures, waar de interne beheersingsmaatregelen deel van uitmaken, zijn wij niet in staat geweest om voldoende controlebewijs te vergaren omtrent de adequate werking van de beheersingsmaatregelen ten behoeve van de juiste en volledige omzetverantwoording. Het is niet mogelijk gebleken om op andere wijze voldoende en geschikte controle-informatie te verkrijgen omtrent de volledige verantwoording en afgrenzing van de omzet. Hetzelfde geldt voor de daarmee rechtstreeks samenhangende posten in de jaarrekening.

- 2.17 In december 2016 startte de ACM een onderzoek bij Flexenergie na meldingen door klanten over onregelmatigheden. In het kader van dat onderzoek deed de ACM op 14 april 2017 het volgende verzoek aan Flexenergie:

Onderzoek financiële, organisatorische en technische kwaliteit Energieflex

Tijdens het bezoek zal de ACM een gesprek met u voeren over de financiële, organisatorische en technische kwaliteit van Energieflex als houder van vergunningen voor de levering van elektriciteit en gas aan kleinverbruikers. In het bijzonder wil de ACM u daarbij vragen stellen over de AO/IC van Energieflex en de financiële positie van de onderneming. Ik verzoek u daartoe voorafgaand aan ons bezoek een financiële prognose op hoofdlijnen op te stellen voor het komende jaar (dus tot en met april 2018). ACM wil weten welke verplichtingen Energieflex in die periode heeft en of Energieflex in staat is om daaraan te voldoen.

- 2.18 Uit de gegevens waarover de curator beschikt blijkt niet van een adequate opvolging op dit punt door de ACM. Desgevraagd deelde de ACM aan de curator mede dat men niet beschikt over een financiële prognose over de periode mei 2017 t/m april 2018. Uit niets blijkt dat de ACM hier na 14 april 2017 nog met Flexenergie over gesproken heeft c.q. wat toen - als er al over gesproken is - de inhoud van dat gesprek was.

- 2.19 Dit klemmt te meer omdat Flexenergie, gelet op:

- (i) de zeer slechte financiële situatie waarin zij in het tweede kwartaal van 2017 reeds verkeerde,
- (ii) het sterk verlieslatende business model (met miljoenenverliezen op jaarbasis),

(iii) de deplorabele stand van de AO/IC, waardoor Flexenergie geen inzicht had in haar rechten en verplichtingen en
(iv) het feit dat Flexenergie haar grote verliezen louter kon financieren door de belastingdienst in belangrijke mate niet te betalen en door de van klanten ontvangen voorschotten daartoe aan te wenden,

nooit met een betrouwbare en realistische prognose over de periode van mei 2017 t/m april 2018 had kunnen komen waaruit gebleken zou zijn dat zij (alsnog) levensvatbaar was.

- 2.20 Naar het oordeel van de curator had de ACM uiterlijk in mei 2017 kunnen en moeten ingrijpen door op de voet van art. 95f lid 1 sub c en e Elektriciteitswet resp. art. 47 Gaswet de vergunningen van Flexenergie (op korte termijn) in te trekken zodat (i) het verder oplopen van verliezen en schulden was voorkomen, (ii) het bestaande klantenbestand had kunnen worden overgedragen aan een solvabele energieleverancier die zijn zaken wel op orde had en (iii) geen nieuwe klanten meer konden worden aangetrokken die vervolgens ook gedupeerd zouden worden.
- 2.21 Door als ACM niet in te grijpen kon Flexenergie onverkort doorgaan met het maken van - gelet op haar business model onvermijdelijke - miljoenenverliezen en dito schulden, als gevolg waarvan de financiële situatie van de onderneming per oktober 2018 - ten opzichte van de situatie in het voorjaar van 2017 - nog verder dramatisch kon verslechteren met ca. € 15 miljoen aan extra schulden en een dito extra vermogenstekort in 1,5 jaar tijd.
- 2.22 Ook de rol van de Consumentenbond roept vragen op. Het - voor de Consumentenbond kenbare - feit dat Flexenergie in juni 2017 in de (op dat moment) meer dan drie jaar van haar bestaan (i) nog nooit een goedkeurende accountantsverklaring had kunnen krijgen, (ii) louter verliezen had geleden, (iii) haar interne beheersingsmaatregelen niet op orde had (de reden voor de oordeelonthouding van de accountant) en (iv) met een zwaar negatief werkkapitaal kampte, had Flexenergie reeds op voorhand moeten doen diskwalificeren voor de door de Consumentenbond georganiseerde veilingen in de zomer van 2017.

- 2.23 Als zo'n uiterst gammele energieleverancier de veiling wint (waardoor haar verliezen nog verder oplopen) ontstaat voor de vele duizenden overstappende consumenten een groot risico dat zij met onbetaalde vorderingen in een faillissement van de energieleverancier belanden, welk risico zich bij Flexenergie ook verwezenlijkt heeft.
- 2.24 Op haar website schrijft de Consumentenbond onder de titel *"Wat heeft de Consumentenbond gedaan voor gedupeerden EnergieFlex?"*:

Uitgebreide screening

In juni 2017, waren er nog geen aanwijzingen voor financiële problemen bij Energieflex. Wij laten energieaanbieders voor deelname aan een veiling altijd uitgebreid toetsen. Om mee te mogen doen aan onze energieveiling moeten leveranciers beschikken over een leveringsvergunning van de Autoriteit Consument & Markt (ACM).

Daarnaast worden ze uitgebreid gescreend op kwaliteit van processen en dienstverlening. Een groene stroometiket met uitsluitend stroom met een bewezen herkomst uit wind en/of zon, opgewekt in Europa is verplicht. Ook kunnen we om aanvullende (financiële) zekerheden vragen als daar aanleiding toe is.

- 2.25 Deze toelichting mist feitelijke grondslag. Er waren namelijk wel degelijk aanwijzingen voor financiële problemen bij Flexenergie, zoals hiervoor toegelicht, en de kwaliteit van de administratieve processen was nu juist zodanig dat de accountant weigerde om een goedkeurende verklaring bij de jaarrekeningen van Flexenergie af te geven. Die goedkeurende verklaring is er ook na juni 2017 nooit gekomen. Bovendien constateerde de ACM al in de periode december 2016 - april 2017 dat de AO/IC bij Flexenergie juist allerminst op orde was. Dan is ondenkbaar dat de Consumentenbond tegelijkertijd aan hand van een "uitgebreide screening" tot het oordeel is gekomen dat Flexenergie haar zaakjes in juni 2017 goed op orde had. De curator houdt het er dan ook op dat er in juni 2017 helemaal geen uitgebreide screening naar Flexenergie heeft plaatsgevonden - en dat als er überhaupt al een screening heeft plaatsgevonden, deze ondermaats geweest moet zijn.
- 2.26 Het voorgaande klemmt te meer nu de Consumentenbond zelf juist flink verdiende aan Flexenergie welk geld uiteraard ten laste is gekomen van het vermogen van Flexenergie en daarmee van haar schuldeisers, van wie de consumenten voor wie de Consumentenbond zegt op te komen in aantallen verreweg de grootste groep vormen.

3 Flexenergie en groepsvennootschappen

3.1 Op 28 mei 2013 is Flexenergie, tevens handelend onder de namen Energieflex, Energyflex, N.E.C. Energie en NAC Energie, opgericht. Flexenergie hield zich bezig met de levering van elektriciteit en gas aan consumenten en kleinverbruikers op de zakelijke markt. Op 22 oktober 2018 is Flexenergie failliet verklaard.

3.2 Flexenergie is opgericht door Sivakumar Kandiah, Sathees Kumar Sampar en Eric van Teeffelen. Kandiah en Sampar hielden beide 37,5% van de aandelen in Flexenergie en Van Teeffelen de overige 25%. Van Teeffelen, oprichter van Anode, kende de energiemarkt goed. Op 28 december 2015 heeft Van Teeffelen zijn aandelenbelang overgedragen aan de overige aandeelhouders, zodat Kandiah en Sampar beide 50%-aandeelhouder werden.

3.3 Aan die overdracht ging enige mailcorrespondentie tussen Kandiah en Van Teeffelen vooraf. Op 21 juli 2015 schreef Kandiah aan Van Teeffelen (**bijlage 2**):

“Ik heb vandaag telefonisch aangegeven dat wij (vennoten) op een andere manier ondernemen dan je zou verwachten. Daarom was ons voorstel om jouw aandelen uit te kopen zodat jij niet verliezen gaat leiden, door onze risicovolle beslissingen in de toekomst.”

Van Teeffelen reageerde als volgt:¹

“Het is voor mij teleurstellend om te horen, dat jullie eigenlijk niet verder met mij als aandeelhouder willen. Ik denk dat ik door mijn ervaring in de branche duidelijk van toegevoegde waarde ben voor de onderneming. En mijn gezonde terughoudendheid vormt een zeker evenwicht tegen jullie voortvarendheid en drang om risico's te nemen.”

¹ Zie bijlage 2.

- 3.4 Eind 2014 hebben zowel Kandiah als Sampar een personal holding opgericht, via welke vennootschappen zij hun 50%-aandelenbelang in Flexenergie zijn gaan houden. De personal holding van Kandiah is AJ Holding. Deze vennootschap is opgericht op 10 november 2014. Kandiah was enig bestuurder en aandeelhouder van deze vennootschap. Sinds 3 mei 2019 is Subana Jeyakumar, de partner van Kandiah, enig aandeelhouder van AJ Holding geworden. Op 31 december 2019 is zij tevens enig bestuurder van deze vennootschap geworden.
- 3.5 AP0203 is de personal holding van Sampar. Ook deze vennootschap is opgericht op 10 november 2014. Sampar was enig bestuurder en aandeelhouder vanaf de oprichting tot 1 januari 2017. Per die datum is Sampar als bestuurder van AP0203 vervangen door Paul Joseph Thevanayagam. Dit is in het Handelsregister geregistreerd op 28 december 2017. Op 1 januari 2020 is SPAA Holding Limited de tweede zelfstandige bestuurder van AP0203 geworden. SPAA Holding is een op 20 maart 2017 in het Verenigd Koninkrijk geregistreerde vennootschap. Sampar is bestuurder en 100%-aandeelhouder van deze vennootschap. Op 14 augustus 2019 heeft Sampar de aandelen in AP0203 overgedragen aan Priyatharsini Arumainayagam.
- 3.6 Vanaf de oprichting waren Kandiah en Sampar de bestuurders van Flexenergie. Zij waren beiden alleen/zelfstandig bevoegd. In het Handelsregister staat dat Sampar geen bestuurder van Flexenergie meer is sinds 31 oktober 2017. Deze inschrijving heeft evenwel pas op 27 augustus 2018 plaatsgevonden. Hij heeft zich dus met terugwerkende kracht uitgeschreven.² Op 1 juni 2018 is Van Katwijk bestuurder geworden van Flexenergie. Ook hij is alleen/zelfstandig bevoegd. In de tussentijdse periode was Kandiah enig bestuurder van Flexenergie. Tot aan het faillissement van Flexenergie hebben Kandiah en Van Katwijk het bestuur gevormd.
- 3.7 Flexenergie behoorde tot een groep van vennootschappen die zijn opgericht door Sampar en Kandiah en waarvan zij - via hun personal holdings - aandelen hielden:

² Opmerking verdient dat 25 lid 3 Handelsregisterwet bepaalt: “*Degene aan wie een onderneming toebehoort, de ingeschreven rechtspersoon of degene die enig feit heeft opgegeven of verplicht is enig feit op te geven, kan aan derden die daarvan onkundig waren niet de onjuistheid of onvolledigheid van de inschrijving of van de in artikel 24 bedoelde mededeling tegenwerpen. Met de inschrijving wordt de deponering van bescheiden gelijkgesteld*”.

- Flexnet

Flexnet is op 12 december 2014 opgericht en hield zich bezig met de in- en verkoop van elektriciteit en gas op de energiemarkt, die zij doorverkocht aan Flexenergie. Zij was programmaverantwoordelijke.

De aandelen in Flexnet werden gehouden door Kandiah en Sampar via hun personal holdings AJ Holding en AP0203. Zij waren tevens middellijk bestuurders van Flexnet. Sinds medio 2020 is Sampar als enige alleen middellijk bestuurder van Flexnet, eerst via AP0203 en SPAA Holding Limited, later alleen via SPAA Holding Limited. Volgens het Handelsregister heeft de uitschrijving van AP0203 als bestuurder plaatsgevonden op 31 december 2020, maar is deze vennootschap op 1 januari 2019 uit functie getreden.

- Green Four

Green Four is op 12 december 2014 opgericht en hield zich volgens haar jaarrekening bezig met het leveren van energie aan consumenten en de zakelijke markt. Kandiah en Sampar waren via AJ Holding en AP0203 de aandeelhouders en bestuurders van Green Four.

Sinds 1 januari 2019 is Sampar geen bestuurder meer van Green Four. AP0203 is op die datum als bestuurder uitgeschreven uit het Handelsregister. In het Handelsregister is op 30 december 2020 geregistreerd dat Kandiah rechtstreeks (niet meer AJ Holding) de enig bestuurder van Green Four is sinds 1 januari 2020.

- MyFitness

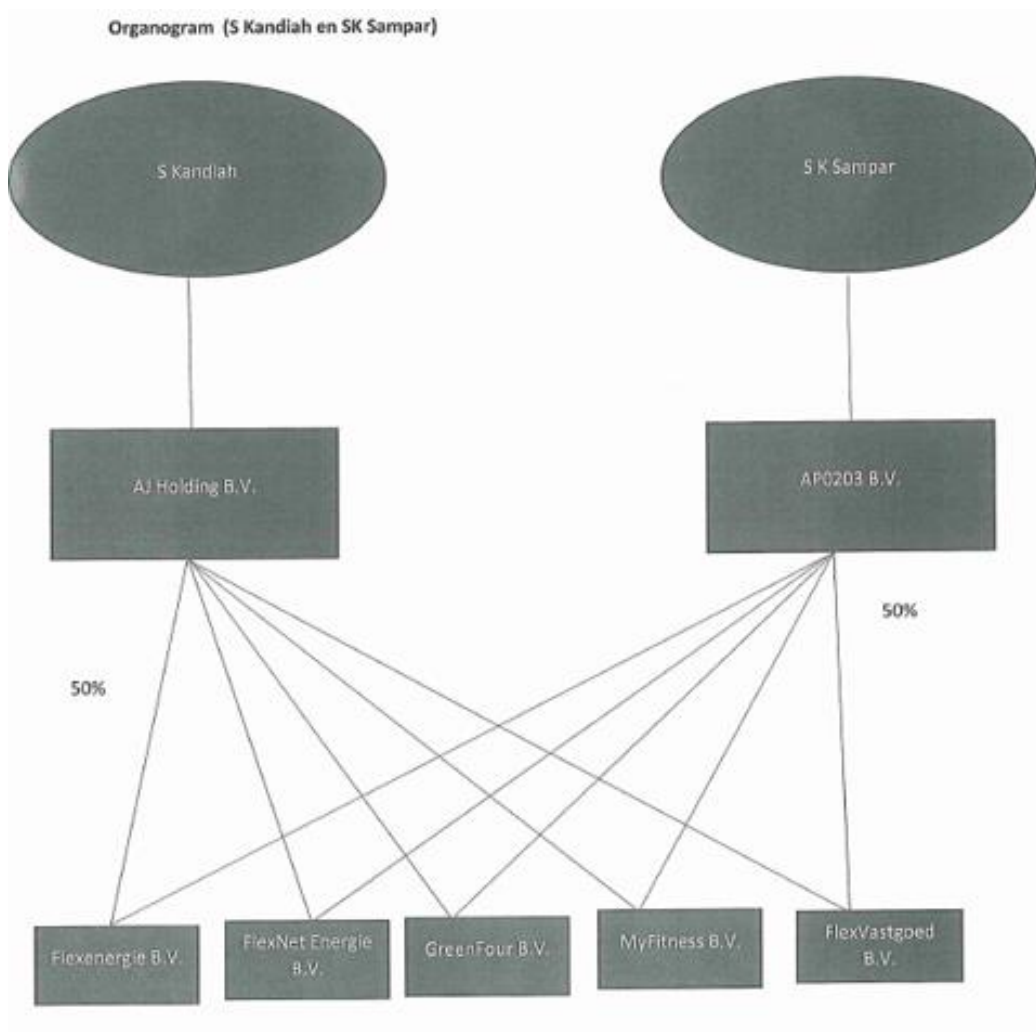
MyFitness is op 10 oktober 2011 opgericht. MyFitness exploiteert een fitnessclub in Almere onder de naam Flex Fit. Kandiah en Sampar zijn (indirect) aandeelhouders en waren tevens alleen/zelfstandig bevoegde bestuurders van deze vennootschap. Op 31 december 2019 is Sampar teruggetreden als bestuurder.

Flex Vastgoed

Flex Vastgoed is op 6 juni 2016 opgericht en hield zich bezig met het exploiteren van vastgoedprojecten. Sampar en Kandiah waren de (indirecte) aandeelhouders en zelfstandig bevoegde (middellijk)

bestuurders van Flex Vastgoed. Sinds 1 januari 2019 is AP0203 geen bestuurder meer.

- 3.8 Het voorgaande leidt tot het volgende organigram in de voor het onderzoek relevante periode:



Onderlinge financiële relaties

- 3.9 Flexenergie had met vrijwel alle groepsvennootschappen een financiële relatie.

AJ Holding

- 3.10 Via AJ holding ontving Kandiah de volgende bedragen van Flexenergie:

	<u>Management</u>				<u>Jaar</u>	
	<u>Gelden</u>	<u>Fee (incl. BTW)</u>	<u>Rente</u>	<u>Overige</u>	<u>Mutatie</u>	<u>Ultimo</u>
2013	-19.941	-	-	19.960	19	19
2014	92.500	-121.000	-1.200	-624	-30.324	-30.305
2015	219.587	-145.200	360	60	74.807	44.503
2016	158.150	-217.800	-	550	-59.100	-14.597
2017	135.538	-145.200	-	59	-9.603	-24.200
2018	108.900	-84.700	-	-	24.200	-
	694.735	-713.900	-840	20.005	-	
	Excl. BTW:	590.000				

De kolom 'Gelden' laat zien welke gelden door Flexenergie zijn uitbetaald aan AJ Holding. Deze gelden ontving AJ Holding voornamelijk als management fees.

AP0203

- 3.11 Via AP0203 ontving Sampar de volgende bedragen van Flexenergie:

	<u>Management</u>				<u>Jaar</u>	
	<u>Gelden</u>	<u>Fee (incl. BTW)</u>	<u>Rente</u>	<u>Overige</u>	<u>Mutatie</u>	<u>Ultimo</u>
2013	-19.941	-	-	19.960	19	19
2014	55.500	-121.000	-1.152	-888	-67.540	-67.521
2015	215.120	-145.200	-1.590	954	69.284	1.763
2016	232.001	-217.800	550	551	15.302	17.065
2017	145.200	-145.200	-	-53.365	-53.365	-36.300
2018	12.100	24.200	-	-	36.300	-
	639.980	-605.000	-2.192	-32.788	-	
	Excl. BTW:	500.000				

In totaal heeft Sampar via AP0203 € 639.980,= ontvangen van Flexenergie. Dit betreft voornamelijk management fees. Vanaf 1 januari 2018 heeft Sampar geen management fees meer in rekening gebracht bij Flexenergie. In 2017 ontving Sampar nog wel management fees van Flexenergie. Dit waren dezelfde bedragen

als Kandiah aan management fees ontving, terwijl Sampar eind 2016 reeds naar Engeland was vertrokken om een nieuw (energie)bedrijf op te zetten en zich naar eigen zeggen vanaf dat moment niet meer als eindverantwoordelijk bestuurder van Flexenergie beschouwde.

Flex Vastgoed

- 3.12 Sinds 1 juni 2015 huurde MyFitness een pand aan de Argonweg 140 te Almere van Hogekant Invest voor € 127.200,= per jaar (excl. BTW). Nadat de verhuurder op 16 februari 2016 failliet was verklaard, kocht Flex Vastgoed dit pand op 15 juli 2016 uit de failliete boedel voor € 900.000,=. Deze aankoop werd gefinancierd door middel van een tweetal leningen van zustervennootschappen:

- Lening Green Four € 200.000,=
- Lening Flexnet € 750.000,=

In de jaarrekening 2017 wordt over beide leningen vermeld:

De bedrijfsgebouwen en -terreinen dienen als zekerheid voor de hypothecaire lening zoals die is verstrekt door groepsmaatschappijen. Zie hiervoor ook referentie 8 in de toelichting.

(...)

Dit betreffen 2 hypothecaire leningen verstrekt door groepsmaatschappijen voor een bedrag van € 950.000. De bedrijfsgebouwen en -terreinen voor een bedrag van € 954.000 dienen als zekerheid voor deze lening. De rente voor de leningen bedraagt 2% per jaar.

- 3.13 Op 2 augustus 2016 hebben Flex Vastgoed en Flexenergie een huurovereenkomst gesloten. Flexenergie ging 300 m² (van het totaal verhuurbare oppervlak van ca. 1.512 m²) huren voor een huurprijs van € 3.000,= excl. BTW per maand en betaalde drie maanden huur (€ 9.000,=) als borg. Medio 2017 is de huurprijs verlaagd naar € 700,= excl. BTW per maand, en twee maanden later naar € 600,= excl. BTW per maand. Uit de administratie is niet gebleken dat de waarborgsom van € 9.000,= reeds is terugbetaald aan Flexenergie.

3.14 Het verloop in de balanspositie was als volgt:

	<u>Gelden</u>	<u>Waarborg-</u> <u>som</u>	<u>Huur</u> <u>(incl.</u> <u>BTW</u>	<u>Jaar</u> <u>Mutatie</u>	<u>Ultimo</u>
2016	21.705	-9.000	-19.965	-7.260	-7.260
2017	28.919	-	-26.015	2.904	-4.356
2018	10.164	-	-6.534	3.630	-726
	60.788	-9.000	-52.514	-726	
Nog		9.000		9.000	8.274

MyFitness

3.15 MyFitness heeft meerdere bedragen als lening ontvangen van Flexenergie. Het betreft de volgende totaalbedragen in de jaren 2015 tot en met 2018:

	<u>Gelden</u>	<u>Rente</u>	<u>Kosten</u> <u>door</u> <u>belast</u>	<u>Jaar</u> <u>Mutatie</u>	<u>Ultimo</u>
2015	171.600	4.491	-	176.091	176.091
2016	8.166	8.813	8.114	25.093	201.183
2017	-209.827	8.644	-	-201.183	-
2018	-	-	-	-	-
	-30.062	21.948	8.114	-	

3.16 In de administratie van Flexenergie is alleen een rekening-courantovereenkomst aangetroffen waarin partijen zijn overeengekomen dat de kredietverlening maximaal € 100.000,- kan bedragen. Uit de administratie van Flexenergie blijkt niet dat zekerheden zijn verstrekt voor deze kredietverleningen.

3.17 In oktober 2017 en november 2017 heeft MyFitness het totaal door Flexenergie verstrekte krediet van circa € 190.000,- in twee stappen volledig terugbetaald.

Flexnet

3.18 Ten aanzien van de financiële relaties tussen Flexenergie en Flexnet wordt verwezen naar hoofdstuk 9 van dit rapport.

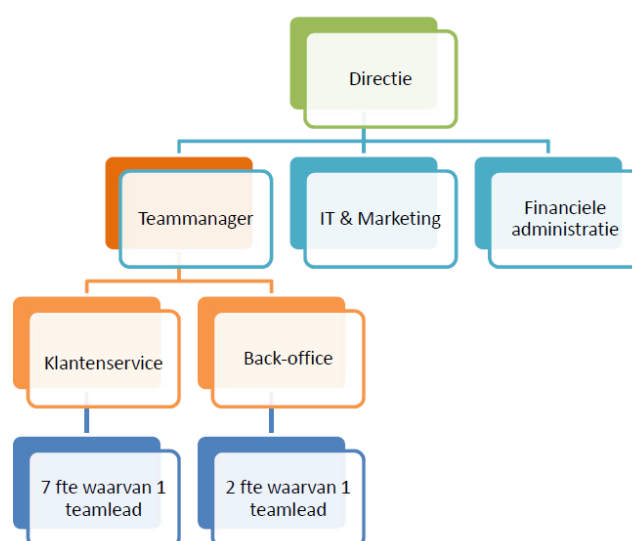
Green Four

3.19 Ten aanzien van de financiële relaties tussen Flexenergie en Green Four wordt verwezen naar hoofdstuk 10 van dit rapport.

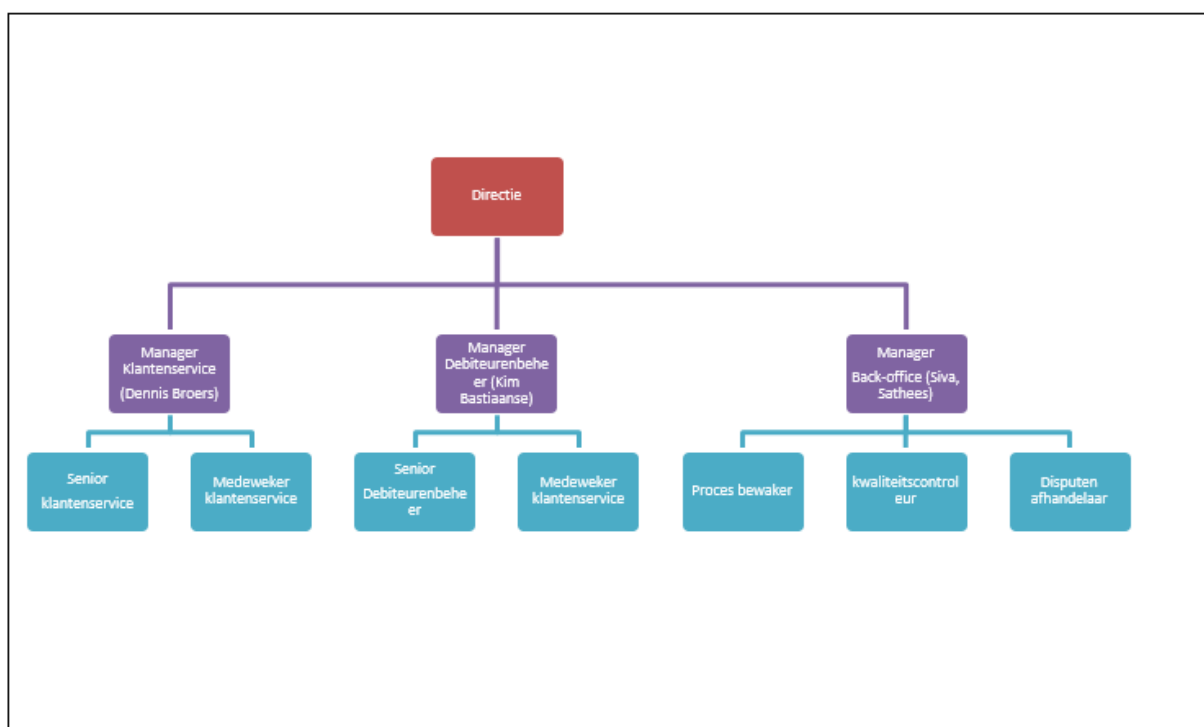
4 Organisatiestructuur

- 4.1 Het bestuur van Flexenergie werd tot 1 november 2017 gevormd door twee van haar oprichters en tevens aandeelhouders: Kandiah en Sampar. Op 31 oktober 2017 is Sampar (formeel) teruggetreden als bestuurder van Flexenergie, welk feit overigens pas per 27 augustus 2018 is ingeschreven in het Handelsregister. Reeds eind 2016 was hij echter al vertrokken naar Engeland. Kandiah gaf tijdens het verhoor met de ACM (zie **bijlage 3**) aan dat Sampar bezig was met het opzetten van een energiebedrijf in Engeland, maar wel in dienst zou blijven bij Flexenergie. Kandiah zou dagelijks op de werkvloer aanwezig zijn. In diezelfde periode werd een algemeen directeur in dienst genomen: Bakker. Hij is nimmer ingeschreven als statutair bestuurder. Bakker is 31 december 2017 uit dienst getreden. Op 1 februari 2018 is Van Katwijk in dienst getreden bij Flexenergie als algemeen directeur. Op 1 juni 2018 is Van Katwijk ingeschreven als statutair bestuurder van Flexenergie.
- 4.2 In de beginperiode had Flexenergie, naast haar twee bestuurders, weinig werknemers. Op dat moment bestond er ook geen duidelijke functieverdeling. Uit de administratie blijkt dat begin 2015 door het bestuur een organisatiestructuur is opgesteld en werknemers functies met bijbehorende taakomschrijvingen kregen. Deze organisatiestructuur zag er (op papier) als volgt uit (**bijlage 4**):

Organisatiestructuur EnergieFlex per 01-02-2015



- 4.3 Ten tijde van het opstellen van deze organisatiestructuur waren er 14 personen (7 FTE) in dienst bij Flexenergie. Eind 2016 was dit gegroeid naar circa 40 personen (25,3 FTE). In 2016 werd de organisatiestructuur (op papier) als volgt aangepast:³



- 4.4 Volgens Kandiah bestond de volgende taakverdeling tussen Sampar en Kandiah:⁴

Hebben jullie een bepaalde rolverdeling tussen jullie tweeën?

Kandiah

Ja, ik ben operationeel betrokken. Met name de aansturing van de klantenservice en beheerder financiële administratie.

Dat doe u zelf ook, de financiële administratie beheren?

Kandiah

Ja, ik ben verantwoordelijk voor de financiële administratie.

En uw compagnon, de heer Sampar?

Kandiah

Die houdt zich bezig met marketing en sales en daarnaast met contacten met de externe relaties waaronder ACM.

³ Zie bijlage 4.

⁴ Zie bijlage 3. De namen van de medewerkers van de ACM die de vragen stellen, zijn om privacy-redenen niet weergegeven.

(...)

[REDACTED]

En debiteuren wordt aangestuurd door Kimberley Hol als het goed is?

Kandiah

Nee, Kimberley Hol is in opleiding. In feite stuurt de heer Sampar de debiteuren aan.

- 4.5 Kandiah onderkent in het verhoor met de ACM dat Flexenergie qua aantal klanten en medewerkers te omvangrijk geworden is voor Kandiah en Sampar om samen te besturen:⁵

Kandiah

Het is de bedoeling dat de heer Sampar en ik, wij zijn heel goed in het bedenken van nieuwe concepten. Dat hebben we de afgelopen twee jaar succesvol gedaan met bijvoorbeeld prepaid energie. De organisatie wordt groter en groter waardoor wij zelf niet de capaciteit en skills hebben om een grote organisatie aan te kunnen sturen. Daarom hebben we Jaap Bakker aangenomen zodat wij ons met het innovatieve gedeelte kunnen bezighouden en hij de dagelijkse leiding gaat verzorgen.

(...)

[REDACTED]

We hebben het er aan het begin al heel even over gehad dat de heer Sampar nu in het buitenland zit en de heer Bakker onlangs als directeur is toegetreden. Jullie zijn dus nu met drie directeurs, waarvan een op afstand.

Kandiah

Ja.

[REDACTED]

We hebben ook gezien dat er een vacature stond voor nog een extra directielid.

Kandiah

Een finance manager zoeken we.

[REDACTED]

Een finance manager, oké. Wij vroegen ons af wat daar de achtergrond van is en wat uw toekomstblik is voor wat betreft het management van deze organisatie?

Kandiah

We zijn steeds groeiend, we worden steeds groter en we zien ook mogelijkheden met prepaid dat klanten graag inzicht willen hebben. Wij denken dat dit in de toekomst een grote klantengroep gaat aanleveren. Daardoor moet je zorgen dat er sterke MT-leden bijkomen met een bepaalde visie en een bepaalde achtergrond waardoor we ons proces nog beter kunnen optimaliseren. Wij zijn goed in het product ontwikkelen en we kunnen niet overal inzicht blijven (houden) omdat het gewoon te druk wordt. Daarom hebben we wat vacatures uitgezet voor de rapportages ...

[REDACTED]

Het is wel de bedoeling dat u en de heer Sampar hier in dienst blijven.

Kandiah

Ja, absoluut. Het is ons bedrijf.

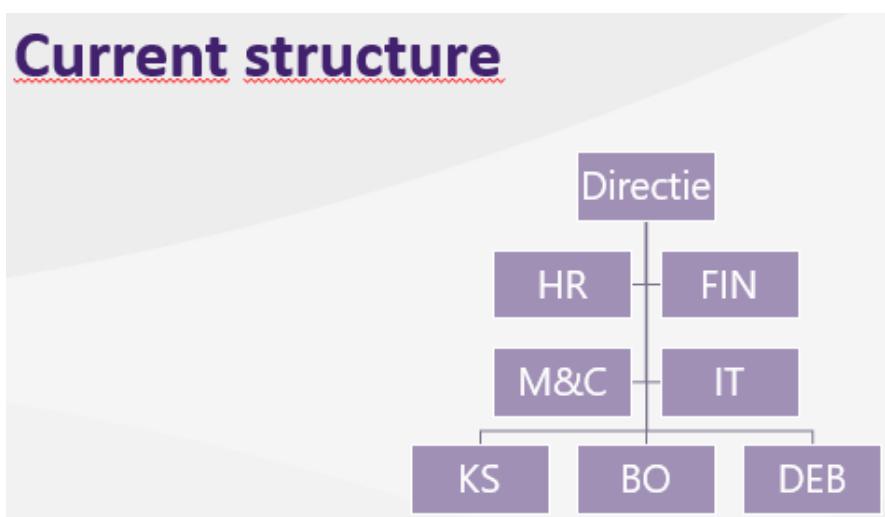
⁵ Zie bijlage 3.

- 4.6 Op 21 april 2017 volgde een nieuw gesprek tussen de ACM en Flexenergie (zie **bijlage 5**). Dit keer waren Kandiah en Bakker namens Flexenergie aanwezig. In dit gesprek wordt door Bakker aangegeven dat de organisatiestructuur is gewijzigd:

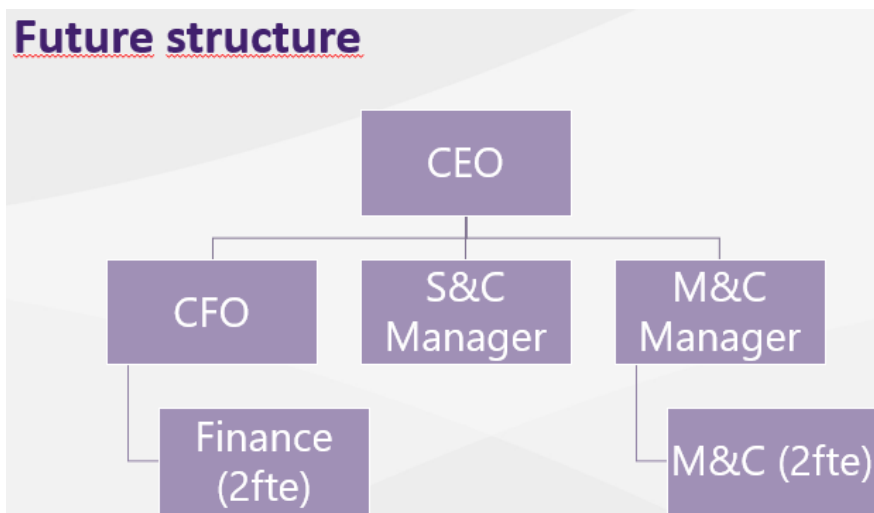
Bakker

De afgelopen vier maanden heb ik in ieder geval gezorgd dat de structuur van de organisatie steeds duidelijker geworden is en voorbereid is op de toekomst. Daarbij zal je ook zien dat het organisatieschema licht gewijzigd is, ook met de introductie van de nieuwe functie van financieel manager die daarbij de backoffice activiteiten ook aanstuurt.

- 4.7 In 2017 maakte Flexenergie een enorme groei door voor wat betreft het aantal klanten en werknemers. Er waren eind 2017 32 personen werkzaam bij Flexenergie (36,7 FTE) en daarnaast werden 28 personen (20,1 FTE) via uitzendbureaus ingehuurd. Het aantal klanten groeide in 2017 van ca. 29.500 naar ca. 52.000.
- 4.8 In de administratie is een presentatie ‘Business Plan Energieflex 2018’ d.d. 13 november 2017 van Bakker aangetroffen (**bijlage 6**) waarin wordt aangegeven wat op dat moment de organisatiestructuur is:



En vervolgens hoe Bakker de organisatiestructuur wil wijzigen:



- 4.9 In het kader van deze toekomstige structuur is van belang dat Flexenergie voornemens was om al haar diensten uit te besteden aan ServiceHouse, en alleen nog de marketing en sales zelf te doen. In de presentatie ‘Business Plan 2018’ wordt hierover opgemerkt:⁶

Transition

- › Decision has been made to source all operations
- › Energieflex will be a Marketing & Sales organisation
- › Transitioning to this model will be finished on 1-1-2018

- 4.10 Begin 2018 is dit voornemen gerealiseerd. Daartoe hebben Flexenergie en ServiceHouse op 15 december 2017 een uitbestedingsovereenkomst gesloten waarin zij zijn overeengekomen:

EnergieFlex wenst haar back-office en operation activiteiten uit te besteden en heeft Service Provider gevraagd hiertoe een voorstel te doen;

EnergieFlex zal activiteiten die niet vallen onder back-office activiteiten en operations zoals Sales, Marketing, Energy-inkoop/sourcing, Finance en directievoering zelf blijven verrichten (hierna te noemen “de **Achtergebleven Activiteiten**”, zoals gedefinieerd in de Overeenkomst);

⁶ Zie bijlage 6.

- 4.11 In bijlage 9 bij de uitbestedingsovereenkomst hebben partijen afgesproken:

Service Provider zal per 1 januari 2018 (hierna de "Overdrachtsdatum") 25 werknemers van EnergieFlex overnemen. Deze werknemers zijn limitatief opgesomd in Annex 9-1 (hierna: de "Werknemers"). Bijlage 1 geeft voorts de arbeidsomvang, de functie en het basissalaris weer. EnergieFlex staat ervoor in dat de genoemde gegevens juist zijn.

- 4.12 De organisatie van Flexenergie is verkleind door de uitbesteding van de diensten aan ServiceHouse. Op datum faillissement waren nog tien personen werkzaam bij Flexenergie.

5 Een korte analyse van de energiemarkt

Marktsituatie t/m 2013

- 5.1 In het eerste decennium van deze eeuw is de energiemarkt sterk veranderd. Waar voordien een beperkt aantal energiebedrijven regionaal de energievoorziening - zowel productie als distributie - verzorgde, is vanaf 2001 de liberalisering gestart door het opsplitsen van de energiebedrijven in een leveranciersbedrijf en een netbeheerder.
- 5.2 Het netbeheer bleef een publieke taak. Voor de afnemers werd de vrijheid van keuze voor een energieleverancier per 2001 en 2004 stapsgewijs gerealiseerd. In 2009 volgde de invoering van het zogenoemde capaciteitstarief, waarbij de kosten van het gebruik van het energienet werden afgerekend op basis van een vast tarief per aansluiting en niet meer op basis van het verbruik. Daarmee werd de vergelijkbaarheid tussen energiecontracten sterk verbeterd. Door het in 2013 ingevoerde leveranciersmodel werden deze kosten direct via de leverancier met de consument afgerekend. De consument had vanaf dat moment dus nog maar met één partij te maken voor de verzorging van zijn energie.
- 5.3 In april 2013 publiceerde de ACM haar halfjaarlijkse “Trendrapportage Marktwerving en Consumentenvertrouwen in de energiemarkt - Tweede halfjaar 2012”.⁷ Dit is de voorloper van de jaarlijkse energiemonitor zoals die de afgelopen jaren verschijnt. In deze trendrapportage wordt een aantal trends van die tijd vermeld:
- De tevredenheid van de klant bij de overstap naar een andere leverancier stijgt. Slechts 9% is ontevreden.
 - Gemeten naar de looptijd van contracten is het aantal contracten met een onbepaalde looptijd het grootst (> 60%), gevolgd door éénjarige contracten.
 - Het merendeel van de contracten met een bepaalde looptijd wordt afgesloten tegen een vast tarief.
 - Het overstappercentage is met 12,6% hoger dan ooit. Van deze groep zegt 48% al twee of meer keer te zijn overgestapt.
 - De bereidheid om over te stappen groeit, 37% van alle consumenten verwacht binnen twee jaar een overstap te maken.

⁷ Te raadplegen via: https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/11293_trendrapportage-marktwerving-consumentenvertrouwen-energiemarkt-2012-2.pdf.

- 5.4 Ook wordt in de trendrapportage aandacht besteed aan de prijsverschillen tussen energieleveranciers. Een samenvatting:

Geconstateerde prijsverschillen			
	Onbepaald variabel	1 jaar Vast	3 jaar Vast
Prijsverschil elektriciteit	48	44	31
Prijsverschil gas	77	172	142
<i>Momentopname prijsvergelijkers</i>			
<i>Dual fuel contracten:</i>			
Gemiddeld verschil	281	246	124
Maximaal verschil	401	399	288

- 5.5 Volgens de ACM had de consument in de beginjaren van de liberalisatie nog problemen met het overstappen naar een andere energieleverancier. In de jaren nadien werd dit proces steeds gemakkelijker en veranderde de bereidheid van de consument om over te stappen. In 2013 was de ACM dan ook proactief bezig om dit overstappen te stimuleren. Ze schrijft hierover in haar jaarverslag 2013:⁸

“Uit onderzoek van ACM bleek dat consumenten wel willen overstappen, maar dit uiteindelijk niet vaak doen omdat ze de informatie van energieleveranciers onduidelijk en onbegrijpelijk vinden. Door de landelijke campagne ‘Niets doen kost je poen’ stimuleert ACM consumenten om toch over te stappen van energieleverancier. Consumenten kunnen daarmee bij de eerste keer overstappen tot wel € 400 per jaar besparen.”

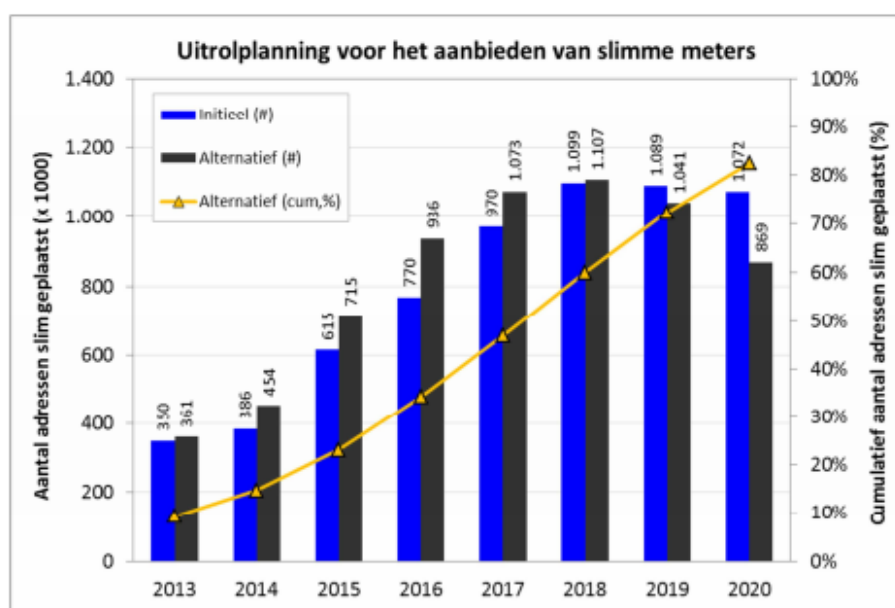
Met deze campagne gaf de ACM op haar website “ConsuWijzer” middels “tips, stappenplannen en vergelijkschema’s” informatie aan consumenten over het overstappen en deed zij een oproep om een “vergelijkavond te plannen”.⁹

- 5.6 Inmiddels was het aantal energieleveranciers gegroeid van 9 aanbieders in 2004 naar 31 aanbieders in 2012. De markt was op dat moment volgens de Business Case van Flexenergie van 12 augustus 2013 (**bijlage 7**) dan ook “een markt met lage marges, toenemende concurrentie en hoge klantverwachting”. Essentieel zijn volgens Flexenergie dan ook “beheersing van kosten” en een organisatie die “efficiënt, effectief en vooral flexibel” moet zijn ingericht.

⁸ Te raadplegen via: https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/13513_jaarverslag-acm-2013.pdf.

⁹ Te raadplegen via: <https://www.consuwijzer.nl/>.

- 5.7 In haar jaarverslag van 2013 verwijst de ACM aanvullend nog naar de uitrol van de zgn. slimme meters. Met kleinschalige aanbidding hiervan is op 1 januari 2012 gestart. Begin 2014 rapporteerde de ACM over de jaren 2012 en 2013 en constateerde zij dat de introductie goed verloopt en dat de consumenten tevreden zijn.¹⁰ Zij constateert dat de besparingsmogelijkheden nog onvoldoende worden benut. De aanbeveling is dan ook om het tempo van de introductie te verhogen.
- 5.8 In 2013 was nog slechts ca. 10% van het aantal adressen voorzien van een slimme meter. In haar rapport “Monitoringrapportage Kleinschalige Aanbidding Slimme Meter” van 7 november 2013¹¹ wordt door ACM ingegaan op de uitrolplanning voor slimme meters en een alternatief, lees versneld, uitrolscenario uitgewerkt door Netbeheer Nederland. De planning is om in 2020 bij 80% van de huishoudens een slimme meter te hebben geplaatst:



Figuur 1 Adressen slim jaarlijks en cumulatief

- 5.9 Deze uitrol van slimme meters is een belangrijk aspect in de Business Case van Flexenergie.

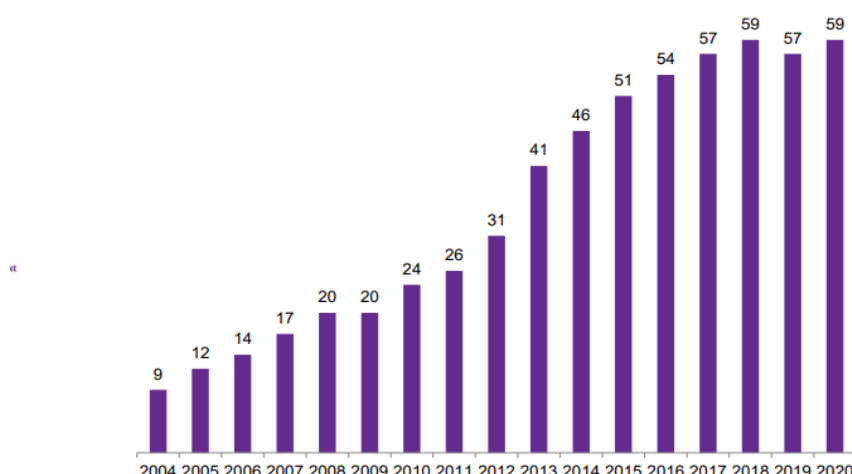
¹⁰ Te raadplegen via: <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/12674/Introductie-slimme-meter-verloopt-goed>.

¹¹ Te raadplegen via: https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/12673_rapport-acm-monitor-slimme-meter-2013-11-07.pdf.

Marktsituatie vanaf 2014

- 5.10 De groei van het aantal energieleveranciers heeft zich ook na 2013 voortgezet. Ter illustratie het volgende overzicht uit de ACM Energiemonitor 2020:¹²

Ontwikkeling aantal energieleveranciers



- 5.11 In een presentatie van maart 2017 van Flexenergie over de energiemarkt (bijlage 8) worden volgende leveranciers als voorbeeld getoond:

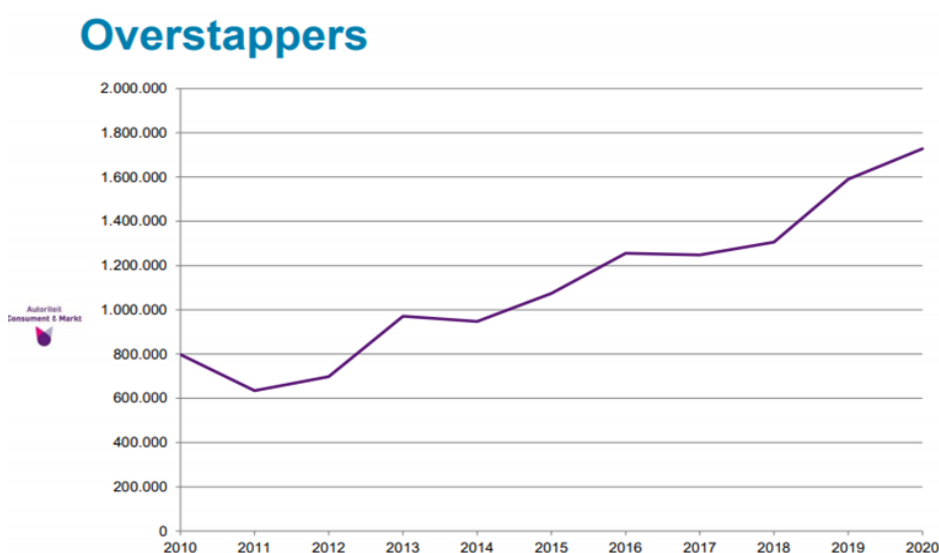


- 5.12 Binnen deze groep is er een aantal grote spelers zoals Essent (ca. 3 miljoen klanten), Eneco (ca. 2,4 miljoen klanten) en Vattenfall (ca. 2 miljoen klanten). Deze grote spelers opereren onder verschillende namen in de markt. Zo is Essent onderdeel van de internationale Innogy Group en opereert zij in de Nederlandse

¹² Te raadplegen via: <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/2020-06/energiemonitor-2020.pdf>.

markt onder niet alleen onder de naam Essent, maar ook als Energiedirect en Vandebron.

- 5.13 Ook thans is de zogenaamde de concentratiegraad nog relatief groot, ondanks het grote aantal aanbieders. Tot 2014 publiceerde de ACM een zgn. C3 Index die de concentratiegraad aangaf van de drie grootste energieleveranciers Essent, Eneco en Vattenfall. Die schommelde tussen de 75% en 85%, in juli 2013 was dat 80%. Recente cijfers ontbreken, maar uit een publicatie van mei 2020 van Energievergelijk.nl ("Welke leveranciers zijn er?")¹³ en het onderzoek van de Consumentenbond van 2 september 2019 naar de solvabiliteit van energieleveranciers¹⁴ lijkt te volgen dat nog steeds sprake is van een zeer sterke concentratie bij de grootste drie leveranciers. Anders gezegd: er is een grote groep aan (deels) nieuwe aanbieders die met elkaar vechten om een relatief klein deel van de markt.
- 5.14 Ook het relatieve aandeel van consumenten dat bereid is om te wisselen van leverancier groeide gestaag door. Het aantal huishoudens dat in één jaar tijd overstapte was ca. 700.000 in 2012 maar steeg naar ca. 1.700.000 in de periode van 1 april 2019 t/m 31 maart 2020. Zie in dit verband ook de volgende grafiek uit de ACM Energiemonitor 2020:¹⁵



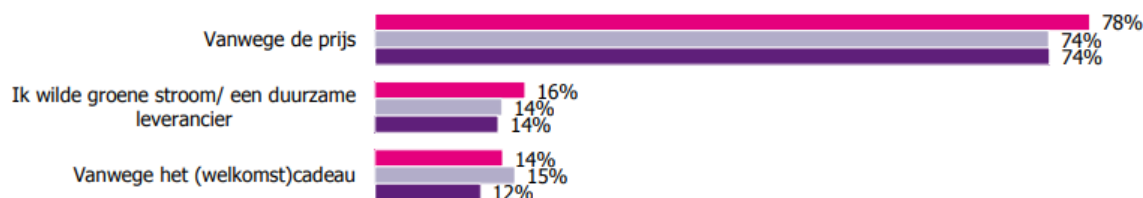
¹³ Te raadplegen via: <https://www.energievergelijk.nl/onderwerpen/welke-energieleveranciers-zijn-er>.

¹⁴ Te raadplegen via:

<https://www.consumentenbond.nl/binaries/content/assets/cbhippowebsite/landingspaginas/acties/faillissement-energieleveranciers-zorgt-voor-financiele-schade-consumenten/solvabiliteit-energiemarkt-onderzoek-consumentenbond-2019-watermarked-rvl.pdf>.

¹⁵ Te raadplegen via: <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/2020-06/energiemonitor-2020.pdf>.

- 5.15 In 2020 was het aantal huishoudens dat nog nooit was overgestapt (van energieleverancier of van contracttype), gedaald naar 24%. De groep van (potentiële) overstappers is dus in omvang toegenomen. Voor nieuwe marktpartijen is het enerzijds juist deze groep die als klant kan worden geworven, maar is het anderzijds ook een groep waarvan de te verwachten retentie (de kans dat zij klant zullen blijven), relatief beperkt zal zijn.
- 5.16 Voor de consument is vooral de online informatie een bron van oriëntatie, waarbij (prijs-)vergelijkingswebsites in belang toenemen. Ook de Consumentenbond is hierbij relevant met 19% aan huishoudens die haar in 2016 en 2017 als bron noemen. Verder waren nog altijd de website c.q. klantenservice van de leverancier (samen 45% resp. 47%) alsmede verkopen aan de deur (19% en 20%) belangrijke overstapkanalen.
- 5.17 Als motivatie voor overstappen is de financiële component met afstand de belangrijkste drijfveer. In de “ACM energiemonitor 2017”¹⁶ wordt de volgende vergelijking van de belangrijkste argumenten bij het overstappen in de jaren 2015, 2016 en 2017 (bovenste balk) gemaakt:



- 5.18 Op basis van een momentopname van september 2017 wordt inzicht gegeven in de prijsverschillen, waarvan een deel in onderstaande tabel kort is samengevat:

Geconstateerde prijsverschillen (september 2017)			
	Onbepaald variabel	1 jaar Vast	3 jaar Vast
<i>Jaarbedrag:</i>			
Duurste contract	1.713	1.736	1.748
Gemiddeld prijs	1.577	1.477	1.534
Goedkoopste contract	1.394	1.261	1.420
Verschil (maximaal)	-319	-475	-328
Verschil met onbepaald		-452	-293

¹⁶ Te raadplegen via: <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/2017-11/2017-energiemonitor.pdf>.

Opvallend is dat het goedkoopste contract bij de twee belangrijkste contractvormen (onbepaald variabel en één jaar vast) meer dan 10% onder het gemiddelde ligt. Dit duidt op een relatief grote spreiding qua prijzen.

- 5.19 Energieveilingen, transparantie op internet via vergelijkingssites, steeds actiever wordende consumenten én een groot aantal aanbieders betekent vooral een toenemende prijzenoorlog tussen de aanbieders. Bakker zegt hierover in het interview op 17 juli 2017 met de ACM (zie **bijlage 9**):

EnergieFlex - Bakker

Je mag geruststellen – maar dat is een ander soort discussie – dat de energiemarkt aardig verzeekt begint te raken door alle kortingen die op eenjarige contracten geboden worden en dat door de wijze waarop ook vergelijkingssites communiceren, de consument helemaal nergens meer op hoeft te letten. Maar ze gaan nog altijd wel een overeenkomst aan met juridische werking en binding net als het voorbeeld wat ik gaf over een arbeidsovereenkomst.

- 5.20 In haar Energiemarktpublicatie 2019 van 7 januari 2020 constateert de Consumentenbond:¹⁷

“Er lijkt een race-to-the-bottom gaande waarbij nieuwkomers zich invecchten door onder kostprijs te acquireren. Dit legt een verdere druk op marges.”

- 5.21 Kijkend naar de solvabiliteit van de aanbieders in de markt concludeert de Consumentenbond dan ook:

- “1. Op basis van de huidige staat van de markt zijn faillissementen in de toekomst waarschijnlijk (...)*
- 2. Kijkend naar solvabiliteitsratio's en de mate van transparantie ontstaat een zorgelijk beeld over een grote groep van kleine energiebedrijven die er financieel niet goed voor lijken te staan (...)*
- 3. Als het onwenselijk is dat consumenten schade leiden als gevolg van faillissement van hun energieleverancier, dan is het noodzakelijk dat er meer bescherming wordt geboden bovenop het huidige niveau (...).”*

¹⁷ Te raadplegen via:

<https://www.consumentenbond.nl/binaries/content/assets/cbhippowebsite/landingspaginas/acties/faillissement-energieleveranciers-zorgt-voor-financiele-schade-consumenten/consumentenbond-onderzoek-energiemarkt-2019.pdf>.

Prepaid energie

- 5.22 Met de toenemende introductie van de slimme meter zag Flexenergie voor zichzelf een “Unique Selling Proposition” in de mogelijkheid van het aanbieden van “Prepaid Energie”, het vooraf betalen voor een tegoed aan energieverbruik. In meerdere landen, zoals Groot Brittannië en Duitsland is dit fenomeen niet onbekend. In Nederland zijn hiervan meerdere vormen bekend:
- Budget Energie bood in 2012 een variant aan waarbij de consument een kwartaal- of jaarbedrag vooruit kon betalen en daarvoor een korting van 20% op jaarbasis ontving. Op Pricewise.nl werd op 14 augustus 2012 gewaarschuwd dat je als klant bij een faillissement je voorschot waarschijnlijk kwijt was. Dit is feitelijk een verhoogd voorschotmodel (geen maand- maar een jaarvoorschot).
 - Flexenergie bood Prepaid Energie aan met direct afboeken van werkelijke verbruik. Daarbij was een waarborg noodzakelijk en kon de klant na waarschuwingen uiteindelijk worden afgesloten, met achterlating van een mogelijke schuld.
 - Door een aantal leveranciers is in een samenwerkingsvorm in 2018 een kleine pilot gedaan voor Prepaid. Deze mogelijkheid wordt nog aangeboden via prepaidenergyservice.com.
- 5.23 Als primaire doelgroep worden in de Business Case door Flexenergie vooral huishoudens met een inkomen van één tot twee keer modaal genoemd. In een presentatie “Business Case EnergieFlex” die op 19 augustus 2013 is verzonden (bijlage 10), als basis voor een presentatie over een mogelijke samenwerking met Essent, staat al een wat meer gevarieerde doelgroep genoemd:

Doelgroep

Doelgroep van EnergieFlex:

Consumenten

- ✓ Expats circa 75.000 huishoudens
- ✓ Studenten circa 85.000 huishoudens
- ✓ Huishoudens met betalingsachterstanden circa 250.000 huishoudens
- ✓ Allochtone bevolkingsgroepen circa 600.000 huishoudens (in randstad)
- ✓ Energiebewuste consumenten

Zakelijk

- ✓ Horeca
- ✓ Winkeliers
- ✓ Kleine productiebedrijven
- ✓ Fitness centra's

Prepaid wordt dan al meer als een mogelijke oplossing voor de zgn.

“Energiearmoede” genoemd, dus voor consumenten met betalingsachterstanden waaronder de maandelijkse lasten van energieverbruik.

- 5.24 In maart 2016 zet Flexenergie zelfs versterkt in op het “armoede” thema. In een persbericht onder de titel *“Energieschulden onnodig veroorzaakt door huidige vorm van betalen”* schrijft ze hierover:¹⁸

EnergieFlex biedt uitkomst met prepaid energie

Nieuwegein, 4 april 2016 – In Nederland hebben 800.000 mensen iedere maand moeite om hun energierekening te betalen. Dit probleem ontstaat deels doordat consumenten pas na twaalf maanden horen wat hun werkelijk energieverbruik is geweest. Vervolgens kunnen ze de hoge eindafrekening niet één keer betalen. Sinds twee jaar biedt energiebedrijf EnergieFlex een oplossing: prepaid energie. Hiermee is een klant zich voortdurend bewust van zijn energieverbruik en –kosten. In de praktijk blijkt dat een gemiddeld huishouden op deze manier 300 tot 400 euro per jaar op energiekosten kan besparen. Deze maand installeert het bedrijf een Raad van Advies met bestuurlijke zwaargewichten uit het bedrijfsleven en de politiek om het probleem landelijk aan te pakken.

Particuliere schulden zijn een groot maatschappelijk probleem, om te beginnen voor de huishoudens zelf. Daarnaast worden ook lokale overheden en de belastingbetaler hierdoor getroffen. Sathees Sampar, directielid van [EnergieFlex](#): “Feitelijk worden mensen met schulden aan hun lot overgelaten. Wij willen ze juist gaan coachen om hun energiekosten beter te beheersen”.

Traditionele energiebedrijven richten zich liever op kapitaalkrachtige consumenten. Het jonge energiebedrijf biedt met prepaid energie als eerste in Nederland een oplossing voor deze vergeten doelgroep. “Niet alleen zijn huishoudens weer verzekerd van gas en licht, ook bouwen zij geen betalingsachterstand meer op doordat we ze tijdig informeren en adviseren”, aldus Sampar.

- 5.25 Dit wordt geen succes. Op 29 januari 2017 stelt de Raad van Advies van Flexenergie zelf voor om de Raad op te heffen omdat zij van mening is onvoldoende bij de ontwikkelingen betrokken te zijn (**bijlage 11**):

Beste Sathees en Siva.

Wij hebben meerdere malen gesproken over het functioneren van de Raad van Advies.

Allereerst zei opgemerkt dat we grote bewondering hebben voor jullie inzet. Jullie hebben een bedrijf uit het niets opgezet en verder uitgebouwd.

Als Raad van Advies zijn wij echter onvoldoende bij de ontwikkelingen betrokken. Terwijl de informatievoorziening naar ons toe niet transparant was en is.

Het is dan voor beide partijen niet zinvol op deze wijze verder te gaan.

Het heeft voor ons alléén zin als onze vaardigheden, netwerken en deskundigheden worden benut.

Daar is blijkbaar minder behoefte aan.

Nu Energieflex een nieuwe fase ingaat, is het verstandig met de Raad van Advies, met ingang van 1 januari 2017, te stoppen.

Wij wensen jullie veel succes en wanneer nodig zijn wij altijd bereid om advies te geven.

Met vriendelijke groet.

_____.

¹⁸ Te raadplegen via: <https://rogers.pr.co/125685-energieschulden-onnodig-veroorzaakt-door-huidige-vorm-van-betalen>.

- 5.26 Een verkenning op internet geeft het beeld dat er behoudens Flexenergie geen andere aanbieder van Prepaid van betekenis is en zelfs niet is geweest. Volgens www.overstappen.nl is er geen aanbieder actief.
- 5.27 Ook op de website van ACM komt men onder de zoekterm “prepaid energie” effectief alleen twee publicaties tegen over boetes aan Flexenergie. Het concept van “prepaid energie” blijkt daarmee als kenmerk van de energiemarkt geen rol van betekenis te zijn c.q. te zijn geweest.
- 5.28 Zoals hiervoor genoemd is door een combinatie van energieleveranciers in 2018 een pilot uitgevoerd met het aanbieden van prepaid energie. De opzet daarvan week iets af van de opzet van Flexenergie. In aanvulling op een slimme meter werd een schakelaar geïnstalleerd, waarmee in bepaalde tijdzones zo nodig de elektriciteit kon worden afgesloten, maar ook direct weer worden aangezet na betaling. In de samenvatting van het “Evaluatierapport pilot Prepaid Energie in Nederland” worden enige constatering uit deze pilot genoemd:¹⁹

De achilleshiel van de propositie in de pilot bleek de klantwerving waardoor de energieleveranciers en netbeheerders het succes anders hebben ervaren dan de klanten. Zij merken dat het ontzettend lastig is en veel moeite kost een klant te bewegen voor een prepaid energiecontract te kiezen. Als belangrijkste redenen hiervoor wordt door zowel de leveranciers als netbeheerders aangevoerd (niet geverifieerd bij klanten):

- Van het coulant afsluitbeleid van netbeheerders gaat maar weinig dreiging uit
- ‘Struisvogel’ gedrag bij veel klanten met budgetteringsproblemen:
 - o Klanten snappen heel goed dat ze met prepaid energie tijdelijk geen energie meer hebben als het saldo op is terwijl ze met postpaid energie gewoon energie behouden. Het oplopen van de schulden lijkt voor lief genomen te worden (men ervaart geen druk en er is geen positieve prikkel).
- Stigma en/of onbekendheid rondom prepaid energie
- Er zijn ‘escapes’. Leveranciers zijn maar in beperkte mate in staat om klanten te herkennen op betaalgedrag (een blacklist is niet toegestaan, contract kan ook op andere naam/rekeningnummer worden aangegaan).

¹⁹ Te raadplegen via: <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2019/04/18/bijlage-evaluatierapport-pilot-prepaid-energie-in-nederland>.

6 Enkele financiële gegevens en de deponering en controle van de jaarrekeningen

6.1 De belangrijkste financiële gegevens van Flexenergie over de periode van 1 januari 2014 tot 1 oktober 2018 zijn af te leiden uit: (i) de definitieve jaarrekeningen 2014 t/m 2016 (**bijlagen 12 t/m 14**), (ii) de concept-jaarrekening 2017 d.d. 21 september 2018 met begeleidende brief van de accountant (**bijlage 15**) met een correctie voor de latente Vpb-vordering²⁰ en (iii) de uit de boekhouding van Flexenergie (Exact Online) blijken cijfers over de periode van 1 januari tot 1 oktober 2018, met een aantal correcties die in **bijlage 16** zijn toegelicht. Die financiële gegevens zijn weergegeven in de onderstaande tabel (bedragen in EUR x 1.000, rood is negatief):

	2014	2015	2016	2017	2018 ²¹
NETTO OMZET	1.335	4.669	7.004	17.740	14.234
BRUTO MARGE	277	869	199	-/- 146	-/- 8.051
KOSTEN	521	1.566	3.790	4.595	1.629
RESULTAAT²²	-/- 247	-/- 722	-/- 3.807	-/- 5.059	-/- 9.889
EIGEN VERMOGEN²³	-/- 148	-/- 725	-/- 4.532	-/- 9.592	-/- 19.480
BELASTINGSSCHULD	292	1.553	3.665	9.458	13.770
KORTL. SCHULDEN	1.019	3.401	7.203	6.097	15.748
WERKKAPITAAL²⁴	-/- 228	-/- 1.437	-/- 5.045	-/- 11.223	-/- 19.765

6.2 Deze cijfers maken de dramatische financiële ontwikkeling die Flexenergie in minder dan vijf jaar doormaakte zichtbaar. Ieder jaar werd méér verlies geleden dan het jaar ervoor en als gevolg daarvan nam ieder jaar het eigen vermogen - dat ultimo 2014 reeds negatief was - verder af, vanaf 2016 zelfs met vele miljoenen per jaar. Dat het überhaupt mogelijk is geweest dat Flexenergie niet veel eerder dan in oktober 2018 failliet gegaan is, komt louter doordat de

²⁰ Zie voetnoot 21.

²¹ Dit betreft de periode van 1 januari 2018 tot 1 oktober 2018.

²² Dat is het resultaat vóór belastingen. Flexenergie heeft, omdat zij nooit winst gemaakt heeft, nooit vennootschapsbelasting hoeven betalen en nooit kunnen profiteren van opgebouwde fiscaal compensabele verliezen. Het "bijplussen" van in de toekomst mogelijk minder te betalen vennootschapsbelasting om zo tot een gunstiger nettoresultaat te kunnen komen, was binnen Flexenergie dus zonder betekenis.

²³ Na ecartering van de Vpb-latentie omdat in september 2018 (toen de jaarrekening 2017 werd opgemaakt) allang duidelijk was dat de vennootschap nooit (meer) zou kunnen profiteren van opgebouwde fiscaal compensabele verliezen.

²⁴ Vlottende activa minus vlottende passiva.

onderneming jarenlang “op de pof” geleefd heeft door de belastingdienst en haar klanten als - ongewilde - financiers van haar jaarlijkse verliezen te laten fungeren. De balans per 1 oktober 2018 maakt dat pijnlijk duidelijk: de belastingschuld bedraagt bijna € 14 miljoen en de kortlopende schulden van bijna € 16 miljoen bestaan voor het overgrote deel (meer dan 80%) uit vorderingen van klanten (die met de zomerperiode achter de rug meer aan voorschotten betaald hadden dan dat zij daadwerkelijk aan energie verbruikt hadden).

- 6.3 Flexenergie heeft voor de jaren 2013 tot en met 2016 een jaarrekening gedeponeerd bij het handelsregister. Dit geschiedde op de volgende data:

Jaarrekening	Datum deponering
Jaarrekening 2013	3 juli 2014
Jaarrekening 2014	29 januari 2016
Jaarrekening 2015	29 juni 2017
Jaarrekening 2016	29 december 2017

- 6.4 Opgemerkt zij dat in het accountantsverslag van de controle 2015 wordt opgemerkt dat de jaarrekening 2015 op 21 januari 2017 voorlopig is gepubliceerd (zie **bijlage 18**):

4.2 Balanscontrole

In bijlage 1 is het overzicht met de geconstateerde controleverschillen opgenomen. Deze controleverschillen zijn door u in de definitieve jaarrekening gecorrigeerd.

Wij merken op dat het resultaat gedurende de controle is aangepast van € 451.233 positief naar € 576.991 negatief.

Daarbij heeft u tevens een voorlopige publicatie gedaan op 31 januari 2017 waarbij een resultaat van € 226.084 positief is gerapporteerd. Nadien heeft u de in juni 2016 door ons opgevraagde details ten aanzien van de nacalculatie inkoop energie (met datum 28 juli 2016) aan ons verstrekt. Dit heeft geleid tot additionele inkoopkosten alsmede additionele af te dragen energiebelasting. Dit is zichtbaar in het verloop van het resultaat gedurende de controle (bijlage 1). Graag wijzen wij u erop dat de correctie op de energiebelasting nog aangegeven en afgedragen dient te worden. Verder adviseren wij u de definitieve cijfers zo spoedig mogelijk te publiceren.

- 6.5 Het boekjaar van Flexenergie liep van 1 januari tot en met 31 december van het betreffende jaar. De jaarrekeningen 2013, 2014 en 2016 zijn derhalve tijdig gedeponeerd en hetzelfde geldt voor de voorlopige jaarrekening 2015.
- 6.6 J.N. Witteveen RA van HLB Blömer Accountants en Adviseurs heeft de jaarrekeningen over 2014, 2015 en 2016 van Flexenergie gecontroleerd. Begin

2017 volgde Verleg hem op. Op de jaarrekening 2013 is geen accountantscontrole toegepast. In de jaarrekening 2014 wordt daarover opgemerkt:²⁵

Ter vergelijking opgenomen informatie niet gecontroleerd

Op de jaarrekening 2013 is geen accountantscontrole toegepast. Derhalve zijn de ter vergelijking opgenomen bedragen in de winst-en-verliesrekening en de daaraan gerelateerde toelichtingen, evenals de ter vergelijking opgenomen bedragen niet gecontroleerd.

- 6.7 Op de uitkomst van de accountantscontroles door de jaren heen zal in het volgende hoofdstuk nader worden ingegaan.

²⁵ Zie bijlage 12.

7 De administratieve organisatie en de interne controle (AO/IC)

- 7.1 Gedurende haar gehele bestaan als vergunning houdende energieleverancier (van begin februari 2014 tot medio oktober 2018) heeft Flexenergie nooit over een goedgekeurde jaarrekening beschikt. Jaar op jaar zag de accountant zich genoodzaakt een oordeelonthouding uit te spreken. Dat werd door de accountant als volgt gemotiveerd.

Jaarrekening 2014²⁶

Onderbouwing van de oordeelonthouding

Flexenergy B.V. is in 2014 gestart met haar activiteiten. Gezien de opstart van de activiteiten en daarbij behorende eerste inrichting van de interne processen en procedures, waar de interne beheersingsmaatregelen deel van uitmaken, zijn wij niet in staat geweest om voldoende controlebewijs te vergaren omtrent de adequate werking van de beheersingsmaatregelen ten behoeve van de juiste en volledige omzetverantwoording. Het is niet mogelijk gebleken om op andere wijze voldoende en geschikte controle-informatie te verkrijgen omtrent de volledige verantwoording en afgrenzing van de omzet. Hetzelfde geldt voor de daarmee rechtstreeks samenhangende posten in de jaarrekening.

Oordeelonthouding betreffende de jaarrekening

Vanwege het belang van de in de paragraaf 'Onderbouwing van de oordeelonthouding' beschreven aangelegenheid zijn wij niet in staat geweest om voldoende en geschikte controle-informatie te verkrijgen om daarop ons controleoordeel te kunnen baseren. Derhalve kunnen wij geen oordeel geven omtrent de getrouwheid van de jaarrekening.

Jaarrekening 2015²⁷

Onderbouwing van de oordeelonthouding

De jaren 2014 en 2015 stonden voor Flexenergie B.V. in het teken van opstart van de bedrijfsactiviteiten. Gezien de opstartfase van de activiteiten en daarbij behorende eerste inrichting van de interne processen en procedures, waar de interne beheersingsmaatregelen deel van uitmaken, zijn wij niet in staat geweest om voldoende controlebewijs te vergaren omtrent de adequate werking van de interne beheersingsmaatregelen ter waarborging van de juiste en volledige omzetverantwoording en de daarmee samenhangende posten in de jaarrekening. Het is niet mogelijk gebleken om op andere wijze voldoende en geschikte controle-informatie te verkrijgen omtrent de juiste en volledige verantwoording en afgrenzing van de omzet en de daarmee samenhangende posten in de jaarrekening. Dit geldt zowel voor de cijfers van het huidige boekjaar als voor de vergelijkende cijfers.

²⁶ Zie bijlage 12.

²⁷ Zie bijlage 13.

Oordeelonthouding betreffende de jaarrekening

Vanwege het belang van de in de paragraaf 'Onderbouwing van de oordeelonthouding' beschreven aangelegenheid zijn wij niet in staat geweest om voldoende en geschikte controle-informatie te verkrijgen om daarop ons controleoordeel te kunnen baseren. Derhalve kunnen wij geen oordeel geven omtrent de getrouwheid van de jaarrekening.

Daarnaast merkt de accountant op:²⁸

Benadrukking van onzekerheid omtrent de continuïteit

Wij vestigen de aandacht op de continuïteitsparagraaf in de grondslagen op pagina 6 van de jaarrekening waarin uiteengezet is dat de vermogens en liquiditeitspositie van Flexenergie B.V. is verslechterd. Deze condities duiden op het bestaan van een onzekerheid van materieel belang op grond waarvan gereede twijfel zou kunnen bestaan over de continuïteitsveronderstelling van de vennootschap. Uit de uiteenzetting blijkt echter dat een duurzame voortzetting van de bedrijfsuitoefening niet onmogelijk is. Derhalve zijn de grondslagen voor waardering en resultaatbepaling gebaseerd op de veronderstelling van de continuïteit van de huishouding. Deze situatie doet geen afbreuk aan ons oordeel.

Jaarrekening 2016²⁹

Ons oordeel

Wij hebben de jaarrekening 2016 van Flexenergie B.V. te Nieuwegein gecontroleerd.

Wij geven geen oordeel over de getrouwheid van de in dit jaarverslag opgenomen jaarrekening van de vennootschap. Vanwege het belang van de aangelegenheden beschreven in de paragraaf 'De basis voor onze oordeelonthouding' zijn wij niet in staat geweest om voldoende en geschikte controle-informatie te verkrijgen om daarop ons controleoordeel bij de in dit jaarverslag opgenomen jaarrekening te kunnen baseren.

De jaarrekening bestaat uit:

1. de balans per 31 december 2016;
2. de winst-en-verliesrekening over 2016; en
3. de toelichting met een overzicht van de gehanteerde grondslagen voor financiële verslaggeving en andere toelichtingen.

²⁸ Zie bijlage 13.

²⁹ Zie bijlage 14.

De basis voor onze oordeelonthouding

Een accountantscontrole dient op een rationele wijze zekerheid te verkrijgen over de volledigheid van de in de jaarrekening opgenomen omzet en de daarmee rechtstreeks samenhangende posten. Om de volledigheid te controleren, dient de accountant onder andere de werking vast te stellen van bepaalde interne beheersingsmaatregelen. Uit de accountantscontrole is naar voren gekomen dat gedurende 2016 de werking van de interne beheersingsmaatregelen van de vennootschap niet voldoende is gedocumenteerd. Hierdoor heeft de accountant de werking van de interne beheersingsmaatregelen niet kunnen vaststellen en kan er niet op rationele wijze zekerheid worden verkregen over de volledigheid van de in de jaarrekening opgenomen omzet 2016 en de daarmee rechtstreeks samenhangende posten zoals hieronder opgenomen.

Daarnaast is het niet mogelijk gebleken om op enige wijze voldoende en geschikte controle informatie te verkrijgen inzake

- de juistheid en volledigheid van de omzetbelasting en energiebelasting per 31 december 2015 en 31 december 2016;
- volledigheid van de verantwoorde waarborgsommen, voorschotten en prepaid tegoeden van klanten per 31 december 2015 en 31 december 2016;
- waardering van de debiteuren en inkoopverrekeningen per 31 december 2015 en 31 december 2016.

Daarnaast wordt door de accountant wederom opgemerkt:³⁰

Materiële onzekerheid over de continuïteit

Wij vestigen de aandacht op het onderdeel 'continuïteit' in de toelichting van de jaarrekening, waarin uiteengezet is dat de entiteit afhankelijk is van een positieve toekomstige resultaatontwikkeling en het behouden van de vergunning van de Autoriteit Consument en Markt. Deze condities duiden op het bestaan van een onzekerheid van materieel belang op grond waarvan gereede twijfel zou kunnen bestaan over de continuïteitsveronderstelling van de entiteit. Ons oordeel is niet aangepast als gevolg van deze aangelegenheid.

³⁰ Zie bijlage 14.

Brief van 21 september 2018 naar aanleiding van concept-jaarrekening 2017³¹

Op basis van de thans bekende feiten en controle-informatie zijn wij voornemens een oordeelonthouding af te geven bij de jaarrekening 2017 mogelijk met een paragraaf inzake onzekerheid over de continuïteit.

Wij kunnen, evenals voorgaande jaren, geen oordeel over de getrouwheid van de in de concept jaarrekening gepresenteerde cijfers geven, omdat wij niet in staat zijn geweest om voldoende en geschikte controle-informatie te verkrijgen om ons controleoordeel op te baseren. Een accountantscontrole dient in dit kader op rationele wijze zekerheid te verkrijgen over de volledigheid van de in de jaarrekening opgenomen omzet en daarmee samenhangende posten. Om deze volledigheid te controleren, dient onder andere de werking van bepaalde interne beheersingsmaatregelen te worden vastgesteld. Omdat wij de werking van de interne beheersingsmaatregelen niet hebben kunnen vaststellen, kan niet op rationele wijze zekerheid worden verkregen over de volledigheid van de in de concept jaarrekening opgenomen omzet en daarmee rechtstreeks samenhangende posten.

- 7.2 Uit deze citaten blijkt dat er de facto in de loop der jaren geen verbetering optrad in de AO/IC van Flexenergie - althans niet een verbetering die het voor de accountant mogelijk maakte om een oordeel te geven over de getrouwheid van de jaarrekening. Voorts blijkt hieruit dat er reeds vanaf 2015 aanleiding voor de accountant was om in zijn accountantsverklaring een continuïteitsvoorbehoud op te nemen.
- 7.3 De Nederlandse Beroepsorganisatie van Accountants licht op haar website toe dat het in geval van een oordeelonthouding gaat om een situatie waarin sprake is van “onzekerheden van materieel belang en diepgaande invloed” (onderstreping curator).³²

³¹ Zie bijlage 15.

³² Te raadplegen via: https://www.nba.nl/globalassets/themas/thema-publieke-sector/controleverklaringen-verklaard/nba_brochure_controleverklaringen_decentrale_overheden_juni_2016.pdf.

7.4 Hetzelfde beeld komt naar voren in de accountantsverslagen 2014 t/m 2016 (bijlagen 17 t/m 19).

Accountantsverslag 2014 d.d. 16 oktober 2015³³

Bevinding	Risico
1. De omzet is op basis van een kasstelsel verantwoord in de financiële administratie. Er vindt geen vastlegging plaats van gefactureerde bedragen in de financiële administratie.	De volgende risico's ontstaan door de huidige verantwoording van de gefactureerde bedragen: • Onjuiste debiteurenstand en omzetverantwoording. • Onjuiste post vooruit gefactureerde omzet en nog te factureren omzet. • Onvolledige afdracht en verantwoording van de post omzetbelasting. • Onvolledige afdracht en verantwoording van de post energiebelasting. • Beperkt inzicht in openstaande debiteuren.

Accountantsverslag 2015 d.d. 23 maart 2017³⁴

Naar aanleiding van actuele financiële en operationele ontwikkelingen, en mede op basis van onze gesprekken met betrokkenen bij uw onderneming hebben wij onderstaande aandachtspunten voor de jaarrekening 2015 van Flexenergie B.V. onderkend en daar in onze controleaanpak rekening mee gehouden.

- Onvolledige omzetverantwoording en onjuiste afgrenzing van de omzet
- Onjuiste afgrenzing van de kostprijs van de omzet
- Onjuiste verantwoording van de energiebelasting
- Continuïteit

Accountantsverslag 2016 d.d. 21 december 2017³⁵

Naar aanleiding van actuele financiële en operationele ontwikkelingen, en mede op basis van onze gesprekken met betrokkenen bij uw onderneming hebben wij onderstaande aandachtspunten voor de jaarrekening 2016 van Flexenergie B.V. onderkend en daar in onze controleaanpak rekening mee gehouden.

- Volledigheid en afgrenzing van de omzet
- Juistheid en afgrenzing van de inkoopkosten
- Voldoen aan de van toepassing zijnde wet- en regelgeving
- Onrechtmatige onttrekkingen van liquide middelen
- Continuïteit

³³ Zie bijlage 17.

³⁴ Zie bijlage 18.

³⁵ Zie bijlage 19.

- 7.5 In het licht van het voorgaande vroeg de curator op 19 april 2021 aan de accountant:

“Uit alles komt het beeld van een organisatie die haar administratie niet op orde had en voortdurend onvoldoende inzicht had in haar financiële reilen en zeilen. Oftewel men was niet “in control”. Is dat ook het beeld van de accountant bij Flexenergie?”

Op 5 mei 2021 antwoordde de accountant:

“Dit beeld kunnen wij bevestigen. Dat is ook de reden voor de verklaringen van oordeelonthouding bij de jaarrekening van Flexenergie B.V. over de jaren 2014 tot en met 2016.(...)”

- 7.6 Op de vraag wie de aanspreekpunten binnen de organisatie voor de accountant waren, antwoordde deze op 5 mei 2021:

“In de beginjaren zal het aanspreekpunt waarschijnlijk alleen Siva Kandiah geweest zijn. Sinds mijn betrokkenheid heb ik meerdere aanspreekpunten gehad. In het begin was dat Siva. Echter, in mijn eerste bespreking met collega Witteveen voor de overdracht gaf Siva destijds al aan niet effectief te zijn in de rol van directeur van een organisatie. (...) De heer Sampar hebben wij nauwelijks gesproken en was niet ons aanspreekpunt. (...) Gezien onze bevindingen gedurende de jaren 2014 tot en met 2017 kunnen wij als accountant niet stellen dat Siva goed zou zijn in administratie en AO/IC. Tot de samenwerking met ServiceHouse is de organisatie niet in staat gebleken om de AO/IC op een zodanig niveau te krijgen dat dit resulteerde in betrouwbare verslaggeving. (...)”

- 7.7 Verwezen zij in dit verband ook naar de volgende passage uit het woordelijk verslag van het gesprek dat de curator op 19 mei 2021 met de heren Verleg en Sluis van HLB Blömer (de accountant) had:

Verleg: Ik ben begin 2017 denk ik voor de eerste keer aan boord gekomen. Het eerste gesprek dat ik heb gehad was met Siva en met de accountant bij ons die 2014 en 2015 had gedaan. In dat gesprek gaf Siva al meteen aan van: ik heb misschien goeie ideeën, maar ik ben niet de persoon die dan operationeel leiding gaat geven aan Flex, dus we zijn op zoek naar een nieuwe directeur.

Curator: En Sampar ook niet?

Verleg: Nee ik denk dat Sampar toen al in Engeland zat.

Curator: Op wiens AO/IC-kennis, om het even zo te zeggen, dreef deze onderneming dan in de jaren 2014-2016?

Verleg: Siva.

Curator: Maar die Siva zegt dus: ik kan het eigenlijk niet.

Verleg: Hij zegt, ik kan operationeel geen leidinggeven aan deze organisatie. Ik ben een ideeënman. Maar je moet mij niet opzadelen met de uitvoering.

Curator: Hij is dus ook niet in staat om de AO/IC goed te managen? (...)

Verleg: Als je sec kijkt naar wat hij gerealiseerd heeft in de jaren 2014/2015/2016, dan kan ik niet tot de conclusie komen dat hij capabel zou zijn. Dat het een van zijn competenties is om aan een organisatie leiding te geven. En die ook nog eens een keer beheersbaar te houden. Dat kan ik niet zeggen.”

7.8 Eveneens op 5 mei 2021 schreef de accountant aan de curator:

“Wij benadrukken in dit geval nog maar eens, dat wij nooit de intentie hebben gehad de jaarrekening 2017 van Flexenergie goed te keuren. Dat was ook bekend bij het management van Flexenergie en daar was ook overeenstemming over. De gang van zaken met betrekking tot het inkoopcontract tussen FlexNet en Flexenergie is één van de voorbeelden van een gebrekkige AO/IC en falende interne beheersing.”

7.9 Ook uit het besluit van de ACM van 30 oktober 2017 (**het Besluit**) (**bijlage 20**) blijkt dat Flexenergie haar AO/IC geheel niet op orde had. Enkele citaten:

Gelet op het voorgaande stelt de ACM vast dat EnergieFlex niet voldoet aan het aspect ‘Controle op informatie, registers’, dat volgens het Toetsingskader AO/IC deel uitmaakt van een goede AO/IC van een vergunninghouder.

(...)

In de management letter 2015 (d.d. 23 maart 2017) meldt de accountant, in aanvulling op de oordeelsonthouding ten aanzien van de jaarrekening 2015 van EnergieFlex, enkele aandachtspunten. Het betreft een onvolledige omzetverantwoording en een onjuiste afgrenzing van de omzet. Daarnaast wijst hij op een onjuiste afgrenzing van de kostprijs van de omzet. Tenslotte verwijst de accountant naar de management letter 2014.

De accountant geeft specifiek ten aanzien van de interim controle¹¹ die hij heeft uitgevoerd aan dat de procedures in 2015 vrijwel ongewijzigd zijn ten opzichte van 2014. Derhalve verwijst de accountant naar zijn bevindingen uit de accountantscontrole 2014 (d.d. 16 oktober 2015).

(...)

EnergieFlex verklaarde op 17 juli 2017 dat de verschillende systemen die gebruikt worden om data te beheren onvoldoende transparant zijn. Zij kan niet valideren of de data in de verschillende systemen aan elkaar gelijk zijn. Ten aanzien van de concrete stappen die gezet worden, verklaarde EnergieFlex dat eerst alle brondata uit de verschillende systemen, zoals het CRM- en facturatiesysteem, de boekhouding en de marktdata uit de centrale systemen bij EDSN, op klantniveau gevalideerd moeten worden om te kijken of data kloppen. Zo is klantinformatie die is opgenomen in het CRM-systeem soms niet gelijk aan de informatie in het facturatiesysteem.

Daarnaast verklaarde EnergieFlex op 17 juli 2017 dat de toegang tot de data in het eigen facturatiesysteem ook "een beetje ondoorzichtig" is en dat kennis op ontwerpniveau van het systeem en de database daarvoor bijna noodzakelijk is. Daarnaast kloppen rapportages die gedraaid worden inhoudelijk niet vanwege gebrek aan kennis over hoe een dergelijke rapportage opgesteld moet worden. Aanvullend verklaarde EnergieFlex dat het systeem geen rapportage-omgeving bevat.

(...)

EnergieFlex heeft verklaard dat het feit dat zij niet in staat is om de energiebalans rond te rekenen ertoe leidt dat zij geen inzicht heeft in hoeverre de energie die zij inkoopt, overeenkomt met de omzet die voortvloeit uit de verkoop van energie. Daarnaast is het nu niet mogelijk om de afdracht van de energiebelasting aan de Belastingdienst te valideren.

(...)

Uit zowel de verklaringen van EnergieFlex als de oordeelsonthouding ten aanzien van de controle van de jaarrekeningen over 2014 en 2015 en de uitgesproken verwachting van EnergieFlex zelf dat ook voor 2016 oordeelsonthouding volgt, volgt dat EnergieFlex over de boekjaren 2014, 2015 en 2016 niet in staat is gebleken een sluitend verband te leggen tussen de ingekochte hoeveelheden energie en de daaruit voortvloeiende inkoopbedragen enerzijds en de verkochte hoeveelheden energie en de daaruit voortvloeiende verkoopbedragen anderzijds.

(...)

Gelet op het voorgaande stelt de ACM vast dat EnergieFlex niet voldoet aan het aspect 'Controle op informatie, verbandscontrole', dat volgens het Toetsingskader AO/IC deel uitmaakt van een goede AO/IC van een vergunninghouder.

(...)

EnergieFlex is niet in staat geweest om voor de levering van duurzame energie in 2016 de juiste hoeveelheid gvo's, in de juiste verhouding opwekkingsbronnen, tijdig in te kopen en af te boeken. EnergieFlex heeft hiertoe correcties moeten doorvoeren en achteraf, en voor het laatst in juli 2017, additionele gvo's afgeboekt. Hierdoor komt het door EnergieFlex gepresenteerde stroometiket over 2016 niet overeen met de verhouding waarin EnergieFlex de gvo's voor dat kalenderjaar heeft afgeboekt. Ook de opgave die EnergieFlex op 15 mei 2017 heeft gedaan bij de ACM ter controle van de juiste en tijdige afboeking van de gvo's over 2016 bleek niet correct.

(...)

Gelet op het voorgaande stelt de ACM vast dat EnergieFlex niet voldoet aan het aspect 'Controle op informatie, verbandscontrole inkoop/verkoop duurzame energie', dat volgens het Toetsingskader AO/IC deel uitmaakt van een goede AO/IC van een vergunninghouder.

(...)

EnergieFlex heeft verklaard dat eind 2015 achterstanden zijn ontstaan in het versturen van jaar- en eindafrekeningen. EnergieFlex noemt als voornaamste reden hiervoor een toename aan afmeldingen van klanten in de winterperiode waardoor grote hoeveelheden eindafrekeningen moesten worden verstuurd. EnergieFlex geeft aan dat het facturatiesysteem van de externe back-office partij dit niet kon verwerken en dat er een capaciteitstekort op de debiteurenafdeling ontstond, mede omdat deze moest assisteren bij andere afdelingen.

(...)

Zoals eerder vermeld is EnergieFlex in januari 2016 per direct overgegaan op het facturatiesysteem van een nieuwe softwareleverancier. Het is EnergieFlex niet gelukt het gehele facturatieproces voor alle producten middels het nieuwe facturatiesysteem te automatiseren. Vanwege de beperkingen van het nieuwe facturatiesysteem is in maart 2016 besloten dat het facturatieproces deels uit handmatig werk zal blijven bestaan. Vervolgens is EnergieFlex nog gedurende het hele jaar 2016 bezig geweest om de opgelopen achterstanden weg te werken. EnergieFlex noemt als voornaamste redenen hiervoor het feit dat het proces rondom het opvragen van meterstanden niet geautomatiseerd is, in combinatie met een personeelstekort.

(...)

Tijdens het derde bedrijfsbezoek heeft EnergieFlex tevens verklaard dat wekelijks een rapportage wordt opgesteld ten aanzien van de kwaliteit van de facturatie. Een dergelijke rapportage²² heeft zij aan toezichthoudend ambtenaren van de ACM verstrekt. Uit deze rapportage blijkt dat een grote groep facturen niet tijdig verzonden is (ruim [VERTROUWELIJK] van de [VERTROUWELIJK] facturen uit de werkvoorraad op 3 juli 2017). Verder blijkt uit deze rapportage dat problemen met het berichtenverkeer tussen EnergieFlex en het CAR bij EDSN, problemen met het uitlezen van meterstanden en een personeelstekort door drukte op de klantenservice de belangrijkste redenen zijn voor het ontstaan van deze achterstanden.

Beoordeling

Uit verklaringen van EnergieFlex volgt dat zij sinds eind 2015 te kampen heeft met achterstanden in het versturen van jaar- en eindafrekeningen aan haar afnemers, waardoor veel jaar- en eindafrekeningen niet binnen de wettelijke termijnen worden verstuurd. Dit beeld wordt bevestigd door de informatie die EnergieFlex, op het moment van opstellen van dit besluit, met betrekking tot de periode november 2015 tot en met april 2017 maandelijks aan de ACM heeft aangeleverd.

Uit een door EnergieFlex verstrekte rapportage met betrekking tot de kwaliteit van de facturatie blijkt dat in juli 2017 nog steeds sprake was van een achterstand in het versturen van jaar- en eindafrekeningen. Op de vraag of EnergieFlex in staat is om in 2017 de achterstanden weg te werken antwoordde EnergieFlex tijdens het derde bedrijfsbezoek dat ze daarin een "heel klein beetje vertrouwen" heeft.

De ACM komt op basis van haar bevindingen tot de conclusie dat EnergieFlex het bedrijfsproces 'Verkoop', meer specifiek het subproces facturatie, onvoldoende beheerst.

(...)

EnergieFlex is niet in staat om op correcte wijze invulling te geven aan haar verantwoordelijkheid om de meetgegevens van kleinverbruikers te collecteren, te valideren en vast te stellen. In ieder geval ten aanzien van de validatie van de meetgegevens beheerst EnergieFlex het proces niet of onvoldoende. EnergieFlex heeft deze verantwoordelijkheid uitbesteed aan een derde. EnergieFlex geeft aan dat deze partij deze taak niet uitvoert op een manier die EnergieFlex wenselijk acht en dat EnergieFlex tegelijkertijd geen zicht heeft op de exacte wijze waarop deze partij het validatieproces uitvoert.

(...)

Daarnaast zijn correcte meetgegevens cruciaal voor het beheersen van het hiervoor beschreven subproces facturatie. Het onvoldoende beheersen van het subproces meetgegevens kan eraan bijdragen dat facturen niet tijdig kunnen worden verstuurd. Tevens vragen handmatige en afwijkende processen, zoals de controle op de verbruiken, in plaats van een geautomatiseerd validatieproces, additionele capaciteit die daardoor niet kan worden ingezet voor andere werkzaamheden. Tenslotte zorgen handmatige processen en controles voor een grotere kans op onjuistheden.

(...)

De ACM komt op basis van haar bevindingen tot de conclusie dat EnergieFlex het bedrijfsproces 'Verkoop', meer specifiek het subproces meetgegevens, onvoldoende beheerst.

(...)

De ACM stelt vast dat de oorzaak van de in dit besluit beschreven bevindingen (grotendeels) is terug te voeren op een gebrekkige administratieve organisatie, die onder meer is ontstaan als gevolg van keuzes die de directie in het verleden heeft gemaakt.

7.10 Uit de bevindingen van de ACM blijkt afdoende dat de AO/IC in de jaren t/m 2017 op tal van essentiële punten niet voldeed aan de daaraan te stellen eisen.

7.11 Dat blijkt ook uit een in 2018 door de belastingdienst bij Flexenergie ingesteld boekenonderzoek. De aanleiding voor dat boekenonderzoek wordt in het Controlerapport van 13 juli 2018 (**Controlerapport**) (**bijlage 21**) als volgt weergegeven:

Door Flexenergie BV zijn de volgende suppleties en het volgende verzoek om vermindering (hierna samen ook aangeduid als "herrekeningen") ingediend:

Datum:	Jaar:	Bedrag:
29 december 2017	2014	108.206
29 december 2017	2015	748.495
7 februari 2018	2016	325.460
7 februari 2018	2017	-/- 2.918.694

Ter motivering van de herrekeningen geeft belastingplichtige aan dat:

* maandelijks op basis van het "kaststelsel" afdracht van energiebelasting plaatsvindt en op basis van de bevindingen van de accountant gekeken wordt of er een suppletie is ontstaan voor het desbetreffende boekjaar (zie brief betreffende 2016)

* onze systemen lieten het niet toe om in 2016/2017 per maand de juiste aangifte te doen (zie brief betreffende 2016 en 2017)

* voor het huidige boekjaar (2018) wijzigen wij deze werkwijze waardoor we maandelijks over de juiste data beschikken, waarmee dergelijke suppleties in de toekomst voorkomen worden (zie brief betreffende 2016 en 2017)

* de suppletie energiebelasting 2017 is bepaald op basis van de daadwerkelijke inkopen (zie brief betreffende 2017)

7.12 Kort en goed: Flexenergie dacht dat zij per saldo recht had op een belastingteruggave van € 1.736.533,=. Met onder meer als toelichting: "onze systemen lieten het niet toe om in 2016/2017 per maand de juiste aangifte te doen".

7.13 De belastingdienst concludeert na onderzoek onder meer:³⁶

In de door Flexenergie BV opgestelde cijfers voor het verzoek om teruggaaf wordt uitgegaan van een inkoop van 398.309,411 MWh gas, dat is 40.771.123,2 m3. Rekening houdend met de tarieven EB (0,2524) en ODE (0,0159) berekent zij de verschuldigde belasting. Daarbij kan het volgende overzicht gemaakt worden waarbij ook de ingediende aangiften 2017 zijn opgenomen:

Hoeveelheid /aangifte	Tarief	Bedrag EB	Bedrag ODE	Totaal
40.771.123,2	0,2524 / 0,0159	10.290.631	648.261	10.938.892
Aangiften 2017		12.049.566	758.945	12.808.511
Saldo (teveel betaald)		1.758.935	110.684	1.869.619

Gebleken is dat er in de opstelling voor de ingekochte hoeveelheid gas enkele inkoopfacturen niet zijn meegenomen. Dat vindt haar oorzaak in de switch van toeleverancier en het hebben van meerdere leveranciers. Vastgesteld is dat er voor 2017 totaal 49.798.071 m3 gas is ingekocht. Dat is 9.026.948 m3 meer dan in het teruggaafverzoek is opgenomen, hetgeen een fiscaal belang vertegenwoordigt van:

EB: $9.026.948 * 0.2524 =$ € 2.278.401
 ODE: $9.026.948 * 0,0159 =$ € 143.528
 totaal € 2.421.929

7.14 Flexenergie had dus ruim 9 miljoen m3 ingekocht gas - en een belastingverplichting van ruim € 2,4 miljoen - over het hoofd gezien.

7.15 De conclusies van de belastingdienst zijn vernietigend:³⁷

7 Recapitulatie correcties

Op basis van het onderzoek dienen de ingediende suppleties 2014 t/m 2016 en het ingediende verzoek om vermindering 2017 nader vastgesteld te worden:

Jaar	Ingediende suppletie / vermindering	Vastgesteld na controle	Correctie
2014	108.206	451.748	343.542
2015	748.495	700.833	-/- 47.662
2016	325.460	785.978	460.518
2017	-/- 2.918.694	-/- 52.852 (*)	2.865.842

(*) Nu er over 2017 als sprake is geweest van een (voorlopige) teruggave van € 717.051 dient er over 2017 een naheffing opgelegd te worden van € 664.199.

7.1 Heffingsrente en of belastingrente

Op de vast te stellen suppleties en vermindering zal heffingsrente dan wel belastingrente berekend worden.

³⁶ Zie bijlage 21.

³⁷ Zie bijlage 21.

7.2 Boete

Flexenergie BV heeft over de jaren 2014 t/m 2016 suppleties EB en ODE ingediend. Daarbij geeft zij als motivering aan dat de (boekhoudkundige) systemen van Flexenergie BV niet in staat waren de juiste aangiften te doen. Flexenergie is vrij in de keuze voor haar administratieve systemen, de verantwoordelijkheid en eventuele gevolgen van een 'niet goed functionerend' systeem zijn voor Flexenergie BV. De ACM heeft na onderzoek bij Flexenergie BV in 2016/2017 ondeugdelijkheden in de administratie geconstateerd. In haar besluit van 30 oktober 2017 met kenmerk ACM/UIT/314221 concludeert zij bij onderdeel 44 dat "dit heeft geleid tot (...) additionele af te dragen energiebelasting. De accountant van Flexenergie BV wijst haar erop dat de correctie op de energiebelasting nog afgedragen dient te worden."

Flexenergie BV geeft aan dat zij naar aanleiding van het door de ACM uitgevoerde onderzoek direct (intern) actie heeft ondernomen om voor een nieuwe leverancier van haar administratieve systeem te kiezen. De migratie naar het nieuwe systeem dient in het kader van consumentenvertrouwen zorgvuldig en goed voorbereid en uitgevoerd te worden.

Deze migratie is ook in gesprekken met de Belastingdienst toegelicht. Flexenergie BV had, zo geeft zij nu aan, op dat moment geen aanleiding om aan de juistheid en volledigheid van de ingediende aangiften te twijfelen, mede omdat er over die (voorafgaande) jaren accountantscontrole is uitgevoerd.

Bij deze reactie past toch wel een kanttekening. Immers de accountant heeft toch herhaaldelijk gewezen op de risico's van een onjuiste afdracht en zelfs, zie de hiervoor opgenomen overweging 44 van de ACM, dat er sprake is van een correctie op de energiebelasting die nog aangegeven en afgedragen dient te worden.

Ook moet geconcludeerd worden dat, nadat Flexenergie BV op de hoogte was van de bevindingen van de ACM en zij kon weten dat er foutieve aangiften energiebelasting zijn ingediend ook heeft nagelaten actief contact op te nemen met de Belastingdienst over de ontstane situatie betreffende de afdrachten. Eerst eind 2017 en begin 2018 worden er suppleties ingediend. Gelet op de nu op te leggen correcties over de jaren 2014 t/m 2017 kan Flexenergie BV ernstige nalatigheid verweten worden. Op grond van artikel 67f Algemene wet inzake rijksbelastingen, jo paragraaf 25 van het BBBB (Besluit Bestuurlijke Boeten Belastingdienst) zal aan Flexenergie BV een vergrijpboete opgelegd worden. Flexenergie BV heeft nu zij pas na optreden van de ACM in eerste instantie

alleen intern in actie is gekomen, niet tijdig en onvoldoende maatregelen genomen om de juistheid van de ingediende aangifte te checken en daarmee heeft zij de aanmerkelijke kans aanvaard dat te weinig energiebelasting is voldaan. Dit kwalificeert zich als grove schuld en daarbij hoort een boete van 25%.

- 7.16 Kortom: op geen moment in de jaren 2014-2017 had Flexenergie haar administratie op orde of had zij inzicht in haar werkelijke (belasting)schulden. Voorts gaf zij voor miljoenen te weinig aan belasting aan en zij slaagde er al die jaren niet in om wezenlijke verandering in deze situatie aan te brengen.
- 7.17 Dat de AO/IC in de jaren t/m 2017 op tal van essentiële punten niet voldeed aan de daaraan te stellen eisen, wordt onderschreven door Van Katwijk in zijn reactie op het onderzoeksrapport d.d. 1 augustus 2021. Hij merkt het volgende op:

"De keuze van Energieflex voor betrouwbare energie back-end systemen is in meerdere opeenvolgende fases (meerdere partijen) ongelukkig geweest. De in

2017 gebruikte IT-leverancier was niet geschikt als Energieback-end. Enkele “reguliere” energieleveranciers waren weliswaar gestart met deze IT-leverancier maar zijn na relatief korte periodes gemigreerd naar betere platformen. (...) In de migratie van deze leverancier naar de eind 2017 gekozen oplossing van ServiceHouse werd deze problematiek op pijnlijke wijze duidelijk. Veel informatie om de migratie succesvol te realiseren was niet gelogd in het system en moest door ServiceHouse worden herbouwd.”

- 7.18 Illustratief voor het feit dat Flexenergie haar administratie niet op orde had, zijn in dit verband ook de volgende citaten uit de hoofdstukken 9 (Inkoop van energie) en 10 (Green Four) en 11 (Het ontstaan van de belastingschuld) van dit rapport:

Citaat hoofdstuk 9

“Flexenergie meende dat de door Anode opgestelde eindafrekening in het kader van de beëindiging van het contract niet correct was. Op basis van deze eindafrekening diende Flexenergie ruim € 1 miljoen te betalen aan Anode. In opdracht van Flexenergie heeft Zest Utilities (onderdeel van Zestgroup te IJsselstein) een analyse gemaakt naar “[de] juistheid van de eindafrekening van Anode PV aan Energieflex”. De analyse van Zest Utilities is neergelegd in een eindrapportage van 29 mei 2017. (...) Anders dan Flexenergie meende, was dus geen sprake van een onjuiste eindafrekening van Anode in het nadeel van Flexenergie. De berekening van Anode was (grotendeels) correct, en de gevonden afwijkingen waren zelfs in het voordeel van Flexenergie. Dit duidt erop dat Flexenergie geen inzicht had in haar verplichtingen jegens Anode.”

(...)

“Achteraf probeerden partijen³⁸ alsnog tot een afrekening te komen. Een betrouwbare rondrekening bleek echter niet mogelijk. Daarvoor zouden namelijk de door Flexnet ingekochte volumes vergeleken moeten worden met de door Flexenergie verkochte volumes. Deze cijfers waren echter niet beschikbaar. Voor de ‘rondrekening’ hanteerden partijen slechts één bron, te weten het standaardjaarverbruik uit de registers, zo blijkt uit het document “Werkbeschrijving inkoop” van juli 2017 (...). Op basis van deze cijfers probeerde men terug te rekenen wat Flexenergie maandelijks had moeten betalen voor de

³⁸ Dat zijn Flexenergie en Flexnet.

inkoop van energie. Van een objectieve, interne controle op de inkoopfactuur qua volume was dus geen sprake bij Flexenergie.”

(...)

“Deze praktijk heeft tot gevolg gehad dat er vele (grote) correcties zijn geweest op de facturen van de inkoop van energie. Uit de administratie van Flexenergie blijkt dat de volgende correcties zijn gemaakt [volgt een tabel]

Uit deze tabel volgt dat de inkoopkosten van Flexenergie bij Flexnet, en dus het resultaat, vaak meerdere maanden na einde van het boekjaar (en soms meerdere keren) moest worden gecorrigeerd. De correcties betroffen relatief grote bedragen. Zo is er in het tweede kwartaal van 2017 een correctie geweest van bijna € 1,2 miljoen voor de afrekening van de inkoopkosten over 2016, en de inkoopkosten over 2017 werden in het eerste kwartaal met € 917.940,= gecorrigeerd en het tweede kwartaal zelfs met € 1,3 miljoen. In het interview is door Bakker bijvoorbeeld opgemerkt dat in de zomer van 2017 een herberekening is uitgevoerd voor de door Flexenergie bij Flexnet ingekochte volumes. Deze herberekening leidde ertoe dat Flexnet circa € 700.000,= moest terugbetalen aan Flexenergie, omdat laatstgenoemde teveel voor de inkoop voor energie had betaald.”

Citaat hoofdstuk 10

“De conclusie is derhalve dat Green Four over de periode van januari 2016 t/m september 2017 in totaal € 464.726,= excl. BTW teveel had gefactureerd aan Flexenergie en dat dit slechts na interventie van de accountant is teruggedraaid. Ook uit dit voorbeeld blijkt dat Flexenergie haar administratie niet op orde had.”

Citaten hoofdstuk 11

“Voorts is gebleken dat Flexenergie € 1.247.144,= te weinig aan OB heeft aangegeven voor 2017. Daarmee heeft Flexenergie in totaal € 2.472.555,= te weinig aangegeven over de jaren 2014 tot en met 2017. In een e-mail van 9 november 2017 is door de accountant aan de directie voorgerekend waarom de gehanteerde methode bij aangifte gehanteerde methode onjuist is.”

(...)

“Flexenergie heeft in vijf keer een nulaangifte omzetbelasting ingediend. Hieronder is per maand dat dit gebeurde indicatief het bedrag vermeld dat aangegeven had behoren te worden, maar niet aangegeven werd:

▪ februari 2017	€ 337.000,=
▪ mei 2017	€ 460.000,=
▪ september 2017	€ 651.000,=
▪ november 2017	€ 641.000,=
▪ februari 2018	€ 634.000,=

Totaal ten onrechte niet aangegeven in 13 maanden tijd: € 2.723.000,=

Het betreft hier zonder twijfel bewust onjuiste aangiften, omdat Flexenergie nu eenmaal maandelijks (i) goederen en diensten leverde aan consumenten en (ii) op basis van het kasstelsel haar aangiftes omzetbelasting opstelde. In de genoemde maanden was zonder uitzondering sprake van aanzienlijke goederen- en geldstromen (zie de genoemde bedragen die hadden moeten worden aangegeven) zodat het doen van nulaangiften als zeer ernstig te kwalificeren is. Bovendien leidt het tot een onjuist beeld van de (fiscale) verplichtingen van de vennootschap.”

- 7.19 Overigens had Flexenergie ook in 2018 - nog steeds - geen goed inzicht in haar werkelijke verplichtingen. De drie belangrijkste posten waar het juiste inzicht nog ontbrak waren (i) de schuldpositie aan klanten, (ii) de af te rekenen energiebelasting en (iii) de afrekening inkoop energie met Flexnet. Ten aanzien van alle drie deze posten gaat het telkens om bedragen van vele miljoenen euro's.

Ad (i)

- 7.20 Het zgn. “badkuipmodel” betekent dat een energieleverancier, bij een constante opbrengst van vaste maandelijksse voorschotten, in de zomer lagere inkoopkosten aan energie heeft dan het maandgemiddelde van de voorschotten en in de winter juist hogere inkoopkosten. Als zo'n leverancier, zoals Flexenergie deed, de voorschotten (ten onrechte) als omzet boekt en ingekochte energie als kosten, toont zij in de winter een verlies en in de zomer een winst. Daarmee gaf Flexenergie lopende het boekjaar haar resultaten niet juist weer.

- 7.21 Flexenergie had dus tussentijds of teveel voorschotten ontvangen of moest juist nog afgerekend krijgen, afhankelijk van het moment in het jaar. Die schuld- of vorderingspositie jegens de klanten was bij Flexenergie lopende het boekjaar niet bekend en was dus ook niet bekend toen zij in oktober 2018 failliet ging. In ten behoeve van een doorstart opgestelde documentatie van 12 oktober 2018 (**bijlage 22**) schreef het bestuur hierover:

“Mogelijk dat te veel betaald klanten (door verbruik en instellen termijn bedrag) kan variëren tussen € 2,2m en € 10m, vermoedelijk door warm weer achter ons meer richting de € 10m.”

Kortom: een bandbreedte qua onzekerheid ten aanzien van de werkelijke schuldpositie jegens klanten van maar liefst € 7,8 miljoen op een balanstotaal (volgens de concept-jaarrekening per ultimo 2017) van € 7,2 miljoen.

Ad (ii)

- 7.22 De aangifte energielasting over het eerste kwartaal van 2018 was gebaseerd op een geschat verbruik, dit in afwijking van de voorgaande jaren en de latere maanden in 2018. De verschuldigde energielasting op basis van de werkelijke verbruiken in het eerste kwartaal lag echter, zo is door de curator becijferd, € 3.365.000,= hoger dan was aangegeven (zie **bijlage 23**). Flexenergie nam in 2018 dus een (veel) te lage belastingschuld op in haar administratie.

Ad (iii)

- 7.23 Er was ten tijde van de faillietverklaring op 22 oktober 2018 tussen Flexenergie en Flexnet nog geen afrekening van de energiekosten over 2018 gemaakt, met uitzondering van de kosten in het eerste kwartaal 2018. De status van de afrekening over het eerste kwartaal van 2018 wordt echter door Flexnet ter discussie gesteld. Ook over de afrekening ten aanzien van de rest van 2018 bestaat er een diepgaand verschil van mening tussen de curator en Flexnet; verwezen zij in dit verband naar de beschrijving in hoofdstuk 9. Bij een goede administratievoering en heldere afspraken omtrent de afrekening van de inkoop van energie, zou er op maandbasis tussen partijen moeten zijn afgerekend. Dat is in de verhouding tussen Flexenergie en Flexnet ten onrechte nooit gebeurd, waardoor er geen inzicht was in de werkelijke inkoopkosten die ten laste van Flexenergie kwamen.

8 Het business model

8.1 Als onderdeel van de vergunningsaanvraag in 2013 is door Flexenergie op 12 augustus 2013 een document getiteld “Business Case versie 1.0” ingediend bij ACM.³⁹ Op basis van de geconstateerde toenemende concurrentie in de energiemarkt werd in dit document door Flexenergie een goede Unique Selling Proposition (USP) als essentieel gezien. In het hoofdstuk “Bedrijfsformule” van dit document worden deze USP’s nader gedefinieerd als:

- Merk - “EnergieFlex”: flexibiliteit voor de consument
- De producten en diensten moeten uniek zijn in vergelijking met huidige aanbieders
 - Maandelijks facturatie op basis van werkelijk verbruik
 - Prepaid energie
 - Nauwkeurige afrekening
 - Energiebesparing
 - Helder en eenvoudig
 - Voordelige energiebundels

8.2 Inzettend op producten die *“zijn gebaseerd op bewustwording van energieverbruik en geldbesparing op energiekosten”* worden de aan te bieden producten als volgt nader beschreven.

Postpaid

Hier betaalt de klant maandelijks achteraf op basis van het werkelijk verbruik in die maand. De prijzen kunnen variabel zijn, maar ook op basis van een één- of driejarig contract.

Prepaid

De klant koopt vooraf een “tegoed” aan energie bij Flexenergie en op grond van de feitelijke afnames wordt dit tegoed afgebouwd. Opwaardering van het tegoed door de klant kan automatisch of handmatig. Het tarief is altijd variabel. Bij een tegoed onder een bepaalde grens wordt de klant per e-mail of sms gewaarschuwd en na x dagen roodstand afgesloten “conform de algemene voorwaarden”.

³⁹ Zie bijlage 7.

Modelcontract

Dit betreft het reguliere product waarbij maandelijks voorschotten in rekening worden gebracht en jaarlijks een eindafrekening plaatsvindt.

De producten Postpaid en Prepaid vereisen een slimme meter die via Flexenergie wordt aangevraagd en door de netbeheerder wordt geïnstalleerd. Daarna kan het verbruik online door de klant worden ingezien.

- 8.3 Als primaire doelgroep worden gedefinieerd: huishoudens met een modaal tot twee maal modaal inkomen in de regio's Amsterdam, Utrecht, Almere, Den Haag en Rotterdam (tezamen ca. 1,2 miljoen huishoudens). Aanvullende doelgroepen zijn evenemententerreinen, woonboten, huuraccommodaties en studenten. In de zakelijke markt zijn vooral de kleine ondernemers een belangrijke doelgroep.
- 8.4 De concurrentie op de energiemarkt wordt in de Business Case omschreven als behoorlijk. Door de liberalisering van de energiemarkt is er *“een aantal nieuwe spelers die in felle concurrentie een marktaandeel verworven hebben. Naast een differentiatie op duurzame energie versus fossiele energie is er een differentiatie in contractduur, prijsvariatie, service”*.⁴⁰
- 8.5 In de financiële prognose van de Business Case wordt met de volgende parameters gerekend:
- de marge is 5% van de energie-inkoopprijs;
 - het vastrecht bedraagt € 11,98 per maand voor gas en elektriciteit;
 - circa 80% van de klanten zal voor een slimme meter zal kiezen;
 - door tijdige actie op achterstanden én de eenmalige borgsom zal er voldoende dekking zijn bij eventuele wanbetalingen.
- 8.6 Een analyse omtrent haalbaarheid en risico's ontbreekt in de Business Case.

Prijsstelling

- 8.7 In een markt met sterke concurrentie is de prijsstelling van groot belang. Enige vergelijking van de prijzen zoals genoemd in de Business Case met de markt van dat moment is niet aangetroffen. Naast een 5% winstmarge op de inkoop van energie is het vastrecht met 82% de belangrijkste component in de marge die

⁴⁰ Zie bijlage 7.

werd geprognosticeerd. Het vastrecht was in berekeningen opgenomen voor € 5,99 per maand per energiesoort exclusief BTW. Dat betekent voor een normaal *dual fuel* (gas en elektra) contract $12 \times € 5,99 \times 2 \times 1,21 = € 173,95$ incl. BTW op jaarbasis, oftewel € 86,98 inclusief BTW (is € 71,88 exclusief BTW) per EAN-aansluiting.

8.8 Om dit bedrag in perspectief te plaatsen, volgen hierna twee citaten uit openbare bronnen:

1. Antwoord van Minister van Economische zaken d.d. 27 januari 2014 op Kamervragen:⁴¹

“ACM heeft aangegeven dat in 2013 in alle contracten vastrecht in rekening werd gebracht, zowel bij contracten voor bepaalde tijd, als bij contracten voor onbepaalde tijd. In de beantwoording van de eerdere schriftelijke Kamervragen over vastrecht (Kamervragen (aanhangsel) 2013-2014, nr. 841) is gekeken naar het standaardproduct met een variabele prijs en een onbepaalde looptijd. Het verschil tussen het hoogste vastrechtstarief (€ 74,38) en het laagste vastrechtstarief (€ 23,95) was € 50,43 (excl. btw) op jaarbasis voor elektriciteit. Voor gas was het verschil tussen het hoogste vastrechtstarief (€ 74,38) en het laagste vastrechtstarief (€ 15,-) € 59,38 (excl. btw) per jaar. Uit deze analyse blijkt dat er verschillen zijn in de hoogte van het vastrecht dat leveranciers hanteren. Daarom valt er dus wat te kiezen voor consumenten, afhankelijk van hun verbruik en hun voorkeuren.”

⁴¹ Kamerstukken II, 2013/14, nr. 1030.

2. Publicatie op Gaslicht.com d.d. 31 januari 2014 “Het vastrecht voor gas en stroom verschilt enorm”:⁴²

Energieleverancier	Soort contract	Vastrecht stroom	Vastrecht gas	Jaarkosten
NLE	3 jaar vast	€ 22,20	€ 22,20	€ 44,40
Essent	1 jaar vast	€ 23,96	€ 23,96	€ 47,92
Greenchoice	1 jaar vast	€ 24,25	€ 24,25	€ 48,50
Eneco	1 jaar vast	€ 27,66	€ 27,66	€ 55,32
Delta	1 jaar vast	€ 38,77	€ 18,12	€ 56,89
Electrabel	3 jaar vast	€ 37,50	€ 37,50	€ 75,00
Nuon	1 jaar vast	€ 39,06	€ 45,00	€ 84,06
E.ON	3 jaar vast	€ 47,88	€ 47,88	€ 95,76
E.ON	1 jaar vast	€ 47,92	€ 47,92	€ 95,84
Energiedirect.nl	1 jaar vast	€ 59,53	€ 59,53	€ 119,06
Energiedirect.nl	1 jaar vast W*	€ 83,53	€ 59,53	€ 143,06
Budget Energie	1 jaar vast	€ 71,87	€ 71,88	€ 143,75

- 8.9 Het vastrecht waarmee Flexenergie rekende, is dus hoger dan in de vergelijking op Gaslicht.com en in lijn met het hoogste tarief dat door het Ministerie werd gemeld. In de publicaties van ACM uit die tijd blijkt dat de belangrijkste motivator voor consumenten om over te stappen de “prijs” is.⁴³
- 8.10 De Business Case geeft geen antwoord op de vraag waarom de propositie van Flexenergie bij deze hoge prijsstelling alsnog interessant zou kunnen zijn voor de consument.

Prepaid contracten

- 8.11 Prepaid is in de Nederlandse energiemarkt een bijzonder concept. Vooral in combinatie met een maandelijks afrekening op werkelijk verbruik, mogelijk gemaakt door de slimme meter, was Flexenergie hiermee de eerste aanbieder van betekenis. Zoals hiervoor opgemerkt⁴⁴ heeft deze propositie echter geen echte navolging gekend. De doelgroep (één á twee maal modaal inkomen) van de Business Case leek in 2014 al te zijn vervangen door de doelgroep huishoudens met betalingsachterstanden. In een presentatie van april 2014 wordt een enquête van bepaalde doelgroepen (expats, studenten, allochtonen) aangehaald, waarin

⁴² Te raadplegen via: <https://www.gaslicht.com/nieuws/het-vastrecht-voor-gas-en-stroom-verschilt-enorm>.

⁴³ Zie hiervoor nr. 5.17.

⁴⁴ Zie hiervoor nrs. 5.26 - 5.28.

de voorkeur voor Prepaid wordt uitgesproken (respectievelijk: 59%, 51%, 61%). Dit lijken geen doelgroepen te zijn met naar verwachting één á twee maal modaal inkomen.

- 8.12 Zoals gezegd was Prepaid Energie een nieuw concept. De vraag is dan of dat concept past bij én hoge kosten én de aanschafkosten voor een slimme meter (tot 1-1-2015) én een waarborgsom/voorschot. Dat wordt in de Business Case niet uitgewerkt.
- 8.13 Een pilot in 2018 van een combinatie van energieleveranciers voor het aanbieden van Prepaid contracten was op dit punt anders qua opzet. In aanvulling op een slimme meter werd een schakelaar geïnstalleerd, waarmee in bepaalde tijdzones zo nodig de elektriciteit kon worden afgesloten, maar ook direct weer kon worden aangezet na betaling. In de samenvatting van het “Evaluatierapport pilot Prepaid Energie in Nederland” worden enige constateringingen uit deze pilot genoemd, welke mogelijk ook van toepassing zijn geweest voor de markt-acceptatie van het Prepaid concept van Flexenergie:⁴⁵

De achilleshiel van de propositie in de pilot bleek de klantwerving waardoor de energieleveranciers en netbeheerders het succes anders hebben ervaren dan de klanten. Zij merken dat het ontzettend lastig is en veel moeite kost een klant te bewegen voor een prepaid energiecontract te kiezen. Als belangrijkste redenen hiervoor wordt door zowel de leveranciers als netbeheerders aangevoerd (niet geverifieerd bij klanten):

- Van het coulant afsluitbeleid van netbeheerders gaat maar weinig dreiging uit
- ‘Struisvogel’ gedrag bij veel klanten met budgetteringsproblemen:
 - o Klanten snappen heel goed dat ze met prepaid energie tijdelijk geen energie meer hebben als het saldo op is terwijl ze met postpaid energie gewoon energie behouden. Het oplopen van de schulden lijkt voor lief genomen te worden (men ervaart geen druk en er is geen positieve prikkel).
- Stigma en/of onbekendheid rondom prepaid energie
- Er zijn ‘escapes’. Leveranciers zijn maar in beperkte mate in staat om klanten te herkennen op betaalgedrag (een blacklist is niet toegestaan, contract kan ook op andere naam/rekeningnummer worden aangegaan).

Oftewel: de doelgroep heeft geen echte motivatie om te switchen naar Prepaid. Veel van de Prepaid contracten kwamen uiteindelijk dan ook binnen als “spoedaansluiting”. Het betrof consumenten die waren afgesloten c.q. dreigden te worden afgesloten bij hun huidige energieleveranciers. En juist in deze doelgroep was het risico van toekomstige betalingsproblemen uiteraard zeer reëel.

⁴⁵ Te raadplegen via: <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2019/04/18/bijlage-evaluatierapport-pilot-prepaid-energie-in-nederland>.

- 8.14 Een duidelijk inzicht in de ontwikkeling van het aantal Prepaid/werkelijk verbruik contracten, is niet in de administratie aangetroffen. In een interview met de ACM wordt in december 2016 gesproken over Prepaid contracten als zijnde circa 25% van het aantal klanten (dan totaal 26.000), dus pakweg 6.500 klanten.⁴⁶
- 8.15 Eind 2017 is door Flexenergie besloten om te stoppen met het aanbieden van Prepaid. Flexenergie heeft dit medegedeeld aan haar klanten via de “*Nieuwsflex van 29-9-2017*”, waarin het volgende werd geschreven:

Waarom stopt Prepaid energie?

We hebben Prepaid energie met veel plezier aangeboden aan onze klanten. We stoppen er nu echter mee omdat we te vaak niet de kwaliteit kunnen bieden die onze klanten verwachten van ons. Dit heeft onder andere te maken met storingen aan slimme meters en de communicatie met de netbeheerders. Daarnaast komen er te veel klanten in betalingsproblemen als zij in de winter een hoger bedrag voor energie moeten betalen.

- 8.16 Daarmee is een belangrijk deel van de business van Flexenergie in haar bestaan afkomstig gebleven van Postpaid (de “traditionele” modelcontracten) en moet die contractsoort voor haar voortbestaan als enige relevante contractsoort worden gezien. Feitelijk betekent dit dat:
- de voornaamste omzet kwam uit de reguliere contractvorm, waarin de concurrentie juist het meest hevig is;
 - de intentie om in Prepaid te groeien relatief veel kosten met zich heeft gebracht in vergelijking met de “output” (denk aan de kosten voor de ontwikkeling van specifieke systemen voor deze business, oninbare vorderingen door de bijzondere vorm, technische problemen en karakter van de doelgroep, alsook extra kosten omdat bij de invoering van de systemen zoveel fout ging).

De Business Case in de praktijk

- 8.17 Eén van de voormalig medewerkers van Flexenergie heeft in het interview met Aalmers en Geurts op 27 november 2020 aangegeven dat Flexenergie een enorme groei kende als gevolg van (i) de hoge welkomstkortingen, soms wel € 140,= per product (dus € 280,= per klant) en (ii) de lage energieprijzen. Door het bestuur werd vol ingezet op groei. Het motto van Kandiah was “*gaan, gaan, gaan*”, zo

⁴⁶ Zie Bijlage 3.

heeft een voormalig medewerker van Flexenergie aangegeven. De commerciële gedachte had de overhand bij beleidsbeslissingen. “Groeien was echt prioriteit nummer 1”, aldus deze voormalig medewerker.

- 8.18 In bijlage 24 is op basis van de - soms beperkte - beschikbare gegevens een analyse gemaakt van de marge ontwikkeling in de tijd (de **Analyse Margeontwikkeling**). In essentie was de marge afnemend bij een groei aan klanten. Dat duidt op een verlies per klant. In een presentatie *Energieflex Business Plan d.d. 8 augustus 2018* (bijlage 25) staat onder de noemer “Feiten 2017”:

➤ EBIT:	- € 4.717.000
➤ Netto winst per klant	- € 78

De Analyse Margeontwikkeling is gemaakt op basis van de afzonderlijke componenten die samen de “Bruto Omzet” volgens de jaarrekening vormen. Dat is dus de marge waaruit de vaste lasten zoals salarissen, marketing, huisvesting, accountant etc. nog moeten worden betaald.

- 8.19 Uit de Analyse Margeontwikkeling blijkt dat de bijdrage van de klanten met Prepaid contracten beperkt is. De voornaamste bijdragen vormen de inkomsten uit de reguliere modelcontracten en wel specifiek het vastrecht. Indicatief komt uit de analyse het volgende beeld naar voren:

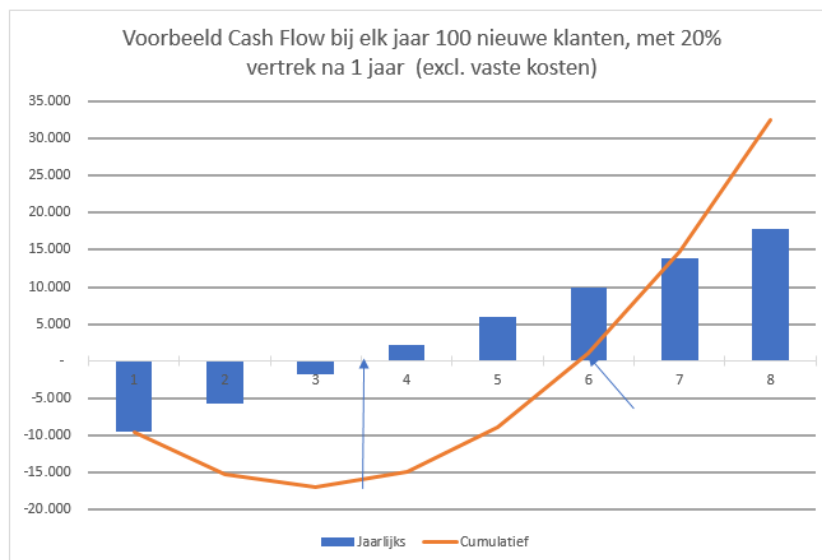
Model met een mix 85% 1-jarige en 15% - 3 jarige contracten				
Inkomsten en			Jaar 2 en	
Variable kosten	Tarief	Jaar 1	volgend	Opmerking n.a.v. Analyse
Vastrecht per jaar	€ 4,75/mnd	€ 114	€ 114	Gemiddelde Service House € 4,20/mnd; dus € 100,80 per jaar
Winstopslag energie		€ -	€ 5	Veronderstelt deels variabel voor nieuw contract.
Boetes / vergoedingen		€ 7	€ 6	Geschat gemiddelde in looptijd
Prijsvergelijker	Eenmalig € 70/€ 80 (retentie lager)	€ -64	€ -0	Excl. Marketing kosten gemiddeld € 10,- per klant; en fee indien via prijsvergelijker; veronderstelling 90% via prijsvergelijker
Welkomstkorting	€ 150	€ -115	€ -6	Vlg. budget ca. 85% dat recht behoudt
Retentie vergoeding	€ 40	€ -	€ -31	Aanbod € 40 in 2018 voor verlenging Consumentenbond deelnemers
Service House	€ 19 / aansluiting	€ -38	€ -38	Vanaf 2018
	Cash / jaar	€ -96	€ 49	

- 8.20 In het eerste jaar is de klant dus zwaar verlieslatend bij éénjarige contracten, waarbij opmerking verdient dat in de praktijk het gemiddelde vastrecht lager lijkt te zijn dan in dit voorbeeld is aangenomen. Daartegenover staat:

- (i) een beperkte positieve opbrengst van in rekening gebrachte opzegvergoedingen, waarvan de omvang echter beperkt lijkt en;
- (ii) de driejaarscontracten die Flexenergie sloot met consumenten. Dit was echter een klein percentage van het totaal aantal contracten dat Flexenergie sloot, namelijk 15%. Veruit het grootste deel van de contracten die Flexenergie met consumenten sloot, waren éénjarige contracten.

- 8.21 Kern blijft dat Flexenergie voor het grootste gedeelte éénjarige contracten afsloot met consumenten en voor deze contracten gold dat pas na ongeveer drie jaar de negatieve bruto marge van het eerste jaar (dat is dus nog vóór de doorbelasting van de vaste kosten van Flexenergie) is terugverdiend - en dit uiteraard alleen als de klant minimaal drie jaar bij Flexenergie blijft en dus niet tussentijds overstapt naar een andere aanbieder. Voor elke klant die na één jaar weer vertrekt, moet het terugverdienen van het verlies uit het eerste jaar worden gecompenseerd door klanten die na het eerste jaar wel aanblijven, waardoor de terugverdientijd nog - aanmerkelijk⁴⁷ - langer wordt dan drie jaar.
- 8.22 Zoals gezegd gaat het in het voorgaande nog slechts om de zwaar negatieve bruto-marge in het eerste jaar die in latere jaren zal moeten worden goedgemaakt. Daarnaast dienen uiteraard ook de vaste kosten van Flexenergie gedekt te worden. Dat vereist een minimaal aantal retentie-klanten: klanten die na het eerste jaar aanblijven als klant. Stel je begint met 100 klanten en elk jaar krijg je er 100 klanten bij, maar van de 100 klanten van het jaar daarvoor verlies je er weer 20 (*churn rate* = 20%). Dan duurt het ca. vier jaar voordat je klantenbestand in dat jaar een positieve marge heeft. Pas in het zevende jaar zijn dan de verliezen uit de eerste zes jaar goed gemaakt. De cumulatieve marge over de eerste zes jaar is dan dus nul, maar de vaste kosten zijn nog steeds niet gedekt. Dekking voor de vaste kosten ontstaat dan in de loop van het zevende jaar. Dat is als volgt grafisch weer te geven:

⁴⁷ Aanmerkelijk langer omdat de retentie (het aantal klanten dat na een jaar aanbleef) relatief erg laag was bij Flexenergie.



8.23 Groei door externe acquisitie is in het geval van Flexenergie dus zeer verlieslatend geweest, hetgeen te voorspellen was, zeker indien men bedenkt dat bij Flexenergie tot in de loop van 2017 de *churn rate*⁴⁸ heel hoog lag (naar schatting hoger dan 50%). Zoals in bijlage 3 geciteerd, werd eind december 2016 door Kandiah nog aangegeven dat er “*heel weinig aan retentie*” is - en blijken de systemen daar ook niet op te zijn ingericht. Dit wordt onderschreven door Bakker die tijdens het interview op 16 november 2020 met Aalmers en Geurts heeft aangegeven dat Sampar en Kandiah niet op het netvlies hadden dat retentie van belang is. Ook hadden zij geen bedrijfsmodel waarin aandacht werd besteed aan de retentie van klanten.

8.24 In een e-mail van 5 februari 2017 schrijft Sampar aan Bakker hierover:

W&V prognose

Om een w&v prognose te kunnen maken, heb je wel een winststrategie nodig. Met andere woorden, waarmee ga je je geld verdienen en hoe zet je de prijs/product zodanig in dat we winst kunnen maken? Je w&v prognose en werkelijke situatie op de vergelijking sites sluiten niet aan.

Als ik naar de huidige tarieven en korting op de vergelijking sites bekijk, dan maken we per klant een verlies van 100 EUR exclusief CTS en CTA. Inclusief CTA kom ik op circa 170 EUR uit. Zonder een w&v prognose te maken weet je al dat aantal klanten maal je verlies is je totaal verlies. Bij 50.000 extra klanten betekent een verlies van 8,5 miljoen met daarbij een CTS van 4,2 miljoen zit je al op een verlies van 12,7 miljoen per jaar. **Dus dit gaat niet werken en de vergelijkers aanmeldingen moeten per direct gestaakt worden door de korting bij te stellen.**

Hoe komt het dat de tarieven van de concurrenten zo laag zijn?

Het is simpel, de leveranciers die bovenaan staan (meestal top 6), verdienen op inkoopstrategie. Dit betekent:

A: dat zij een x hoeveelheid volume in het verleden hebben gekocht die ze nu verkopen. *Bijvoorbeeld, ze hebben gas afgelopen zomer gekocht voor 14 EUR en nu verkopen ze voor 16 EUR met daarbovenop een risicotoeslag kom je op 19/20 EUR. Dit is dus boven de 100% hedgen tijdens de campagne (dus kopen voor de toekomstige sales)*

⁴⁸ Het percentage nieuwe klanten dat na het eerste jaar afhaakt.

Conclusie

Als je op prijs wilt concurreren, dan kan het enkel op basis van inkoopstrategie. Je krijgt meer klanten, goed voor de cashflow, maar de risico's zijn hoog en je hebt meer vermogen nodig om onder andere de initial margin te kunnen betalen.

8.25 Inclusief de kosten voor acquisitie (CTA) komt Sampar dus op een verlies van € 170,= per klant. De winst moet komen van de inkoopstrategie, zegt Sampar, maar de inkoop was nu juist geheel aan (aanvankelijk Anode en vanaf 2016 aan) Flexnet, een andere BV van Sampar en Kandiah, uitbesteed. Flexenergie maakte geen enkele winst op de inkoop, zo was de bedoeling van Flexnet (lees: Sampar en Kandiah). In feite was dus van aanvang af sprake van een hopeloze business case.

8.26 In reactie op de e-mail van Sampar stuurt Bakker op 7 februari 2017 de volgende e-mail als aanzet voor de te kiezen strategie:

Dag heren,

Ik wil vooruitlopend op het fijnstellen van de doelstellingen en begroting even een reflectie geven op wat mijn bevindingen zijn van financiële/commerciële aard. Probeer het als observaties te lezen want zo is het ook bedoeld, geen kritiek.

1. Inkoop valt niet onder verantwoordelijkheid van Energieflex; dat betekent dat de afgegeven tarieven een vaststaande waarde zijn waar geen invloed op uitgeoefend kan worden. Die zijn momenteel hoog en niet concurrerend en er is geen zicht op een verbetering van deze positie.
2. In het afgelopen jaar is er slechts een voordeel behaald op het inkopen vanwege de lage prijs en is er geld overgebleven omdat negatieve prijsinvloeden niet hebben plaatsgevonden.
3. De verworven collectieven zijn verliesgevend waarbij die van de consumentenbond de grootste is en waarschijnlijk geheel uitstroomt dit jaar met een magere retentiemogelijkheid.
4. Direct Marketing als discipline is nog niet eerder opgezet en dus nieuw. Het werken met Triple7Sales heeft ons 40 fraudegevallen opgeleverd en het totaal aantal contracten is te verwaarlozen op het geheel aan nieuwe klanten. Dat houdt in dat alleen de vergelijkingssites als kanaal ons direct ter beschikking staat.
5. De performance van de operatie is onvoldoende, af te meten aan het grote aantal negatieve reviews en de cijfers die er gegeven worden.
6. Er is onvoldoende financieel inzicht anders dan controle op de cashflow om te rekeningen te kunnen betalen; er was geen budget, geen P&L prognose en geen meerjarig financieel plan; dat wordt nu opgezet.
7. Er is een groeistrategie gevolgd op basis van voorinvesteringen vanuit de cashflow van nieuwe klanten. Dit levert per definitie een negatieve P&L op. In het afvlakken van de groeicurve zal dit ook er voor zorgen dat cashflow een issue wordt tenzij een gecontroleerd scenario wordt opgezet om dit te beheersen.

Even los van de exacte cashflow en begroting zullen we dus een strategische keuze moeten maken voor de doelstellingen van het bedrijf. Daarin hebben we een aantal varianten:

1. Streven naar break even resultaat op de P&L; gecontroleerde groei, acquisitie tegen lage kosten en retentie, lagere aantallen
2. Verder groeien in hoog tempo; voor-investeren op cashflow van toenemend aantal klanten, P&L in 2018 centraal stellen en daar dit jaar op vooruit werken

Daar binnen zullen we moeten inzetten op een concurrerende propositie met een aantal keuze mogelijkheden:

1. Op basis van prijs; scherpe inkoop is de enige optie, naast met verlies werven -> kan per direct
2. Op basis van service; klantenservice verbeteren en aantal correcties terugdringen -> kost nog 3 maanden
3. Op basis van meerwaarde; extra proposities die ontzorgen of een probleem oplossen -> kost minstens 8 maanden

Begrijp goed dat de keuzes voor de doelstelling van 2017 door jullie zijn aangedragen en we nu eigenlijk pas op toetsing uitkomen. Dat is niet vreemd omdat de begroting en het inzicht daarin pas in Januari is ontstaan. Het sturen op alleen cashflow is noodzakelijk maar vooruitkijken op de P&L is minstens zo belangrijk.

Mijn voorkeur gaat uit naar strategische keuze 2 (wel goed naar aantallen kijken) en uitwerking 1 + 2 (3 is voor 2018). Laten we vrijdag met elkaar beslissen over de te volgen koers.

- 8.27 Volgens een voormalig medewerker werd binnen Flexenergie niet met de medewerkers gesproken over het business model en/of (het borgen van) de retentie. Wel werd door het verstrijken van de tijd duidelijk dat veel klanten bij Flexenergie vertrokken en dit risico zich dus verwezenlijkte. Vanaf een bepaald moment werden er overzichten opgesteld waarin stond hoeveel en via welk kanaal nieuwe klanten waren geworven en hoeveel bestaande klanten waren vertrokken, aldus een voormalig medewerker van Flexenergie tijdens een interview met Aalmers en Geurts op 27 november 2020. Voor de medewerkers op de boekhouding was echter niet duidelijk wat het klantretentiepercentage was. Dit wordt onderschreven door een andere voormalig medewerker tijdens het interview met Aalmers en Geurts op diezelfde datum. Deze voormalig medewerker geeft verder aan dat er door Flexenergie niet althans onvoldoende is gestuurd op retentie. Er werden ook geen goede retentiemetingen gedaan.
- 8.28 Los van de constatering over het ontbreken van financieel inzicht, het niet sturen op een lange termijn P&L (resultatenrekening), het ontbreken van een budget of prognose is de keuze dus:
- gecontroleerde groei of
 - versneld groeien in hoog tempo met *“voorinvesteren op cashflow van toenemend aantal klanten”*.
- 8.29 Op 31 mei 2017 schrijft Bakker aan Kandiah onder de titel “Scan 2016 kostenpatroon”:⁴⁹

⁴⁹ Met “3.5 verlies” wordt bedoeld: € 3,5 miljoen verlies.

Ik heb even een scan gedaan op de kosten zoals die in Exactonline staan voor 2016. Ik kom daarbij uit dat op basis van de inkomsten als gegeven de inkoopkosten en netwerkkosten plus eb niet erg uit lijn liggen. Wellicht dat de EB nog eens nagekeken kan worden want die ligt wat hoog voor mijn gevoel, ongeveer 400k teveel.

In de overige kosten zie ik er een paar die heel erg zwaar drukken en niet in lijn zijn met normale bedrijfsvoering:

1. Vergelijkingssites; op het aantal nieuwe klanten in 2016 zie ik een verschil van 500k dat uitgezocht zou kunnen worden. Evengoed, alle werving extern (alleen maar groei) is een dure optie. Het geld ga je uiteindelijk verdienen aan blijven en retentie. Dat je verhoogde kosten hebt is niet gek maar 1.2mio is wel erg veel
2. Automatisering; daar is zo'n 700k aan uitgegeven en dat is erg veel voor een bedrijf met max 26k klanten
3. Marketing; bijna 800k aan marketing is een overkill aan kosten en dat drukt natuurlijk zwaar

Mijn eerste inschatting is dat die 3.5 verlies niet helemaal raar is en te wijten is aan alleen acquisitie met een verhoogd startup kosten niveau op IT en Marketing. Ik denk dat met uitzoekwerk nog wel een paar ton terugkomt maar er is ook nog een voorziening voor Anode die waarschijnlijk helemaal genomen moet worden. Afschrijven van acquisitiekosten gaat niet meer dan 200k verschil maken en herberekening van omzet naar inkoop zal zo goed als budget neutraal uitvallen.

In 2016 en 2017 zijn we fors aan het investeren in groei en gaan we in 2017 en 2018 pas geld verdienen aan blijven en retentie. We geven teveel uit aan ICT dus daar kunnen we in de toekomst kosten reduceren en op marketinggebied gaan we iets terug door het sponsorcontract met NEC wat nu Jupiler league tarief gaat krijgen.

Wat we anders moeten doen is beter grip en zicht krijgen op inkoop. Door het ontbreken van adequate omschrijvingen en alleen maar op voorschot werken zonder nacalculatie maakt het erg diffuus om te bepalen of inkoop correct is. Ook het heen en weer boeken naar de RC van Flexnet maakt het wat onduidelijk. We moeten daarvoor zsm naar een aparte rekening van Flexnet voor het RC en inkoop.

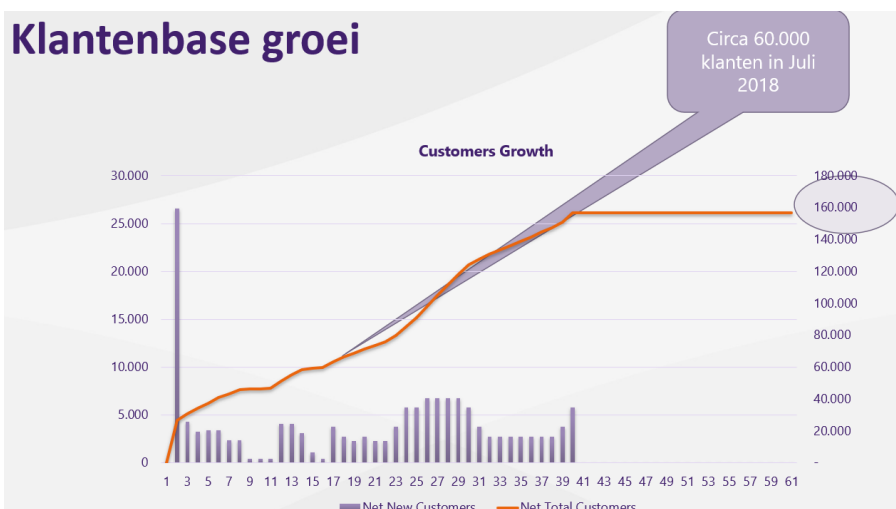
- 8.30 Bakker constateert dus hoge - directe - kosten voor vergelijkingssites én ook nog eens voor marketing. En passant haalt hij ook nog de diffuse situatie rondom de inkoop van energie aan en constateert hij in feite dat (de in de Business Case genoemde) bedrijfslasten ter zake van (bijvoorbeeld) automatisering en marketing niet zijn beheerst op een wijze die past in een markt met toenemende concurrentie, zoals terecht in de Business Case als vereiste werd genoemd door Flexenergie.
- 8.31 Meerdere keren wordt derhalve in de e-mailcorrespondentie in de eerste helft van 2017 door het management geconstateerd dat snelle acquisitie via prijsvergelijkingssites/veilingen te duur is voor Flexenergie. De uiteindelijke keuze is uiteindelijk echter toch: zeer aanzienlijke verdere groei (meer dan een verdubbeling van het aantal klanten vóór het einde van 2017).
- 8.32 Op 20 februari 2017 schrijft Bakker aan Sampar en Kandiah in een e-mail met de titel "Terugkoppeling afspraken meeting 14-1":

- Bespreken financieel plan van Jaap, graag wel vooraf eea mailen zodat ik vooraf kan bestuderen
Zoals besproken is het scenario van gelijkblijven geen optie; daarvoor loop het verlies net zo hard op door de uit te keren kortingen over 2016 als wanneer een groeiscenario wordt gekozen. In een groeiscenario zal 2017 nog steeds een verlies laten zien maar is het mogelijk om de operationele kosten meer in lijn te brengen met het aantal klanten, is het mogelijk om DM kanalen op te zetten om de CTA te verlagen en wordt er een betere cashflow gecreëerd voor de noodzakelijke stappen. We hebben daarom ook geconcludeerd op basis van een doorrekening dat het scenario met 50.000 klanten groei de voorkeur heeft. Jaap maakt een definitieve versie van de begroting en levert deze voor 19-2 aan.

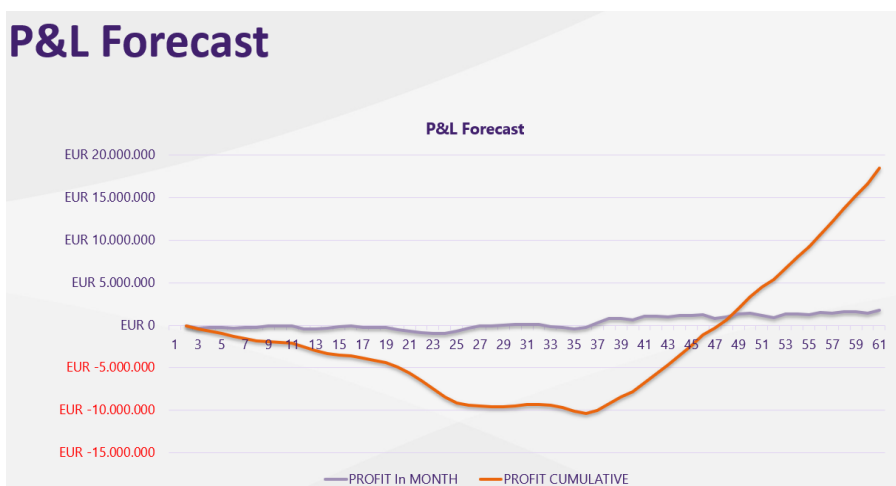
- 8.33 Het plan gaat dus vol voor groei, met acceptatie van de extra verliezen die dat tot gevolg zal hebben, dit ondanks de bekende verliezen op kortingen vanuit de acquisitie van klanten in 2016. Volgens de “Begroting 2017” die Sampar op 21 maart 2017 aan Kandiah stuurt (**bijlage 26**) zijn de prognoses waar men van uitgaat:
- een cumulatief verlies in 2017 van € 2,6 miljoen en;
 - een klantengroei van 29.664 begin 2017 naar 70.834 eind 2017.
- 8.34 In de strategie die in de loop van 2018 werd ontwikkeld is het model ongewijzigd: groei van het aantal klanten om te komen tot een winstgevende volume/mix, en met acceptatie van aanloopverliezen en daarbij benodigde financiering op basis de ontvangst van voorschotten van klanten. De volgende sheets zijn afkomstig van het EnergieFlex Business Plan V07_NL_d.d. 8 augustus 2018:⁵⁰

⁵⁰ Zie bijlage 25.

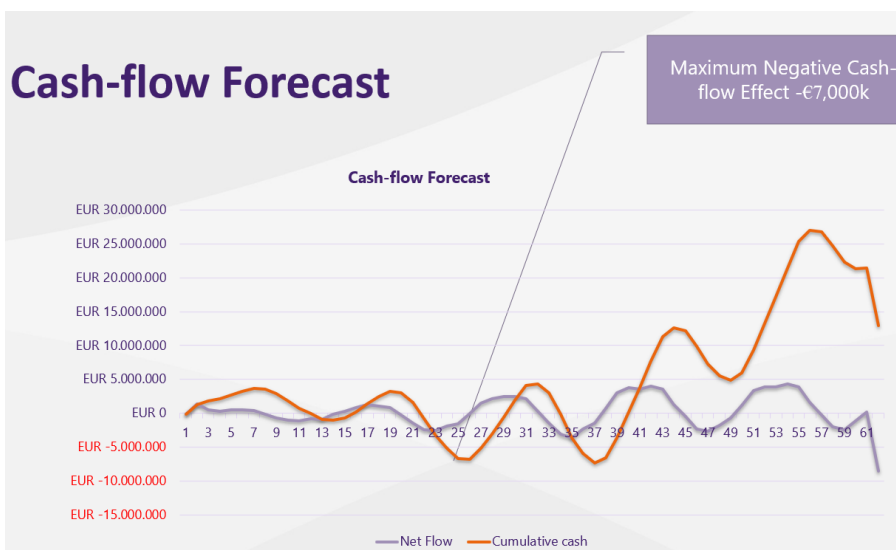
Klantenbase groei



P&L Forecast



Cash-flow Forecast



- 8.35 Het beeld van deze sheets is overeenkomstig de analyses van 2017 van Bakker en Sampar. In de Analyse Margeontwikkeling is dit ter illustratie aan de hand van een voorbeeld nader uitgewerkt.
- 8.36 Het business model dat uit deze sheets naar voren komt is een zeer-hoog-risico model: het leidt onvermijdelijk in de eerste jaren tot miljoenenverliezen en het (grote) risico dat het misgaat wordt afgewenteld op de klanten die voorschotten betalen én, in het geval van Flexenergie, ook op de belastingdienst. Het eindplaatje bij Flexenergie is immers dat klanten en belastingdienst de cumulatieve verliezen van de onderneming in de periode 2014 t/m 2018 voor meer dan € 20 miljoen hebben voorgefinancierd.
- 8.37 Bakker zegt in april 2017 tegen de ACM over de in zijn ogen verziekte energiemarkt:⁵¹

EnergieFlex - Bakker

Je mag geruststellen – maar dat is een ander soort discussie – dat de energiemarkt aardig verziekt begint te raken door alle kortingen die op eenjarige contracten geboden worden en dat door de wijze waarop ook vergelijkingssites communiceren, de consument helemaal nergens meer op hoeft te letten. Maar ze gaan nog altijd wel een overeenkomst aan met juridische werking en binding net als het voorbeeld wat ik gaf over een arbeidsovereenkomst.

Nadat een voormalig medewerker in 2017 enkele maanden in dienst was bij Flexenergie, trok deze persoon de conclusie dat Flexenergie geen haalbaar business model had gezien alle problemen die er speelden. De voormalig medewerker gaf tijdens een interview op 27 november 2020 aan dat hij/zij “*dacht dat het [Flexenergie] voor einde zomer al failliet zou zijn*”.

⁵¹ Zie bijlage 5.

9 Inkoop van energie

Inkoop van energie bij Anode

- 9.1 In de beginperiode kocht Flexenergie haar elektriciteit en gas in bij Energie I&V BV (handelend onder de naam Anode Energie). Anode is programmaverantwoordelijke (via zustervenootschap Energie E&E BV) en *shipper*. Dit houdt in dat zij zorgt voor de inkoop van energie op de groothandelsmarkt namens energieleveranciers. Daarnaast is een programmaverantwoordelijke verantwoordelijk voor de balans tussen vraag en aanbod van elektriciteit en gas op het Nederlandse energienetwerk.
- 9.2 Voor de inkoop van gas en elektriciteit door Flexenergie bij Anode hadden partijen een overeenkomst voor de exclusieve verkoop en levering van energie en diensten gesloten op 27 augustus 2013 (**Overeenkomst Anode**) (bijlage 27). In deze overeenkomst hebben Flexenergie en Anode de volgende afspraken gemaakt over de prijzen en de afrekening voor de inkoop van energie:

2.4.1 Gas

KV-aansluitingen:

Ten behoeve van de levering aan Profielverbruikers stelt Anode Energie maandelijks Contractprofielprijzen vast per Profielsoort, per startmaand en per looptijd. De richtlijn voor het aanleveren van deze gegevens aan Klant is de 5^e werkdag voor de einddatum van de maand. Deze prijs is een vaste prijs voor de gehele looptijd van levering aan de betreffende Profielverbruiker (1, 2 of 3 jaar in functie van de voorkeur van de klant). Zowel voorcalculatie, nacalculatie als eindafrekening vinden op basis van deze prijs plaats. De tarieven die Anode Energie afgeeft gelden voor de profielen G1A en G2A. De Contractprofielprijs wordt berekend uit de referentieprijzen voor "ENDEX TTF Gas" van de ENDEX Termijnmarkt van de betreffende periode met een per profiel vastgestelde toeslag.

Indien Klant voor de 15^e van de maand het aantal van 1000 (duizend) nieuw afgesloten contracten voor Eindverbruikers passeert, staat het Anode Energie vrij nieuwe Contractprofielprijzen te bepalen voor de tweede helft van de kalendermaand (op basis van dezelfde formule maar met ENDEX prijzen van de 5^e werkdag voor de 15^e van die kalendermaand)

(...)

Ten behoeve van aansluitingen waarvoor Klant geen vaste prijsperiode met de eindafnemer afsluit stelt Anode Energie per profielcategorie een Variabele prijs vast. Deze prijs zal ook gebruikt worden voor aansluitingen waarbij het contract wordt gecontinueerd zonder dat er een nieuwe vaste prijs wordt overeengekomen. Deze variabele prijzen worden maandelijks aan Klant verstrekt conform de layout in bijlage 4.

(...)

2.4.2 Elektriciteit

Vaste prijs voor 1, 2 of 3 jaar:

KV-aansluitingen:

Ten behoeve van de levering aan Profielverbruikers stelt Anode Energie maandelijks Contractprofielprijzen vast per Profielsoort, per startmaand en per looptijd. De richtlijn voor het aanleveren van deze gegevens aan Klant is de 5^e werkdag voor de einddatum van de maand. Deze prijs is een vaste prijs voor de gehele looptijd van levering aan de betreffende Profielverbruiker (1, 2 of 3 jaar in functie van de voorkeur van de klant). Zowel voorcalculatie, na-calculatie als eindafrekening vinden op basis van deze prijs plaats. De tarieven die Anode Energie afgeeft gelden voor hoog, laag en enkeltarief. De Contractprofielprijs wordt berekend uit de referentieprijzen voor baseload en peakload "NL Power settlement price" van de ENDEX Termijnmarkt van de betreffende periode met een per profiel vastgestelde factor.

De Endex referentieprijzen zijn als volgt bepaald:

Tijdens hoge uren: Endex referentieprijzen = Endex Peak settlement prijs

Tijdens lage uren: Endex referentieprijzen =

$$\frac{[\text{Endex NL Power Baseload ask prijs} \times \text{aantal uren van levering} - \text{Endex NL Power Peak bid prijs} \times \text{aantal uren van levering}]}{\text{aantal lage uren van levering}}$$

Tijdens de enkelvoudige uren: Endex referentieprijzen = Endex Baseload settlement prijs.

Deze factoren zijn: zie bijlage 2.

De factoren worden jaarlijks in januari geïndexeerd op basis van de evolutie van de piek en dal verhouding van de prijzen voor elektriciteit op de groothandelsmarkt en de profielen zoals gepubliceerd door de Nederlandse netbeheerders.

Indien Klant voor de 15^e van de maand het aantal van 1000 (duizend) nieuw afgesloten contracten voor Eindverbruikers passeert, staat het Anode Energie vrij nieuwe Contractprofielprijzen te bepalen voor de tweede helft van de kalendermaand (op basis van dezelfde formule maar met ENDEX prijzen van de 5^e werkdag voor de 15^e van die kalendermaand)

(...)

Variabele prijzen (met maandelijks indexatie)

KV-aansluitingen:

Ten behoeve van Eindverbruikers van Klant die voor een variabele prijs kiezen, rekent Anode Energie aan Klant een maandelijks prijs aan voor elke type profiel. Elke maand wordt de prijs berekend op basis van de Endex maand prijzen waarvan levering tenminste 5 weken in de toekomst ligt. Deze referentie prijzen worden vermenigvuldigd met de factoren uit bijlage 2.

De Contractprofielprijzen van enig kalendermaand worden telkens op de vijfde werkdag voor aanvang van de desbetreffende kalendermaand door Anode Energie vastgesteld op basis van de dan geldende marktprijzen. De berekening van de referentieprijzen per maand staat beschreven in bijlage 1.

Prijsbepaling bij continuering van contract na beëindiging vaste prijsperiode

Iedere Eindverbruiker wordt aangemeld door Klant met een unieke contract-ID en een unieke EAN-code. De vaste prijs blijft tijdens de gehele periode van levering, zoals vermeld bij aanmelding van de Eindverbruiker, gegarandeerd. Bij een verlenging van het contract van de Eindverbruiker, wordt de contractprijs bepaald zoals hierboven beschreven, tenzij wederom voor een vaste prijs periode wordt gekozen, in welk geval de bepalingen voor nieuwe Eindverbruikers op overeenkomstige wijze van toepassing zijn.

9.3 Hieruit volgt dat inkooprijzen voor energie werden bepaald aan de hand van de volgende methode. Aan elk type contract dat startte in een bepaalde maand werd een zogeheten ‘Contractprofielprijs’ toegekend. Deze omvatte:

- b. profiel - het verbruik in de tijd;
- c. startmaand en
- d. looptijd.

Daarnaast werden ook regiotoeslagen en een verrekening vooraf van de verwachte onbalans in energie meegenomen in de Contractprofielprijs.

9.4 Deze Contractprofielprijs werd maandelijks op de vijfde werkdag vóór het einde van de maand vastgesteld voor gas en elektriciteit en gold als vaste prijs voor de gehele looptijd van levering aan de betreffende profielverbruiker (de klanten van Flexenergie). De inkooprij vormde vervolgens de grondslag voor de bepaling van de verkoopprijs die Flexenergie in rekening bracht bij haar klanten die één- of driejaarscontracten sloten. Zowel de voorcalculatie, de nacalculatie als de eindafrekening vonden plaats op basis van deze prijs. Flexenergie betaalde vervolgens elke maand aan Anode een prijs voor de inkoop van energie die was samengesteld uit de Contractprofielprijzen van de verschillende maanden. Het was dus een ‘gelaagde’ maandelijkse inkooprij die Flexenergie diende te betalen. Deze ‘gelaagde’ inkooprij wordt hieronder in een tabel geïllustreerd aan de hand van drie klanten (A, B en C), waarbij de energiekosten (ex belastingen) worden weergegeven:

					Gas		Elektra (Kwh)				
					Actual		Actual Kwh		Actual	Tarief	Kosten
	Debiteur	Van	Tot	Afre- kening	m3	Tarief / M3	low	Tarief low	Kwh High	High	Energie
A	108040	4-8-2017	5-8-2018	677279	1.049	0,1850	1.187	0,0322901	1.690	0,04238	304,02
B	94986	7-4-2017	31-3-2018	2179573	882	0,2113	2.332	0,03229	1.564	0,04238	327,95
C	97068	3-9-2017	29-8-2018	775023	887	0,1835	1468	0,04034			221,98
					2.818		4.987		3.254		853,95

9.5 De overeenkomst voor de inkoop van energie met Anode liep af op 31 december 2015. Omdat de verplichtingen van Flexenergie nog doorliepen na deze datum met betrekking tot de één- en driejarige contracten die Flexenergie reeds met haar klanten had afgesloten en Flexenergie in 2016 ook nog energie afnam van Anode, diende Flexenergie haar relatie met Anode financieel af te wikkelen.

Flexenergie meende dat de door Anode opgestelde eindafrekening in het kader van de beëindiging van het contract niet correct was. Op basis van deze eindafrekening diende Flexenergie ruim € 1 miljoen te betalen aan Anode. In opdracht van Flexenergie heeft Zest Utilities (onderdeel van Zestgroep te IJsselstein) een analyse gemaakt naar “[de] juistheid van de eindafrekening van Anode PV aan Energieflex”. De analyse van Zest Utilities is neergelegd in een eindrapportage van 29 mei 2017 (**bijlage 28**). In deze eindrapportage wordt over de reikwijdte en het uitgangspunt van de analyse opgemerkt:

Scope is profielaansluitingen elektra (E1, E2, E3) en gas (G1A, G2A). Uitgangspunt voor ZU is analyse van de consistentie van de gereconcilieerde volumes die zijn toegekend aan de PV Anode met de door de **netbeheerder vastgestelde volumes** die aan de leverancier zijn gecommuniceerd. Dit kan optioneel nog uitgebreid worden met een volledige controle op de door Anode **gehanteerde tarieven in de eindafrekening** van de PV factuur.

9.6 De eindconclusie van Zest Utilities luidt:

Eindconclusie:

- De Anode eindafrekening is (grotendeels) correct. Verschillen (in volume en euro's) zijn in het voordeel van EnergieFlex

Aanbevelingen:

- Saldo van de Anode eindafrekening voldoen
- Het incassodossier van Anode stuitten op grond van foutieve data in afrekening en derhalve geen rente vergoeden over de gehele periode. Stuiting met name op basis van de geconstateerde afwijkingen op afgerekende perioden, evt. aangevuld met afgerekende verbruiken en afgerekende tarieven (althoewel deze in het voordeel van EnergieFlex zijn).
- Stuiting onderbouwen met het feit dat EF veel energie heeft geïnvesteerd om de ontvangen eindafrekening te controleren. In de afrekening blijken een aanzienlijke hoeveelheid aantoonbare fouten in te zitten (vooral veel tarief-omdraaiing). Hoewel de netto omvang van deze fouten beperkt is, toont het aan dat de afrekening van Anode niet waterdicht sluitend is.

9.7 Anders dan Flexenergie meende, was dus geen sprake van een onjuiste eindafrekening van Anode in het nadeel van Flexenergie. De berekening van Anode was (grotendeels) correct, en de gevonden afwijkingen waren zelfs in het voordeel van Flexenergie. Dit duidt erop dat Flexenergie geen inzicht had in haar verplichtingen jegens Anode.

9.8 Op 7 december 2016 hebben partijen een overeenkomst gesloten waarbij Anode een vergoeding kreeg voor de marktwaaarde van de nog lopende leveringen en de gederfde marge bij voortijdige beëindiging van levering. Deze “verbrekings-vergoeding” werd berekend op € 303.662,= (ex BTW). Dit bedrag is in diverse maandelijkse betalingen tot juli 2018 betaald.

Inkoop van energie bij Flexnet

- 9.9 Op enig moment hebben Sampar en Kandiah besloten dat zij de inkoop van energie voor Flexenergie zelf ter hand wilden nemen en hebben zij Flexnet opgericht. Vanaf 2016 heeft Flexenergie haar energie (grotendeels) ingekocht bij Flexnet. In het kader van deze oprichting hebben Sampar en Kandiah op 31 december 2015 een bedrag van € 108.900,= voor “*Setup kosten PV-partij, implementatie van procedures voor Front Office and Back Office, aanmelding Tennet en GasTerra*” in rekening gebracht bij Flexenergie.
- 9.10 Blijkens het register van Tennet is Flexnet op 29 januari 2016 erkend als programmaverantwoordelijke. Voor GTS kon dit niet worden nagegaan. De feitelijke uitvoering van deze taak heeft Flexnet uitbesteed aan Energy Global Handel BV (**Energy Global**) met wie Flexnet een *Overeenkomst voor markttoegang* had afgesloten (**bijlage 29**). In een interview met ACM d.d. 20 december 2016 zegt Kandiah over de inkoop van Flexenergie:⁵²

[REDACTED]
Hoe verloopt de inkoop nu?

Kandiah
Dat verzorgen wij zelf sinds kort.

[REDACTED]
Kunt u daar iets meer over vertellen?

Kandiah
Ja, dat kan. Wij hebben een nieuwe bv, Flexnet BV, en daar verzorgen wij de inkoop. Daar hebben wij een rechtstreeks contract met Tennet en GasTerra.

[REDACTED]
Betekent dat dat jullie zelf erkende programma verantwoordelijke zijn voor elektriciteit en gas?

Kandiah
Ja, Energy Global is de partij die voor ons de programma verantwoordelijke is.

[REDACTED]
Dus jullie zijn niet zelf erkend programma verantwoordelijke?

Kandiah
Ja, wij zijn wel erkend maar zij verzorgen dat specialisme omdat wij dat zelf niet in huis hebben. Zij verzorgen de communicatie met Tennet.

⁵² Zie bijlage 3.

Wat doen jullie zelf aan de inkoopkant?

Kandiah

Wij bepalen op basis van een aantal klanten wat de inkoop moet worden voor de komende tijd en zij maken dan voor ons een risicoprofiel schets waar wij een keuze in kunnen maken.

Oké, dus wat jullie aan jullie kant doen, is het aantal klanten doorgeven aan Energy Global en die verzorgt de feitelijke inkoop en de programma verantwoordelijkheid?

Kandiah

Juist, ja.

- 9.11 Opvallend is dat Kandiah aangeeft dat Energy Global de programma-verantwoordelijkheid voor Flexnet verzorgt, omdat Flexnet “*dat specialisme (...) zelf niet in huis*” heeft. Dit roept de vraag op waarom Flexenergie dan haar energie wilde (en is) gaan inkopen via Flexnet.
- 9.12 Voor de inkoop van energie hebben Flexenergie en Flexnet een overeenkomst voor de exclusieve verkoop en levering van energie en diensten (de **Overeenkomst Flexnet**) (bijlage 30) gesloten met een looptijd van 1 januari 2016 tot 1 januari 2021. Deze overeenkomst lijkt een kopie van de Overeenkomst Anode te zijn waarbij slechts de namen en data zijn gewijzigd. De methode voor het bepalen van de inkooprijzen voor energie was dus dezelfde als de methode in de Overeenkomst Anode: Flexnet en Flexenergie zouden elke maand een inkoopprijs overeenkomen die gedurende één jaar (of drie jaar bij driejaarscontracten) zou gelden voor de inkoop van energie voor de klanten die in die maand een energiecontract met Flexenergie hadden afgesloten (de ‘jaarinkoopprijs’). In de overeenkomst staat immers:
- Deze prijs is een vaste prijs voor de gehele looptijd van levering aan de betreffende Profielverbruiker (1, 2 of 3 jaar in functie van de voorkeur van de klant).*
- 9.13 Zowel de voor- als nacalculatie en de eindafrekening zouden plaatsvinden op basis van deze prijs. Tijdens een interview met Aalmers en Geurts op 16 november 2020 heeft Bakker aangegeven dat de afspraak in feite betekende dat Flexenergie de energie verkocht aan haar klanten voor de kostprijs. Daarbovenop kwam alleen nog een opslag voor vastrecht. “*Voor EnergieFlex was het vastrecht hetgeen waar alles uit betaald zou moeten worden*”, zo gaf Bakker aan. Met de kennis van nu concludeerde hij dat “*je van alleen vastrecht geen energiebedrijf kunt runnen. Dus je hebt een marge in de verkoop van energie nodig. En die marge hoort wel tenminste 20% te zijn.*”

- 9.14 Deze hierboven beschreven methode leidde ertoe dat Flexenergie en Flexnet elke maand een vaste prijs overeenkwamen voor de inkoop van energie voor de nieuwe klanten met één- en driejarige contracten. Doordat elke maand vaste prijzen overeengekomen werden voor nieuwe klanten, ontstond op den duur een samengestelde inkoopprijs voor de totale hoeveelheid energie die Flexenergie diende te betalen. Kortom, voor maand X werd door Flexnet een prijs afgegeven voor de inkoop van energie voor nieuwe contracten die Flexenergie in die maand had gesloten met nieuwe klanten. Deze inkoopprijs bleef gelden voor alle energieleveringen van Flexnet aan Flexenergie aan deze klanten. Het is dus een vaste inkoopprijs voor de duur van het contract tussen Flexenergie en haar klant. In maand X+1 gaf Flexnet vervolgens weer een prijs af voor de inkoop van energie voor contracten die Flexenergie in die maand (X+1) had gesloten met haar klanten. Deze vaste inkoopprijs gold uitsluitend voor de nieuwe contracten van de maand X+1.
- 9.15 Flexenergie kwam vervolgens vaste verkoopprijzen met haar klanten overeen die gelijk waren aan de inkoopprijs voor de energie. Flexenergie volgde dus de prijsopgaven van Flexnet. Op deze wijze zorgde Flexenergie ervoor dat zij aan de inkoopkant dezelfde prijs betaalde als zij aan de verkoopkant ontving. Zodoende vermeed Flexenergie het risico dat zij verlies leed doordat zij energie moest inkopen voor een hoger bedrag dan de vaste prijs die zij was overeengekomen met haar klanten. Een tabel die afkomstig is uit de presentatie “Risico’s bij de inkoop van energie” van Energy Global aan Flexenergie van april 2016 (bijlage 31) maakt inzichtelijk welke prijsrisico’s en/of voordelen Flexenergie zou hebben als zij geen vaste prijzen met Flexnet was overeengekomen (‘consumptie volume is niet ingekocht’) en daarnaast welke risico’s zij ondervangt door wel vaste prijzen overeen te komen met Flexnet (‘consumptie volume is ingekocht’):

	Scenario 1 Marktprijs daalt	Scenario 2 Marktprijs blijft gelijk	Scenario 3 Marktprijs stijgt
Consumptie volume is ingekocht	✓ Energie kosten zijn zoals verwacht ✗ Energie Flex moet initial en variation margin storten ✗ Energie Flex had extra kunnen verdienen als ze niet hadden ingekocht	✓ Energie kosten zijn zoals verwacht ✓ Energie Flex hoeft geen variation margin te storten	✓ Energie kosten zijn zoals verwacht ✓ Energie Flex hoeft minder margin te storten ✓ Energie kosten hadden niet lager gekund
Consumptie volume is niet ingekocht	✓ Energie Flex hoeft geen variation margin te storten ✓ Energie kosten hadden niet lager gekund	✓ Energie Flex hoeft geen variation margin te storten	✗ ✗ Energie Flex maakt verlies ✓ Energie Flex hoeft geen variation margin te storten

- 9.16 Overigens vereist de ACM in het kader van de vergunningverlening aan een energieleverancier met betrekking tot de inkoop (**bijlage 32**):

Het proces 'Inkoop' bevat tenminste de volgende interne beheersmaatregelen:

- f. Er is een geformaliseerd risicobeheersingsproces om het prijsrisico op de vaste prijs portefeuille tot een aanvaardbaar niveau te beperken (er dient een norm te zijn voor de maximale 'risk exposure' van de energieleverancier);
- g. Het risicobeheersingsproces wordt periodiek gemonitord (teneinde vast te stellen of de 'risk exposure' binnen de onder punt f vastgestelde bandbreedte valt);
- h. Voorschot- en correctiefacturen betreffende de inkoop van energie worden zichtbaar gecontroleerd (op hoeveelheden en prijzen).

- 9.17 Op 20 juni 2018 hebben Flexnet en Flexenergie een tweetal overeenkomsten gesloten. Ten eerste zijn partijen een herziening van de afrekenmethodiek voor de inkoop van energie over 2017 overeengekomen. Dit is een wijziging van de afrekenmethodiek die is beschreven in art. 2.4 van de Overeenkomst Flexnet. Deze herziening hebben partijen vastgelegd in het document 'Bijlage 3' (Bijlage 3 bij Overeenkomst Flexnet) (**bijlage 33**). Hierin staat:

Partijen zullen voor de looptijd van deze overeenkomst in- en verkopen van gas en/of elektriciteit afrekenen op basis van de verkooptarieven (klantprijzen) van FlexEnergie B.V. zolang deze maandelijks onder de inkoopprijs (marktprijzen) van Flexnet Energie B.V. liggen. Als de inkoopprijs van Flexnet Energie B.V. voor een bepaalde maand boven de verkooptarieven van FlexEnergie B.V. ligt dan wordt de inkoopprijs van Flexnet Energie B.V. als verrekenprijs gehanteerd.

Na afloop van het jaar wordt op basis van een coulance regeling het handelsresultaat van Flexnet Energie B.V. verrekend met FlexEnergie B.V.

(...)

Deze afspraak heeft betrekking op 2017. Voor 2018 is een nieuw overeenkomst tussen de twee partijen van toepassing.

- 9.18 Ten tweede hebben Flexenergie en Flexnet een 'Overeenkomst levering en programmaverantwoordelijkheid elektriciteit en gas' gesloten op 20 juni 2018 (**Overeenkomst Juni 2018**) (**bijlage 34**). De aanleiding voor deze nieuwe overeenkomst is een e-mail van Kandiah aan Van Katwijk van 2 maart 2018 waarin hij schrijft:

Hi Marco,

Bijgevoegd ontvang je de overeenkomsten tussen flexnet en energyglobal en die van tussen energieflex en flexnet.

Zoals aangegeven is met ingang van 1 januari de werkwijze aangepast zodat tussen flexnet en energieflex geen commerciële relatie is maar enkele doorbelasting van alle kosten en daarnaast een maandelijkse variabel vergoeding.

Dit moet wel nog formeel in overeenkomst worden vastgelegd en juridisch moet dit ook goed kloppen zodat over en weer geen aansprakelijkheid ontstaat.

Mocht EnergyGlobal omvallen of FlexNet dan moet EnergieFlex wel de activiteiten kunnen voortzetten en ook andersom is het van belang dat FlexNet niet omvalt omdat de klanten van EnergieFlex niet betalen etc.

Daarnaast is het van belang voor FlexNet om over voldoende cash te beschikken om posities in te kunnen kopen, X% percentage van de ontvangen voorschotten dienen direct beschikbaar te zijn.

Je mag ook een eigen jurist nemen uit je netwerk om het contract op te stellen. Voordat de accountant op controle komt moeten wij de overeenkomst hiervan hebben.

Gr Siva

9.19 In Annex A van de Overeenkomst Juni 2018 zijn Flexenergie en Flexnet de volgende prijsbepaling overeengekomen:⁵³

a) Partijen hanteren de volgende definities:

De Prijs = de prijs per eenheid elektriciteit of gas per profielcategorie die Leverancier aan Programmaverantwoordelijke verschuldigd is.

Inkoopprijs = de prijs per door de Programmaverantwoordelijke ingekochte eenheid elektriciteit of gas per profielcategorie die per dag wordt vastgesteld. Deze wordt door Programmaverantwoordelijke dagelijks op een marktconforme en transparante wijze vastgesteld.

Forecast Inkoopprijs = de voorspelde Inkoopprijs. Deze wordt door Programmaverantwoordelijke dagelijks voor de 30 daarop volgende dagen bepaald op een marktconforme en transparante wijze.

b) Partijen hanteren vanaf 1 juli 2018 de volgende (whole-sale) Prijzen:

G1A € 0,230579

G2A € 0,230579

E1A € 0,046281

E1B € 0,039509

E1C € 0,050200 (no longer in use)

E2A € 0,046281

E2B € 0,039509

E2C € 0,050200 (no longer in use)

Daarnaast worden deze Prijzen verhoogd met overeengekomen elementen: Onbalans, Bid/Ask, Transactiekosten, Dienstverleningskosten, Collateral, Marge, Prijsrisico (ingesteld), Prijsrisico 1-daags 99%, Prijsrisico verrekend

⁵³ Zie bijlage 34.

- c) Wanneer de Inkoopprijs voor een bepaalde profielcategorie een periode van 30 dagen aaneensluitend hoger is dan 1,05 maal de op dat moment geldende Prijs, alsmede dat de Forecast Inkoopprijs voor dertig dagen direct volgend na voornoemde periode niet lager is dan 1,05 maal de op dat moment geldende Prijs dan geldt vanaf 30 dagen na voornoemde periode de Prijs zoals hierna bepaald. De Prijs wordt bepaald door de huidige Prijs te verhogen met 5% dan wel de dan geldende whole-sale. In afwijking van het voorgaande vindt geen verhoging van de Prijs plaats gedurende de periode dat in het betreffende kalenderjaar voor de som van alle profielcategorieën geldt.

$$\left[\left(\text{het totaal van het door Programmaverantwoordelijke geleverde volume vermenigvuldigd met de daarvoor gehanteerde Prijs} \right) - \left(\text{het totaal van het door Programmaverantwoordelijke geleverde volume vermenigvuldigd met de daarvoor geldende Inkoopprijs} \right) \right] / \left[\text{het totaal van het door Programmaverantwoordelijke geleverde volume vermenigvuldigd met de daarvoor geldende Inkoopprijs} \right] \text{ gelijk of meer is dan } 5,0\%.$$

- d) Wanneer deze verhoging-beperkende conditie effect heeft en aldus voorkomt dat een verhoging van de Prijs plaatsvindt, dan zal 30 dagen na de laatste dag dat de voornoemde verhoging-beperkende conditie effect heeft, de op dat moment geldende Prijs met 5% worden verhoogd.
- e) Wanneer de Inkoopprijs voor een periode van 30 dagen aaneensluitend lager is dan 0,95 maal de op dat moment geldende Prijs dan geldt vanaf 30 dagen na de voornoemde periode de Prijs die wordt bepaald door de huidige Prijs te verlagen met 5 % dan wel de dan geldende whole-sale prijs.
- f) Programmaverantwoordelijke draagt zorg voor de berekeningen zoals neergelegd in deze Annex 1 en zal Leverancier onmiddellijk, dus 30 dagen voor de wijziging van de Prijs, hierover informeren.
- g) Programmaverantwoordelijke rapporteert maandelijks aan Leverancier per Profielcategorie de hoogste, de laagste en de gemiddelde Inkoopprijs van de afgelopen maand, alsmede van de 12 daar voorliggende maanden. Programmaverantwoordelijke zal tevens per Profielcategorie de Forecast Inkoopprijs voor de 30 opvolgende dagen geven.

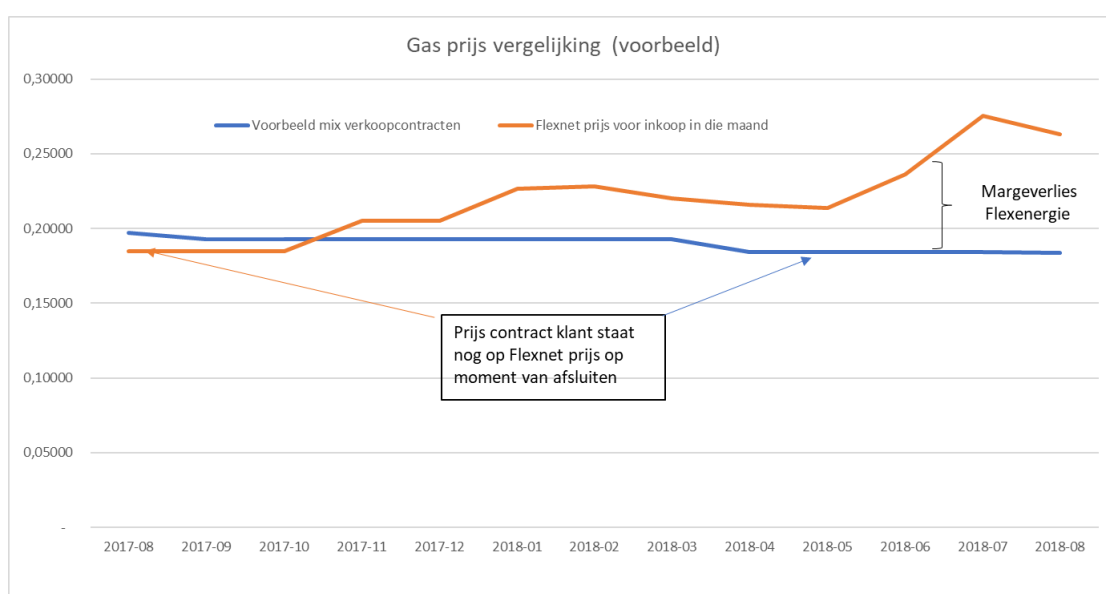
9.20 Op basis van deze Overeenkomst Juni 2018 zou Flexenergie - in de uitleg van Flexnet - elke maand voor de inkoop van de energie voor al haar nieuwe en lopende contracten een inkoopprijs betalen aan Flexnet die gelijk is dan de dan geldende marktprijs voor energie. Dit betreft dus één variabele energieprijs voor het gehele volume aan ingekochte elektriciteit en gas voor de betreffende maand. De gevolgen van deze uitleg kunnen worden geïllustreerd aan de hand van het eerder genoemde voorbeeld van drie contracten A, B en C:

					Gas		Elektra (Kwh)				
					Actual		Actual Kwh		Actual	Tarief	Kosten
	Debiteur	Van	Tot	Afre- kening	m3	Tarief / M3	low	Tarief low	Kwh High	High	Energie
A	108040	4-8-2017	5-8-2018	677279	1.049	0,1850	1.187	0,0322901	1.690	0,04238	304,02
B	94986	7-4-2017	31-3-2018	2179573	882	0,2113	2.332	0,03229	1.564	0,04238	327,95
C	97068	3-9-2017	29-8-2018	775023	887	0,1835	1468	0,04034			221,98
					2.818		4.987		3.254		853,95

Dit voorbeeld laat zien hoe de ‘samengestelde’ inkoopprijs tot stand kwam die Flexenergie maandelijks aan Anode, en later aan Flexnet, diende te betalen voor de inkoop van de totale hoeveelheid energie in een bepaalde maand. In de door Flexnet gegeven uitleg van de Overeenkomst Juni 2018 zou Flexenergie maandelijks de marktprijs als inkoopprijs betalen voor de totale hoeveelheid energie in plaats van een samengestelde inkoopprijs. Voor de maand maart 2018 zou dit bijvoorbeeld betekenen dat Flexenergie een verlies van circa 11% op de in- en verkoop van gas, en circa 18% op de in- en verkoop van elektriciteit zou lijden. In deze maand dienden namelijk de volgende m3 prijzen te worden afgerekend op basis van de overeengekomen vaste één- of driejaarstarieven:

- contract A: € 0,1850/m3
- contract B: € 0,2113/m3
- contract C: € 0,1835/m3

9.21 Voor de gewogen mix van deze contracten is dat een gemiddeld tarief van € 0,1928 per m3. Zou voor deze contracten de marktprijs gaan gelden, dan dient € 0,2203 per m3 te worden betaald. In het voorbeeld dient dan voor de totale 2.818 m3 gemiddeld € 0,0275 per m3 meer te worden betaald, dus € 77,50 in totaal. Flexenergie koopt haar energie dus in voor € 620,81 en verkoopt deze energie voor € 543,31. Dit leidt tot een verlies van circa 14% louter op de inkoop. Het voorgaande is ook weergegeven in overstaande grafiek:



- 9.22 Hierna wordt verder uiteengezet welke gevolgen deze contractwijziging heeft en welke vermoedelijke aanleiding aan deze wijziging ten grondslag ligt.

Vele geldstromen, correcties op facturen en incorrecte eindafrekeningen

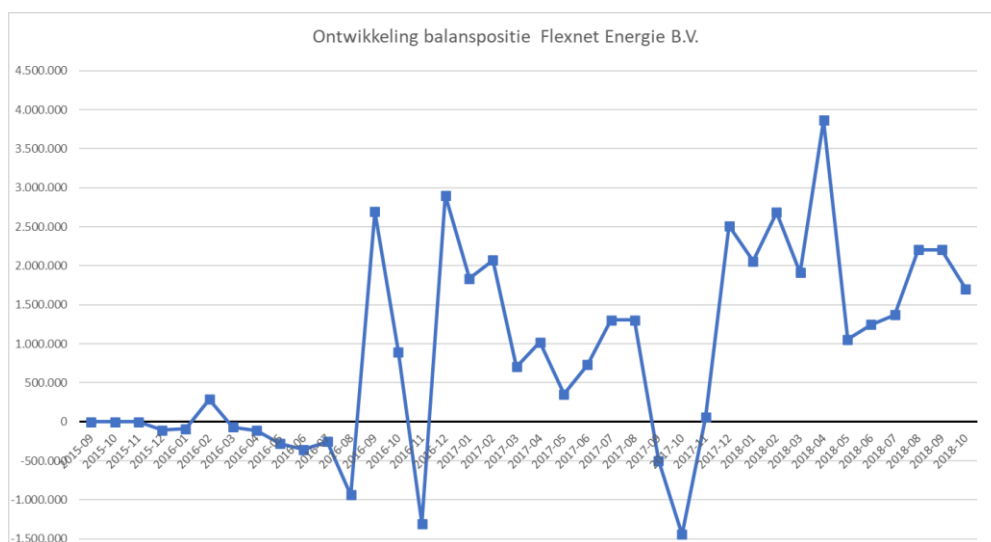
- 9.23 Op basis van de Overeenkomst Flexnet diende Flexnet aan het begin van elke maand een voorlopige factuur te sturen aan Flexenergie, die binnen veertien dagen moest worden voldaan. Aan het einde van de maand zou Flexenergie dan een relatief klein bedrag moeten bijbetalen of terug moeten ontvangen, afhankelijk van de daadwerkelijk ingekochte energie. Dit gebeurde echter niet. In de praktijk liepen de balansposities met uitbetalingen van voorschotten, al dan niet met facturen, het terugontvangen van gelden, late afrekeningen en slechts af en toe (deel 2016 en deel 2017) de bepaling van een balanspositie “waarborgsommen”⁵⁴, door elkaar heen. Bovendien werden betalingen aanvankelijk vaak geboekt in rekening-courant, waarna aan het eind van het jaar of bij grote posities tussentijds het crediteurensaldo weer in de rekening-courant werd tegen geboekt. Als alle mutaties per jaar worden verwerkt, ontstaat het volgende beeld:

	<u>Gelden</u>	<u>Inkoop Facturen</u>	<u>Nacalculatie Inkopen</u>	<u>Waarborg sommen</u>	<u>Rente</u>	<u>Overige</u>	<u>Jaar Mutatie</u>	<u>Ultimo</u>
2013	-	-	-	-	-	-	-	-
2014	-	-	-	-	-	-	-	-
2015	-	-108.864	-	-	-	-	-108.864	-108.864
2016	7.861.400	-7.260.955	1.246.576	3.501.860	-18.792	-2.317.404	3.012.685	2.903.821
2017	15.239.708	-14.371.974	2.224.590	-3.501.860	17.740	-	-391.795	2.512.026
2018	19.559.376	-20.366.075	-	-	-	-	-806.699	1.705.328
	42.660.484	-42.107.867	3.471.166	-	-1.052	-2.317.404	1.705.328	

nb. de kolom “Overige” betreft het overboeken van een saldo van de rekening courant naar de balanspositie “Waarborgsommen”. Die mutatie is niet direct te herleiden naar eerdere geldstromen en/of facturen.

- 9.24 Op basis van deze gegevens zou Flexenergie op datum faillissement per saldo een vordering van € 1.750.328,- op Flexnet hebben. Haar vordering is echter veel groter, zoals hierna zal blijken.
- 9.25 Naast een overzicht van de mutaties per jaar, wordt hieronder in een grafiek de ontwikkeling van de balanspositie van Flexnet per maand weergegeven:

⁵⁴ Zie art. 4.1.6 Overeenkomst Flexnet.



9.26 Uit deze grafiek en de onderliggende cijfers blijkt een drietal opvallende punten:

- In september 2016 is per saldo een bedrag van € 4,1 miljoen betaald aan Flexnet. In november 2016 is € 2,4 miljoen van dit bedrag als waarborgsom aangemerkt. In december 2016 volgen vervolgens betalingen voor een totaalbedrag van € 4.860.000,=. In de maanden daarna wordt stapsgewijs een afrekening voor 2016 gemaakt waarbij alsnog € 1.246.576,= als vordering, met terugwerkende kracht, in december 2016 wordt opgenomen. Door én die betalingen én die correctie achteraf gaat de schuld van Flexenergie van € 1.306.000,= per ultimo november 2016 naar een vordering van € 2.903.000,=.
- In 2017 wordt de balanspositie eerst afgebouwd door creditnota's voor de waarborgsommen. Vervolgens ontstaat een wisselvallig beeld. Eind september ontstaat er 'formeel' een schuld van Flexenergie aan FlexNet, die in oktober oploopt tot € 1.443.000,=. In november 2017 wordt € 1.500.000,= betaald waardoor het saldo weer nagenoeg nihil wordt. In december wordt dan én geen inkoopfactuur van FlexNet ontvangen én wordt (achteraf, in maart en mei 2018) een afrekening voor 2017 gemaakt waarbij € 2.224.590,= als vordering op Flexnet wordt opgenomen. Evenals eind 2016 wordt dus ook eind 2017 een schuld veranderd in een vordering op Flexnet.
- Evenals in de jaren 2016 en 2017, is ook in 2018 sprake van een wisselvallig beeld. In maart 2018 wordt én het voorschot-bedrag voor maart geboekt én

dat van april waardoor de vordering afneemt, waarna de vordering weer oploopt omdat over april 2018 geen inkoopfactuur wordt ontvangen.

9.27 Hierna zijn de betalingen en ontvangsten over en weer uitgesplitst per maand:

	<u>Betalingen</u>		<u>Ontvangsten</u>	
	<u># aantal</u>	<u>Euro</u>	<u># aantal</u>	<u>Euro</u>
2016-01	1	18.000		
2016-02	3	390.900		
2016-03			1	-65.000
2016-04	4	252.500	1	-100.000
2016-05			1	-50.000
2016-06	2	55.000		
2016-07	1	350.000	1	-100.000
2016-08	1	120.000	2	-450.000
2016-09	19	5.545.000	9	-1.445.000
2016-10			3	-780.000
2016-11			2	-740.000
2016-12	10	6.300.000	4	-1.440.000
2017-01	2	1.500.000	1	-500.000
2017-02	1	2.000.000		
2017-03	2	1.750.000	3	-1.500.000
2017-04	2	1.800.000	1	-250.000
2017-05	2	1.800.000	3	-1.750.000
2017-06	2	1.551.946	1	-570.000
2017-07	2	1.191.472		
2017-08	3	1.869.179	1	-1.150.000
2017-09	1	1.066.462		
2017-10	2	4.360.631	3	-2.945.540
2017-11	2	4.802.780	2	-2.000.000
2017-12	3	2.212.778		
2018-01	6	2.900.000		
2018-02	7	3.402.789		
2018-03	8	4.500.000		
2018-04	4	1.955.000		
2018-05	2	513.569		
2018-06	1	1.250.000		
2018-07	2	1.060.000		
2018-08	1	936.508	1	-100.000
2018-09	2	1.343.492		
2018-10	1	2.298.018	1	-500.000
Totaal	99	59.096.025	41	-16.435.540

9.28 Uit deze tabel blijkt onder meer dat in sommige maanden tot wel 19 betalingen zijn gedaan (zie september 2016) en/of ontvangen (9 ontvangsten in september 2016). Verder valt op dat veelal ronde bedragen werden betaald en/of ontvangen.

Tot medio 2017 werden zelfs alleen maar ronde bedragen betaald en/of ontvangen.

9.29 Tijdens een interview met Aalmers en Geurts op 16 november 2020 heeft Bakker aangegeven dat Kandiah *“alleen maar op de bankrekening [managede]. Dus puur alleen kijken naar de cashflow van vandaag en wat hij dus inschatte wat dat de komende maand zou zijn. Maar daar kun je geen bedrijf op managen en zeker niet een bedrijf waar echt heel veel cash doorheen gaat en waarin je echt heel goed de toekomst moet gaan voorspellen om te zorgen dat je alle risico’s kunt inschatten. Dus daar werd regelmatig heen en weer geschoven met geld en dan werd er weer geld overgemaakt naar Flexnet en dan werd er weer terug geld overgemaakt en dan was er weer geld tekort. En dan zei ik van je moet nu weer geld overmaken. En dan was de automatische incasso geweest maandelijks en dan werd er weer € 1 miljoen overgeschreven terug naar Flexnet. En zo werd er maar gegoocheld, waarvan ik zoiets had van waarom doe je dat. (...) [D]at was op basis van facturen.”*

9.30 Uit de voorschotfacturen die Flexnet aan Flexenergie heeft gestuurd, blijkt dat partijen de afspraken uit de Overeenkomst Flexnet niet naleefden. Op deze facturen stond één energieprijs voor de inkoop van alle energie in de betreffende maand, terwijl de prijs voor de energie die werd ingekocht voor een bepaalde maand een optelsom zou moeten zijn van verschillende jaarinkoopprijzen. Daarnaast werd door Flexenergie niet achteraf gecontroleerd of de voorschotfacturen juist waren door deze te vergelijken met de daadwerkelijke verkochte energie. Dit had tot gevolg dat:

- niet tussentijds werd afgerekend op basis van het werkelijke verbruik c.q. de allocaties;
- de inkoop en omzet van Flexenergie niet op een betrouwbare wijze konden worden bepaald en;
- niet gecontroleerd kon worden of de afgedragen EB en BTW juist en volledig waren.

9.31 In dit verband schrijft Bakker aan Kandiah op 31 mei 2017:

“Wat we anders moeten doen is beter grip en zicht krijgen op de inkoop. Door het ontbreken van adequate omschrijvingen en alleen maar op voorschot werken zonder nacalculatie maakt het erg diffuus om te bepalen of inkoop correct is.

Ook het heen en weer boeken naar de RC van Flexnet maakt het wat onduidelijk. We moeten daarvoor zsm naar een aparte rekening van Flexnet voor het RC en inkoop.”

9.32 Tijdens het interview op 16 november 2020 gaf Bakker in dit verband aan:

“De aansluiting naar de inkoopadministratie kon niet gemaakt worden. Het proces was zo ingericht - in de zomer was dat live gegaan. We hadden een rapportage die vertelde: dit is het geschat verbruik van de komende maand. En die rapportage ging dan naar Siva⁵⁵ toe. En Siva maakte op basis daarvan vanuit Flexnet een factuur voor FlexEnergie BV. En zo werd dan het geld overgeboekt. En het ging dan tegen een vooraf afgesproken prijs. Dat was 18,5 cent voor gas. Voor stroom weet ik het niet meer uit mijn hoofd. Dat zal iets van € 0,40 of € 0,42 geweest zijn. En dat was van de afgesproken prijs waar een groot deel van het jaar dan op gefactureerd werd van Flexnet naar FlexEnergie BV.”

9.33 Achteraf probeerden partijen alsnog tot een afrekening te komen. Een betrouwbare rondrekening bleek echter niet mogelijk. Daarvoor zouden namelijk de door Flexnet ingekochte volumes vergeleken moeten worden met de door Flexenergie verkochte volumes. Deze cijfers waren echter niet beschikbaar. Voor de ‘rondrekening’ hanteerden partijen slechts één bron, te weten het standaardjaarverbruik uit de registers, zo blijkt uit het document “Werkbeschrijving inkoop” van juli 2017 (**bijlage 35**). Op basis van deze cijfers probeerde men terug te rekenen wat Flexenergie maandelijks had moeten betalen voor de inkoop van energie. Van een objectieve, interne controle op de inkoopfactuur qua volume was dus geen sprake bij Flexenergie.

9.34 In een intern memo van eind juli 2017 (**bijlage 36**) wordt een opsomming gegeven van de problemen met betrekking tot het inkoopproces:

⁵⁵ Hiermee wordt bedoeld op Kandiah.

Inkoopproces

Om een P*Q op te kunnen stellen moet het inkoopproces verbeterd worden. Problemen die we nu ervaren zijn:

- Flexnet komt de contractafspraken niet na. Een (groot) deel van de problemen zouden opgelost zijn als Flexnet zich zou houden aan de afspraken in het contract. Zie verder hieronder.
- De afgesproken inkooptarieven worden niet gehanteerd. Er moet op klantniveau duidelijk zijn welk inkooptarief is afgesproken met Flexnet en dat moet aansluiten met de factuur. Volgens het contract zou Flexnet dit wel zo moeten factureren (zie bijv. 2.4.1, 2.4.2 en 4.1.1 van het contract)
- Omdat er wordt gefactureerd op basis van een SJV moet achteraf een correctie gemaakt worden o.b.v. de afrekening. Zie contract 3.1.1 en 4.1.1 -> Hiertoe wordt voor elke Eindverbruiker van Klant een exacte berekening gemaakt van de te betalen bedragen (voor de elektriciteits- cq. gaslevering en voor de Programmaverantwoorde- lijkheid) voor de laatste beschikbare maand op basis van de exacte gegevens (i.e. de gealloceerde verbruikte volumes van Eindverbruikers van klant, de nieuwe en de weggeswitchte klanten, enz.). Deze berekening wordt gemaakt op basis van de prijzen genoemd bij 2.4.1 gas en 2.4.2 elektriciteit. Per Eindverbruiker wordt het verschil ten opzichte van de voorcalculatie bepaald. Het totaal verschil met de voorcalculatie is de nacalculatie.

Omdat dit niet wordt gedaan kunnen we geen betrouwbare rondrekening maken, is de inkoop en omzet ook niet op een betrouwbare wijze te bepalen en kan niet gecontroleerd worden of de afgedragen EB en BTW juist en volledig zijn.

Een mogelijke oplossing is dat Flexnet wordt opgeheven en een portfoliomanager bij Energieflex verantwoordelijk wordt voor het gehele inkoop en reconciliatiestuk. Flexnet en de werkzaamheden van Marcel voegen op dit moment niks toe. Marcel neemt letterlijk over wat Daan aanlevert.

9.35 In dit memo is ook aangegeven welke controles medio 2017 ontbreken:

- Controle of de ingekochte volumes ook zijn verkocht
- Controle inrichten op de gereconcilieerde volumes vs de totaal ingekochte volumes
- Controle inrichten op de gereconcilieerde volumes vs hetgeen toegewezen door de netbeheerder
- Controle inrichten op de verbruiksperiodes vs de contractperiodes
- Controle inrichten op de toegewezen EANs vs Contractregister ?
- Controle inrichten op de Profielcategorien (onderdeel inkoopcontract Flexnet) met de stamdata uit het aansluitregister

9.36 Deze praktijk heeft tot gevolg gehad dat er vele (grote) correcties zijn geweest op de facturen van de inkoop van energie. Uit de administratie van Flexenergie

blijkt dat de volgende correcties zijn gemaakt:

	<u>2014</u>	<u>2015</u>	<u>2016</u>	<u>2017</u>	<u>2018 (t/m okt.)</u>
Facturen/voorschotten in jaar:	499.362	2.701.720	8.241.791	18.304.727	20.544.718
<u>Maanden na jaareinde:</u>					
Q1 - 1e jaar	27.506		-941	-917.940	
Q2 - 1e jaar			-1.191.862	-1.318.344	
Q3 - 1e jaar			-272.647		
Q4 - 1e jaar		331.213			
Q1 - 12 jaar		251.000			
Nagekomen afgesloten jaren			-582.245		
	526.868	3.283.933	6.194.096	16.068.443	20.544.718
Correctie ná jaareinde	6%	22%	-25%	-12%	

- 9.37 Uit deze tabel volgt dat de inkoopkosten van Flexenergie bij Flexnet, en dus het resultaat, vaak meerdere maanden na einde van het boekjaar (en soms meerdere keren) moest worden gecorrigeerd. De correcties betroffen relatief grote bedragen. Zo is er in het tweede kwartaal van 2017 een correctie geweest van bijna € 1,2 miljoen voor de afrekening van de inkoopkosten over 2016, en de inkoopkosten over 2017 werden in het eerste kwartaal met € 917.940,= gecorrigeerd en in het tweede kwartaal zelfs met € 1,3 miljoen. In het interview op 16 november 2020 is door Bakker bijvoorbeeld opgemerkt dat in de zomer van 2017 een herberekening is uitgevoerd voor de door Flexenergie bij Flexnet ingekochte volumes. Deze herberekening leidde ertoe dat Flexnet circa € 700.000,= moest terugbetalen aan Flexenergie, omdat laatstgenoemde teveel voor de inkoop voor energie had betaald. Bakker heeft hierover het volgende opgemerkt tijdens het interview:

“Toen heb ik geloof ik iets van € 700.000 terug laten betalen, omdat het gewoon voor geen meter klopte. Het was geen eens marge, het was gewoon puur te veel betaalde inkoop.”

Incorrecte eindafrekeningen

- 9.38 Voorts is de curator uit de administratie van Flexenergie gebleken dat de afrekeningen over 2017 en 2018 voor de inkoop van energie (nog steeds) niet correct zijn, zelfs niet na de omvangrijke correcties die hierboven zijn weergegeven.

9.39 Flexnet toonde in haar jaarrekening 2017 een positief handelsresultaat van € 1.205.881,= en een eigen vermogen per ultimo 2017 van ruim € 1,1 miljoen, welk eigen vermogen - indien juist weergegeven - zij opbouwde over de rug van Flexenergie.

9.40 In dit verband zij herhaald dat Flexnet niet meer deed dan energie inkopen bij Energy Global en deze doorverkopen aan Flexenergie. De winst van Flexnet is derhalve het gevolg van de energietarieven die zij bij Flexenergie in rekening bracht. Dit blijkt bijvoorbeeld uit het feit dat de omzet over de jaren 2016 en 2017 van Flexnet vrijwel geheel aansluit bij de inkoopkosten die Flexenergie betaalde voor energie:⁵⁶

	<u>2016</u>	<u>2017</u>
Inkopen Flexnet bij Flexenergie	4.753.570	15.646.748
Omzet Flexnet in jaarrekening	4.753.570	15.648.698
Verschil	-	-1.950

9.41 Uit de jaarrekening van Flexnet blijkt dat Flexnet in haar opstartjaar (2015) reeds een winst van € 68.872,= heeft geboekt, terwijl zij nog geen activiteiten verrichtte. Deze winst is volledig afkomstig van Flexenergie. De ultimo 2017 gemaakte winsten én mede daarmee, maar niet geheel, de uitgeleende gelden aan andere bedrijven van de aandeelhouders van Flexenergie (€ 2.539.593,=) zijn derhalve geheel afkomstig van de energie die Flexenergie heeft ingekocht in 2016 en 2017 en de door Flexnet aan Flexenergie doorbelaste kosten 2015. Van de jaren 2018 en 2019 zijn de omzetcijfers van Flexnet niet bekend bij de curator.

9.42 Hier dringt zich een vergelijking op met de in hoofdstuk 10 te beschrijven relatie tussen Flexenergie en Green Four: bij de inkoop van derden (bij Green Four ging het om ICT-gerelateerde leveringen en diensten, bij Flexnet om de inkoop van energie) wordt een andere BV van Kandiah en Sampar “tussengeschoven” zonder dat die andere BV daadwerkelijk toegevoegde waarde levert. Verwezen zij in dit verband naar hetgeen hiervoor sub 9.11 werd opgemerkt:

“Opvallend is dat Kandiah aangeeft dat Energy Global de programma-verantwoordelijkheid voor Flexnet verzorgt, omdat Flexnet “dat specialisme (...) zelf niet in huis” heeft.”

⁵⁶ Zie Bijlage 37, de jaarrekening 2017 van Flexnet.

- 9.43 In de eindafrekening 2017 - en in haar jaarrekening 2017 - heeft Flexnet ten onrechte geen rekening gehouden met Bijlage 3 bij de Overeenkomst Flexnet waarin partijen het volgende zijn overeengekomen:⁵⁷

Na afloop van het jaar wordt op basis van een coulance regeling het handelsresultaat van Flexnet Energie B.V. verrekend met FlexEnergie B.V.

- 9.44 Op grond van deze afspraak dient Flexnet derhalve alsnog haar handelsresultaat 2017 van € 1.205.881,= plus de daarover verschuldigde rente te betalen aan Flexenergie. De curator heeft meerdere keren betaling van dit bedrag gevorderd van Flexnet. Tot op heden heeft Flexnet dit bedrag echter niet betaald.

- 9.45 Daarnaast is de afrekening over 2017 die reeds tussen partijen heeft plaatsgevonden ook om een tweede reden niet correct. In Bijlage 3 bij Overeenkomst Flexnet staat:⁵⁸

Partijen zullen voor de looptijd van deze overeenkomst in- en verkopen van gas en/of elektriciteit afrekenen op basis van de verkooptarieven (klantprijzen) van FlexEnergie B.V. zolang deze maandelijks onder de inkoopprijs (marktprijzen) van Flexnet Energie B.V. liggen. Als de inkoopprijs van Flexnet Energie B.V. voor een bepaalde maand boven de verkooptarieven van FlexEnergie B.V. ligt dan wordt de inkoopprijs van Flexnet Energie B.V. als verrekenprijs gehanteerd.

- 9.46 Over deze afspraak wordt door de accountant opgemerkt in een e-mail van 14 september 2018:

Graag wijzen wij jullie nog wel op het volgende. Op basis van de overeengekomen systematiek inzake de afrekening van gas en energie is sprake van een verschil van ca. € 37k. Afrekening vindt (zie bijlage) als volgt plaats: "Partijen rekenen de in- en verkopen van gas en/of elektriciteit af op basis van de verkooptarieven (klantprijzen) van FlexEnergie B.V. zolang deze maandelijks onder de inkoopprijs (marktprijzen) van FlexNet Energie B.V. liggen. Als de inkoopprijs van Flexnet Energie B.V. voor een bepaalde maand boven de verkooptarieven van FlexEnergie B.V. ligt dan wordt de inkoopprijs van Flexnet Energie B.V. als verrekenprijs gehanteerd." Dit verschil zou ten gunste komen van FlexNet. Wij zullen het verschil meenemen in onze foutenevaluatie.

Onderstaande recapitulatie per maand is opgesteld op basis van de inkoopfacturen van FlexNet (EnergyGlobal en GasTerra) en jullie eigen versie van de afrekening 2017.

⁵⁷ Zie bijlage 33.

⁵⁸ Zie bijlage 33.

Electra							
Maand	Allocatie kwh	Verkoopprijs €	Inkoopprijs €	Basis voor afrekening	Totaal €	Voorschot €	Te verrekenen €
Januari	8.908.202	0,04167	0,0433	Inkoop	385.521	423.901	38.381 Te ontvangen
Februari	7.503.121	0,04787	0,0394	Verkoop	359.174	351.675	-7.499 Te betalen
Maart	7.528.927	0,03868	0,0350	Verkoop	291.219	363.044	71.825 Te ontvangen
April	6.995.396	0,03868	0,0352	Verkoop	270.582	328.079	57.498 Te ontvangen
Mei	7.647.613	0,03868	0,0346	Verkoop	295.810	364.447	68.637 Te ontvangen
Juni	8.015.702	0,03868	0,0341	Verkoop	310.047	370.986	60.939 Te ontvangen
Juli	8.984.950	0,03868	0,0348	Verkoop	347.538	403.610	56.072 Te ontvangen
Augustus	11.101.885	0,03868	0,0348	Verkoop	429.421	461.756	32.335 Te ontvangen
September	13.014.824	0,03868	0,0369	Verkoop	503.413	633.366	129.952 Te ontvangen
Oktober	14.841.428	0,03868	0,0402	Inkoop	596.511	634.120	37.609 Te ontvangen
November	16.214.512	0,04368	0,0432	Verkoop	708.250	658.612	-49.638 Te betalen
December	18.467.800	0,04368	0,0430	Verkoop	806.674	735.226	-71.448 Te betalen
Totaal	129.224.360				5.304.160	5.728.823	424.663 Te ontvangen

Volgens interne berekening: [Hyperlink](#)

5.267.399

Verschil

36.761

Gas							
Allocatie m³	Verkoopprijs €	Inkoopprijs €	Basis voor afrekening	Totaal €	Voorschot €	Te verrekenen €	
7.268.172	0,21851	0,1797	Verkoop	1.588.168	1.642.929	54.761	Te ontvangen
5.190.012	0,24100	0,1747	Verkoop	1.250.793	1.414.939	164.147	Te ontvangen
3.508.702	0,21130	0,1626	Verkoop	741.389	1.252.969	511.580	Te ontvangen
2.761.572	0,21130	0,1589	Verkoop	583.520	905.315	321.795	Te ontvangen
1.259.402	0,21130	0,1607	Verkoop	266.112	350.670	84.559	Te ontvangen
644.554	0,18500	0,1567	Verkoop	119.242	230.960	111.718	Te ontvangen
711.447	0,18500	0,1552	Verkoop	131.618	217.862	86.244	Te ontvangen
911.937	0,18500	0,1551	Verkoop	168.708	256.637	87.928	Te ontvangen
2.036.799	0,18500	0,1573	Verkoop	376.808	433.096	56.289	Te ontvangen
3.814.030	0,18500	0,1635	Verkoop	705.596	1.168.048	462.453	Te ontvangen
8.978.887	0,20500	0,1582	Verkoop	1.840.672	1.899.850	59.178	Te ontvangen
12.712.556	0,20500	0,1775	Verkoop	2.606.074	2.567.554	-38.520	Te betalen
49.798.070	0,20842			10.378.699	12.340.830	1.962.131	Te ontvangen

10.378.699

0

9.47 Deze e-mail en berekeningen roepen een aantal vragen op:

1. De afspraak in Bijlage 3 waarop bovenstaande tabellen worden gebaseerd, is innerlijk tegenstrijdig. De twee zinnen zien namelijk op dezelfde situatie (de inkoopprijs voor energie voor Flexnet op de markt is hoger dan de verkoopprijs die Flexenergie bij haar klanten in rekening brengt), maar verbindt daaraan vervolgens verschillende gevolgen voor de prijs voor energie die Flexnet in rekening zal brengen bij Flexenergie. De vraag is op welke grond de accountant en Flexnet hebben gekozen voor één van deze twee gevolgen;

2. De afspraak in Bijlage 3 ziet niet op de situatie dat de inkoopprijs voor energie voor Flexnet op de markt is lager dan de verkoopprijs die Flexenergie bij haar klanten in rekening brengt. Over deze situatie is niets afgesproken in Bijlage 3. De vraag is wat de grondslag is voor de afrekening hierboven in de maanden dat deze situatie zich voordeed.

- 9.48 Daarnaast wordt opgemerkt dat de accountant in deze e-mail lijkt te bevestigen dat Flexenergie altijd minimaal de verkoopprijs moet betalen, en als Flexnet in een maand voor een hogere prijs inkoopt, dan die inkoopprijs. Dit betekent dat Flexenergie in het beste scenario een marge van nul maakt. In alle andere scenario's lijdt zij verlies. Nooit kan zij een winst maken met de verkoop van energie. Bovendien maakt de accountant geen melding van de in Bijlage 3 opgenomen afspraak dat het handelsresultaat van Flexnet dient te worden verrekend met Flexenergie.
- 9.49 In zijn reactie op het onderzoeksrapport geeft Van Katwijk aan dat de afspraak in Bijlage 3 niet correct is opgeschreven en dat “[u]it de beschrijving van de systematiek (...) eenvoudig herleid dan wel beredeneerd [kan] worden dat de intentie van de systematiek anders is bedoeld.” Volgens hem beschrijft de tekst in Bijlage 3 twee keer dezelfde situatie, maar koppelt daaraan een andere uitkomst. Volgens hem dient het woord “boven” in de tweede zin van het citaat te worden vervangen door het woord “onder”. Dan klopt de tekst van Bijlage 3. Dat leidt tot het volgende:
- (i) Als de inkoopprijs van Flexnet boven de verkoopprijs van Flexenergie ligt, wordt tussen Flexnet en Flexenergie afgerekend op basis van de verkoopprijs van Flexenergie.
 - (ii) Als de inkoopprijs van Flexnet onder de verkoopprijs van Flexenergie ligt, wordt tussen Flexnet en Flexenergie afgerekend op basis van de inkoopprijs van Flexnet.
- 9.50 Dat komt overeen met de intentie van deze overeenkomst, te weten dat het rendement/de marge moet toekomen aan Flexenergie. Het is niet de bedoeling geweest, en het kan ook niet de bedoeling zijn geweest, om het prijsrisico af te wentelen op Flexenergie. Dit prijsrisico rust op de inkopende partij, zijnde Flexnet. Flexenergie bepaalt immers haar verkoopprijs op basis van de inkoopprijs die Flexnet op dat moment aan haar communiceert. Op basis van deze

verkoopprijs sluit Flexenergie contracten met haar klanten. Flexnet weet welke hoeveelheden Flexenergie wil gaan inkopen tegen de door haar gecommuniceerde inkoopprijs en dient de energie vervolgens voor die prijs te leveren aan Flexenergie. Als de inkoopprijs zal stijgen en Flexnet heeft haar positie niet vastgelegd (door het sluiten van termijncontracten), dan komt dat voor haar rekening en risico. Deze intentie lag ook ten grondslag aan de nieuwe overeenkomst die is gesloten voor 2018. Voorts wijst Van Katwijk op de betaling van Flexnet aan Flexenergie in het voorjaar 2018. De uitvoering van de afspraken in Bijlage 3 in de praktijk heeft echter niet conform deze intentie plaatsgevonden en was derhalve onjuist. Tot slot merkt Van Katwijk op dat de afspraak in Bijlage 3 onjuist is verwerkt in de concept-jaarrekening 2017 door de accountant en dat de opmerkingen van de accountant in zijn e-mail van 14 september 2018 - zoals hiervoor sub 9.46 weergegeven - over (de interpretatie van) de afspraken in Bijlage 3, niet correct zijn.

- 9.51 Voorts is de eindafrekening over 2018 voor de inkoop van energie door Flexenergie bij Flexnet incorrect. De door Flexnet opgestelde eindafrekening is onjuist, omdat in haar eindafrekening 2018 tot uitgangspunt wordt genomen dat de afspraken over de inkooprijzen voor elektriciteit en gas in de Overeenkomst Juni 2018 zouden gelden voor elektriciteit en gas die werden ingekocht door Flexenergie in het kader van de energielevering aan consumenten op basis van alle nieuwe én reeds lopende energiecontracten met consumenten. Dit is in strijd met de bestaande afspraken voor de reeds lopende energiecontracten waarin partijen zijn overeengekomen dat een prijsafpraak met betrekking tot de inkoop van elektriciteit en gas tussen Flexenergie en Flexnet die werd gemaakt op de datum dat Flexenergie een energiecontract met een consument sloot, gedurende de gehele looptijd van dit contract zou blijven gelden tussen Flexnet en Flexenergie. Reeds hierom kan de uitleg van Flexnet niet worden gevolgd. Bovendien leidt de uitleg van Flexnet ertoe dat Flexenergie onmiddellijk een enorm inkoopverlies zou gaan leiden ten aanzien van haar lopende energiecontracten. Dit bleek reeds op het moment dat de Overeenkomst Juni 2018 werd gesloten door Flexenergie en Flexnet. Op basis van de Overeenkomst Juni 2018 zou Flexnet namelijk de actuele inkooprijzen (die zij baseerde op prijsopgaven van EnergyGlobal) in rekening gaan brengen bij Flexenergie, en zelfs met terugwerkende kracht tot 1 januari 2018. Deze inkooprijzen waren hoger dan de vaste energieprijzen die Flexenergie was overeengekomen met haar klanten in de lopende energiecontacten en die vaststonden voor één of drie jaar

(en dus bepalend waren volgens de oorspronkelijke overeenkomst). Op het moment van het sluiten van deze nieuwe overeenkomst was derhalve voorzienbaar dat (de crediteuren van) Flexenergie benadeeld zou(den) worden door deze Overeenkomst. Het is vanuit dit oogpunt gezien hoogst onwaarschijnlijk dat Flexenergie überhaupt een overeenkomst met Flexnet zou sluiten met de door Flexnet verdedigde uitleg. Hiervoor is reeds geïllustreerd dat deze uitleg van Flexnet tot gevolg heeft dat het volledige risico van stijgingen van de energieprijzen op Flexenergie kwam te rusten, terwijl Flexenergie dit risico juist had afgedekt met de bestaande afspraken met Flexnet (de Overeenkomst Flexnet). In zijn reactie op het concept onderzoeksrapport d.d. 1 augustus 2021 heeft Van Katwijk aangegeven dat de door Flexnet gegeven uitleg onjuist is. Van Katwijk schrijft:

“[I]nkoop van Elektra en Gas gebeurt maandelijks voor de nieuw geworven contracten. De inkoop prijs welke de basis + marge vormt voor de verkoopprijs wordt voorafgaand aan de maand van verkoop bepaald. Bij de verkoop van een meerjaren contract wordt een meerjaren inkooppositie ingenomen (hedging) om de winstgevendheid van het verkochte contract te waarborgen. Hetgeen geschetst is door Flexnet KAN GEEN inkoop strategie zijn. Dit is een kamikaze strategie en kan niet anders dan tot een faillissement leiden.”

- 9.52 Ter aanvulling zijn de gevolgen voor de inkooprijzen voor energie die Flexenergie diende te betalen op basis van de Overeenkomst Flexnet en op basis van de door Flexnet gegeven uitleg van de Overeenkomst Juni 2018 doorgerekend voor één klant. Deze berekening is opgenomen in **bijlage 38**. Uit deze berekening blijkt dat Flexenergie de energie heeft verkocht aan deze klant voor € 323,=, maar hiervoor € 380,= diende af te rekenen bij Flexnet. Dit leidt tot een verlies van 18%. Begin 2018 had Flexenergie circa 50.000 klanten, zodat het totale verlies circa € 2,8 miljoen zou bedragen voor Flexenergie als de uitleg van Flexnet zou worden gevolgd.
- 9.53 De curator heeft al meerdere keren aan Flexnet kenbaar gemaakt dat de door Flexnet gegeven uitleg van de Overeenkomst Juni 2018 in strijd is met de destijds bestaande afspraken. Flexnet blijft deze uitleg echter verdedigen in haar correspondentie met de curator over de eindafrekening over 2018.

- 9.54 Op basis van een berekening aan de hand van de methodiek die Flexnet en Flexenergie in de eerdere jaren hanteerden voor de lopende overeenkomsten en de Overeenkomst Juni 2018, heeft de curator becijferd dat Flexnet over 2018 nog een bedrag van € 1.474.267,= verschuldigd is aan Flexenergie.
- 9.55 In totaal is Flexnet naar het oordeel van de curator derhalve nog € 2.741.549,= aan Flexenergie verschuldigd (te weten € 1.205.881,= over 2017 en € 1.474.267,= over 2018, te vermeerderen met een nog openstaande saldo in rekening-courant van € 61.401,=).

Hedging

- 9.56 Hiervoor is uiteengezet dat Flexenergie haar prijsrisico's had afgedekt in de Overeenkomst Flexnet. Flexnet liep wel een prijsrisico, zowel positief als negatief. Door de fluctuaties van de inkooprijzen op de energiemarkt en de afspraken met Flexenergie, liep Flexnet namelijk het risico dat zij de aan Flexenergie te leveren energie diende in te kopen voor een hoger bedrag dan zij kon doorberekenen aan Flexenergie op basis van de Overeenkomst Flexnet. Dit risico deed zich voor bij een stijgende energieprijis op de markt. Bij een dalende energieprijis zou Flexnet daarentegen de energie voor een lager bedrag kunnen inkopen dan de met Flexenergie overeengekomen prijs. Om het risico van een stijgende energieprijis af te dekken, kon Flexnet termijncontracten afsluiten op de energiemarkt. Flexnet kocht dan voor de toekomst al energie in voor een bepaalde prijs. Dit heet *hedging*.
- 9.57 De Curator heeft Flexnet meerdere keren verzocht om hem informatie over deze hedging toe te zenden. Deze informatie was reeds op 21 december 2018 tijdens een gesprek toegezegd door Sampar. Pas twee jaar later, op 20 december 2020, heeft de advocaat van Flexnet "*diverse hedging rapportages over 2017 en 2018*" aan de curator gezonden. Deze rapportages geven slechts een zeer beperkt beeld van de hedging door Flexnet, doordat (i) uitsluitend inzicht wordt verschaft in de volumes, maar niet in de financiële data en (ii) de rapportages slechts bepaalde maanden van 2017 en 2018 tonen. Dit laatste punt is inzichtelijk gemaakt in onderstaande tabel:

Ontvangen Positierapportages (email 16-12-2020)												
Jr/Mnd	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12
2017												
2018												

- 9.58 Uit deze tabel blijkt dat de positierapportages ontbreken van de - op het eerste oog - meest interessante periodes, namelijk de wintermaanden eind 2017 en begin 2018 en de maanden voorafgaand aan het faillissement van Flexenergie. Doordat de Curator slechts positierapportages van enkele maanden heeft ontvangen, is het niet mogelijk om inzicht te verkrijgen in het verloop van de hedgingposities in de tijd. Wel kan uit de toegezonden rapportages worden afgeleid dat Flexnet in mei 2017 haar prijsrisico volledig had afgedekt door middel van hedging. Dit was conform de strategie van Flexnet, zo blijkt uit een e-mail van Sampar d.d. 5 februari 2017:

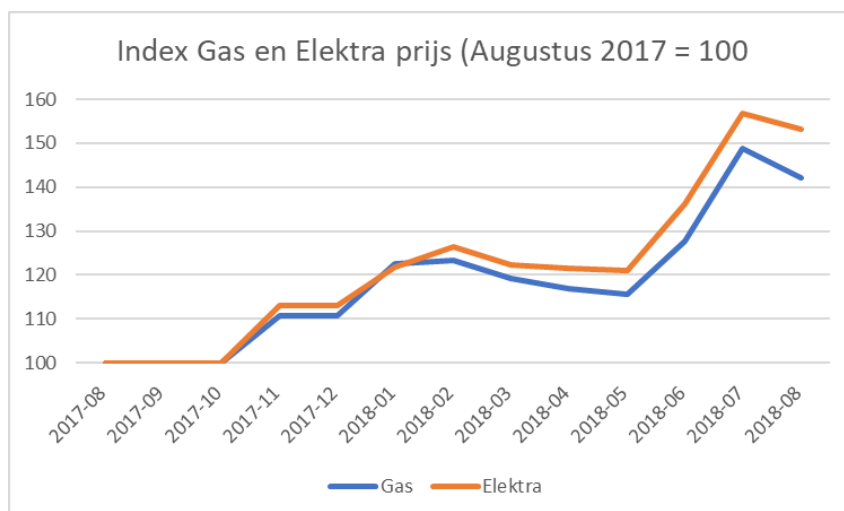
Inkoopstrategie van afgelopen jaar

Onze huidige inkoopstrategie heeft een hedge percentage van 80% - 120 % op de strategische volume. Dit is een veilige strategie. Doordat we afgelopen jaar voor een gunstige tarief hebben ingekocht en de risico toeslagen uiteindelijk minder waren, heeft het goed uitgepakt. Maar daarin tegen hebben we veel kosten gemaakt waardoor de winst wegviel.

Strategische volume vs Profiel Volume

Geschatte afzetvolume (salesvolume obv profiel) en strategische volume zijn niet gelijk en dit heeft te maken dat we vooraf nooit de volume van onze klanten precies kunnen voorspellen. De strategische volume zegt dus wat je moet inkopen voor de klanten die je verwacht te gaan werven. Dit is een belangrijke item voor je inkoop wat mede afhangt van nauwkeurigheid van de data. Zolang we dit nauwkeurig kunnen bepalen, levert dit een voordeel op. Afgelopen jaar hebben we dit redelijk goed voorspeld, maar naarmate de klantenbestand groeit, kan het lastiger worden.

- 9.59 Een jaar later, in mei 2018 was deze hedgingspositie van Flexnet nog slechts 50% tot 60% van het totale volume. Hierdoor liep Flexnet een enorm prijsrisico: als de inkooprijzen voor energie op de markt hoger zouden zijn dan de vaste prijzen die Flexnet met Flexenergie was overeengekomen, zou zij een (enorm) verlies lijden. Dat juist in deze periode het hedgingpercentage veel lager is, is temeer opvallend, omdat Flexenergie in het jaar 2017 enorme klantengroei doormaakte en dus veel meer energie inkocht bij Flexnet. Het prijsrisico voor Flexnet werd daardoor in absolute bedragen groter.
- 9.60 Dit prijsrisico heeft zich ook verwezenlijkt. Doordat Flexnet (te) weinig termijncontracten had afgesloten, diende zij de energie op het laatste moment in te kopen tegen marktprijzen. Deze marktprijzen waren stijgende:



- 9.61 In dit verband valt op dat Flexenergie in mei 2018 gestopt lijkt te zijn met het werven van nieuwe klanten. Bakker heeft hierover opgemerkt in het interview op 16 november 2020:

“Waarom moest EnergieFlex ineens in mei 2018 gaan stoppen met werven? Want dat zie je aan de buitenkant. Je ziet gewoon het lijstje zo omlaag schieten. Dus ze zijn gestopt met werven, terwijl het volume dat ze in 2018 hadden moeten werven weer 50.000 klanten was. En die heb je nooit in mei gerealiseerd. Dus er is financieel iets misgegaan, waardoor ze die werving eigenlijk niet meer konden betalen of de cashbacks niet konden uitkeren. Dat kan twee oorzaken hebben. Een is dat de hoeveelheid geld in FlexEnergie niet genoeg was om bijvoorbeeld het collectief van de Consumentenbond af te rekenen. Dan moet je 12.000 x € 100 afrekenen. Het Consumentencollectief heeft altijd € 100 cashback nodig. Maar dat was het denk ik niet. Dat zal best meegespeeld hebben. Maar in december 2017 tot eind 2018 zijn die prijzen zo omhoog gegaan op 40%. Op het moment dat je gehedged hebt, krijg je een heleboel geld binnen cash. Maar als je niet gehedged hebt dan staat je complete portfolio onder water. En dan ga je in de eerste vier maanden van het jaar ineens heel hard achteruit. En dan komt de vraag van waar ga je het resultaat van dat risico dan neerleggen? En wat ik vermoed is dat het resultaat van het risico volledig bij FlexEnergie is neergelegd en niet bij Flexnet. Terwijl er eigenlijk een contract bestond, waarin stond dat er voor een vaste prijs ingekocht zou worden. En de vraag is, is daar een nieuw contract voor geweest. En zo ja wat voor prijzen werden daarvoor afgesproken?”

- 9.62 Het antwoord op deze vraag is dat Flexenergie en Flexnet een tweetal overeenkomsten hebben gesloten teneinde de Overeenkomst Flexnet aan te passen, te weten:
- (i) de hiervoor genoemde nieuwe Bijlage 3 ter zake van de eindafrekening voor de inkoop van energie over 2017 en;
 - (ii) de Overeenkomst Juni 2018.

9.63 Zoals hiervoor reeds uiteengezet is, is Flexnet van mening dat de Overeenkomst Juni 2018 tot gevolg heeft dat niet meer geldt dat Flexenergie een vaste inkoopprijs betaalt voor de inkoop van energie die is gekoppeld aan haar verkoopprijzen, wat uiteindelijk leidt tot een samengestelde inkoopprijs. In deze opvatting zou het risico van stijgende marktprijzen niet meer op Flexnet rusten, maar volledig worden afgewenteld op Flexenergie. Zoals tevens hiervoor is aangegeven, zijn de energieprijzen ook daadwerkelijk gestegen. Hierdoor is, in die opvatting, door Flexenergie in de eerste maanden van 2018 een verlies op de inkoop geleden van circa 20% per maand dat nadien zeer snel verder is opgelopen.

9.64 In dit verband wordt nog gewezen op een opmerking van Bakker die tijdens het interview op 16 november 2020 opmerkte:

“Volgens het contract [de Overeenkomst Flexnet] had EnergieFlex gewoon elke keer dezelfde rekening moeten krijgen. Maar dan hadden ze een probleem gehad. Dan was Flexnet failliet gegaan.”

10 Green Four

- 10.1 Green Four is opgericht op 12 december 2014 met als doelomschrijving het leveren van energie aan consumenten en de zakelijke markt. De aandeelhouders zijn dezelfde als van Flexenergie: AJ Holding en AP0203, de personal holdings van Kandiah en Sampar.
- 10.2 Zoals in **bijlage 39** in meer detail wordt toegelicht, was Flexenergie in 2014 op zoek gegaan naar een nieuwe, betere ICT oplossing voor haar contractregistratie, CRM en facturatie van voorschotten, jaarrekeningen etc.
- 10.3 In maart 2015 werd kennis gemaakt met de firma Open-I die het “Fine” systeem levert. Voor Prepaid zou maatwerk nodig zijn en wilde men aanvullend een combinatie maken met Salesforce (als CRM systeem). In april 2015 volgde een overeenkomst tot ontwikkeling.
- 10.4 Open-I bood op 9 september 2015 het concept contract op naam van Flexenergie aan, waarop Sampar liet weten dat het contract op naam van Green Four (“*Service onderdeel van ons*”) moet worden gezet (zie **bijlage 40**). Dat is de eerste maal dat de naam Green Four naar voren komt bij Flexenergie c.q. bij de ontwikkeling van de nieuwe systemen. Green Four had op dat moment nog geen bankrekening. Sampar meldde op 23 september 2015 aan Kandiah naar aanleiding van de factuur van Open-I:

Let op! moet vanuit GreenFour worden overgemaakt, bankrekeningnummer moet nog worden geopend.

- 10.5 Op 29 september 2015 mailden Sampar aan Kandiah met elkaar:

ok, zal ik kosten van Salesforce ook naar Greenfour laten sturen? En je moet een factuur sturen naar FlexEnergie waarbij je een overeenkomst moet maken met 120k implementatiekosten en 15 eur per klant per jaar

S Kandiah schreef op 29-9-2015 om 11:11:

Zullen wij vanuit Holding ieder 20K aan GreenFour overmaken.
Dan betalen wij de factuur van Salesforce, Fine en licentiekosten

- 10.6 Dat contract komt er dan met als (ante-)datering 1 september 2015.
- 10.7 Dat in die tijd feitelijk alleen Flexenergie en Open-I een relatie hadden blijkt uit de verwerking van de eerste facturen. De tenaamstelling daarvan was Flexenergie én deze facturen zijn initieel ook geactiveerd onder de materiële vaste activa van Flexenergie. Eerst nadien zijn deze boekingen alsnog volledig teruggedragen, maar uit de grootboekkaart van de activa is dit nog altijd zichtbaar:

maandag 30 mei 2016 09:22

2 - Flexenergie B.V.

Pagina 2 van 3

Grootboekkaarten

Grootboekrekening	0110 - 0496	Tonen (Grootboekrekeningen)	Alle	* = Verwerkt
Boekjaar/Periode	2015 / <= 12 (01-01-2015 - 31-12-2015)	Tonen (Boekingen)	Alle	
		Tonen (Transacties)	Beide	

Datum	Periode	Dagboek	Bkst.nr.	Omschrijving	BTW	BTW-bedrag	Debet	Credit
0486 - Software								
15-10-2015	2015 - 10	60 - Inkoopboek	* 15600597	Shift / fact. 1560014 / 50% ontwikkeling billing platform	4 - 21%	2.333,10	11.110,00	
04-11-2015	2015 - 11	60 - Inkoopboek	* 15600817	Open-i / fact. 20150325 / Implementatie Fine en Salesforce	4 - 21%	1.383,48	6.588,00	
31-12-2015	2015 - 12	90 - Memoriaal	15900044	Open-i / fact. 20150262 / Implementatie Fine en Salesforce		0,00		6.588,00
31-12-2015	2015 - 12	90 - Memoriaal	15900044	Open-i / fact. 20150325 / Implementatie Fine en Salesforce		0,00		6.588,00
31-12-2015	2015 - 12	90 - Memoriaal	15900044	Shift / fact. 1560014 / 50% ontwikkeling billing platform		0,00		11.110,00
Totaal							24.286,00	24.286,00
Eindsaldo							0,00	

- 10.8 De kerncijfers van Green Four zijn:

Green Four - Jaarrekening 2015 en 2017:				
	2015	2016	2017	Totaal
Omzet	95.000	441.705	664.477	1.201.182
Inkoopwaarde omzet		-246.829	-311.572	-558.401
Overige Bedrijfskosten	-13.161	-123.839	-47.993	-184.993
Bedrijfsresultaat	81.839	71.037	304.912	457.788
Financiële baten en lasten	-681	4.495	177	3.991
Vennootschapsbelasting	-14.796	-16.542	-64.171	-95.509
Netto resultaat	66.362	58.990	240.918	366.270

- 10.9 Een jaarrekening 2018 is de curator niet bekend. In de boekhouding van Flexenergie zijn géén facturen uit 2018 van Green Four aangetroffen.

- 10.10 De overeenkomst tussen Flexenergie en Green Four, met de titel “Overeenkomst betreffende dienstverlening t.b.v. een prepaid energie ASP-oplossing”, is bijgevoegd als **bijlage 41**.⁵⁹ Een Service Level Agreement - wel gebruikelijk bij dit soort leveranties - ontbreekt.
- 10.11 Uit de administratie van Flexenergie blijkt dat Green Four de volgende bedragen bij Flexenergie in rekening heeft gebracht (bedragen exclusief BTW):

Activa en kosten inzake Green Four B.V. bij Flexenergie				
	<u>2015</u>	<u>2016</u>	<u>2017</u>	
<u>Eenmalige</u>				
Implementatie Flex-P	95.000			
Implementatie kosten		150.000	166.070	
Meerwerk applicatie 2016			35.988	
	95.000	150.000	202.058	447.058
<u>Maandelijks fee</u>				
Facturen		418.060	486.407	
Memoriaal correctie 2016		-162.343		
	-	255.717	486.407	742.124
Totaal	95.000	405.717	688.465	1.189.182

- 10.12 De jaarrekeningen van Green Four vermelden een cumulatieve omzet over de jaren 2015 t/m 2017 van € 1.201.182,=, als volgt onder te verdelen:

	<u>2015</u>	<u>2016</u>	<u>2017</u>	Totaal
Omzet	95.000	441.705	664.477	1.201.182

- 10.13 Het verschil ad € 12.000,= tussen de kosten bij Flexenergie ad € 1.189.182,= en de cumulatieve omzet van Green Four ad € 1.201.182,= wordt verklaard door de doorbelasting van het fitness equipment die Green Four noodgedwongen had overgenomen van het zusterbedrijf MyFitness en ter zake waarvan vanaf mei 2016 € 1.500,= aan huur per maand werd doorbelast aan MyFitness.
- 10.14 De conclusie is dan ook dat Green Four van aanvang af tot eind 2017, behoudens genoemde € 12.000,=, volledig en uitsluitend omzet genereerde door facturen te

⁵⁹ Dit contract was een kopie van een eerder contract tussen Flexenergie en Ponsfacio. De in het contract genoemde software is feitelijk niet gebruikt.

sturen aan Flexenergie. In dit verband heeft Bakker opgemerkt tijdens het interview op 16 november 2020:

“Green Four deed niks. Dat was gewoon een lege BV waar factuurtje in factuurtje uit gedaan werd.”

- 10.15 Dat wordt onderschreven door een (andere) voormalig medewerker van Flexenergie. Tijdens het interview antwoordde deze persoon op de vraag *“Open-I zat op loopafstand. Dat klinkt of jullie toch veel contact met hun hadden?”* als volgt:

“Ja. Absoluut. Ik heb heel fijn samengewerkt met 2 à 3 mensen die daar toen werkten. Die zijn letterlijk bij ons naast komen zitten en die hebben ons meegenomen met dit is wat Open-I is. Ze draaiden al voor enkele zakelijke energiekanten als ik het goed zeg. Maar zij hadden natuurlijk helemaal niks te maken met de klantkant die wij willen benaderen. Dus de flexibiliteit van een ideal betaling, toch wat meer druk zetten om te betalen wat bij zakelijke incasso's natuurlijk heel anders gaat dan bij particuliere klanten. Dus we hebben echt wekenlang met iemand van Open-I een op een naast elkaar gezeten om te bespreken wat onze wensen zijn.”

- 10.16 Open-I leverde met andere woorden feitelijk haar diensten aan Flexenergie. Dat Green Four deze diensten niet feitelijk leverde (maar louter als juridische tussenschakel fungeerde), blijkt ook het uit het antwoord van een voormalig medewerker van Flexenergie op de vraag of het bedrijf Green Four deze persoon iets zegt: *“Nee”*.

- 10.17 Nog een andere voormalig medewerker van Flexenergie onderschreef dat Green Four geen diensten verrichtte voor Flexenergie. Deze persoon noemde de constructie met Green Four een *“bleeder”* en zou destijds hebben aangegeven:

“Green Four doet eigenlijk helemaal niets, maar per klant betalen we [Flexenergie] nog een bepaald bedrag erbovenop.”

- 10.18 De overeenkomst tussen partijen zegt over de door Flexenergie aan Green Four te betalen vergoeding:⁶⁰

⁶⁰ Zie bijlage 41.

9.1 EnergieFlex voldoet binnen de opgegeven betaaltermijn de facturen van Greenfour. Voor de levering van de licenties en programmatuur wordt de factuur van Greenfour als volgt opgebouwd:

Jaarlijkse vergoeding per klant

Aantal klanten	
0 t/m 1.000	€ 25,00
1.001 t/m 10.000	€ 17,00
10.001 t/m 25.000	€ 16,00
Vanaf 25.000	€ 15,00

10.19 Blijkbaar had men echter moeite met de uitleg van deze eigen overeenkomst. Op 9 maart 2016 schreef Kandiah aan de boekhouding:

Daan,

Dit is het tarief structuur tussen Greenfour en EnergieFlex
De eerste 50.000 klanten tegen 30,- euro per jaar.

Jaarlijkse vergoeding per klant

Aantal klanten	
0 t/m 50.000	€ 30,00
50.000 t/m 100.000	€ 25,00
vanaf 100.000	€ 20,00

De opgave van Kandiah bedraagt dus het dubbele van hetgeen tussen partijen was overeengekomen.

10.20 De facturen van Green Four werden opgesteld op basis van het aantal aansluitingen, waarbij het maandtarief € 1,25 is; dat is de door Kandiah aan Peters genoemde € 30,- per klant per jaar, gedeeld door 2 soorten aansluitingen, gedeeld door het aantal maanden in een jaar. Op deze wijze is geheel 2016 en een groot deel van 2017 gefactureerd. Aldus is door Green Four gedurende 21 maanden in strijd met de tussen partijen geldende overeenkomst gefactureerd. Eerst in de loop van het derde kwartaal van 2017, bij de accountantscontrole voor het boekjaar 2016, werden door de accountant vragen gesteld bij de facturen:⁶¹

⁶¹ Zie bijlage 19.

4.4.1 Vergoedingen Green Four B.V.

a. Licentievergoedingen

Op grond van artikel 9 van de Overeenkomst tussen Greenfour B.V. en Flexenergie B.V. d.d. 1-9-2015 wordt voor de levering van de licenties en programmatuur een jaarlijkse vergoeding per klant gefactureerd op basis van een staffel, waarbij vanaf 25.000 klanten een bedrag van € 15 per jaar (€ 1,25 per maand geldt). In totaal is in de jaarrekening 2016 een vergoeding van circa € 418.000 verantwoord over de periode februari t/m december 2016.

Wij hebben aan de hand van de factuur over december 2016 geconstateerd dat een bedrag van € 57.814 gefactureerd is op basis van het aantal aansluitingen gas (22.567) en het aantal aansluitingen elektra (23.684) tegen een tarief van € 1,25 per aansluiting. Dit aantal aansluitingen is gebaseerd op het extract van 18 december 2016.

Ten behoeve van de omzetrondrekening hebben wij het laatste EDSN-extract van december 2016 ontvangen. Hieruit blijkt dat er op dat moment sprake is van 27.780 unieke adressen. Indien verondersteld wordt dat ieder uniek adres een unieke klant betreft, zou op basis van het contract een vergoeding verschuldigd zijn van € 34.725 (27.780 * 1,25) i.p.v. de gefactureerde € 57.814. Graag bespreken wij dit met u, alsmede wat dit betekent voor de totale in 2016 verantwoorde licentievergoedingen.

Daarnaast bespreken wij graag met u het verschil tussen het aantal aansluitingen op 18 december (46.251) en 25 december (54.478).

- 10.21 De accountant constateerde dus dat er op basis van het aantal aansluitingen per energiesoort wordt gefactureerd, terwijl de contractuele afspraak niet uitgaat van het aantal aansluitingen, maar van het aantal klanten. De licentievergoeding werd vervolgens alsnog herrekend en voor 2016 werd er door Green Four € 162.343,= gecrediteerd aan Flexenergie.
- 10.22 Deze fout had ook voor het lopende jaar 2017 gevolgen. In september 2017 werd niet alleen voor 2016 gecrediteerd, maar ook de eerste negen maanden van 2017 voor € 302.383,=.
- 10.23 De conclusie is derhalve dat Green Four over de periode van januari 2016 t/m september 2017 in totaal € 464.726,= excl. BTW teveel had gefactureerd aan Flexenergie en dat dit slechts na interventie van de accountant is teruggedraaid. Ook uit dit voorbeeld blijkt dat Flexenergie haar administratie niet op orde had.
- 10.24 Naast een fee per klant werd er door Green Four initieel al € 95.000,= ten titel van “implementatie” bij Flexenergie in rekening gebracht. Aanvullend werden daarna nog meerdere keren aanvullende kosten doorbelast: € 236.070,= voor “implementatie” en € 35.988,= voor “meerwerk applicatie 2016”.

Inkoopwaarde van de omzet bij Green Four

- 10.25 Met 99% van haar omzet afkomstig van Flexenergie, is de vraag welke kosten daar voor Green Four tegenover stonden. Blijkens de jaarrekeningen is de cumulatieve inkoopwaarde van de omzet ad € 558.401,= als volgt verdeeld over de jaren:

	<u>2015</u>	<u>2016</u>	<u>2017</u>	<u>Totaal</u>
Omzet	95.000	441.705	664.477	1.201.182
Inkoopwaarde omzet		-246.829	-311.572	-558.401

- Opvallend is dat tegenover die eerste factuur in 2015 voor “implementatie” géén kosten staan. Wel staat in de jaarrekening 2015 van Green Four een bedrag van € 25.636,= als investering in software vermeld. Zoals hierna zal worden aangetoond zijn dat de kosten van ontwikkeling van Shift en Open-I van eind 2015.
- Die kosten zijn overigens in 2016 weer gedeactiveerd en alsnog in de kosten van Green Four opgenomen.

Kosten Flexenergie versus kosten Green Four

- 10.26 Uit het voorgaande blijkt dat er een groot verschil is tussen de inkoopkosten van Flexenergie op basis van de doorbelastingen van Green Four én de inkoopkosten van Green Four zelf. Bij Flexenergie bedragen de inkoopkosten over de jaren 2015 t/m 2017 € 1.189.182,=, terwijl bij Green Four de overeenkomstige inkoopwaarde van die omzet € 558.401,= bedraagt. Aanvullend zijn in de positie “Overige bedrijfskosten” nog voor € 112.064,= aan kosten geïdentificeerd die aanwijsbaar verband houden met Flexenergie. Daarmee resteert een bedrag van € 518.717 als netto marge en een winstoverslag van 77%. Dit terwijl Green Four als tussenschakel niets toevoegde dat Flexenergie niet ook had kunnen verkrijgen indien zij zonder die tussenschakel rechtstreeks zelf bij leveranciers had ingekocht. Dat Green Four geen toegevoegde waarde had, blijkt ook uit het feit dat zij geen personeel in dienst had.
- 10.27 Bakker heeft aan Kandiah laten weten dit naar zijn mening zo niet kan, omdat het contract tussen Flexenergie en Green Four niet *at arm's length* was, zo heeft hij aangegeven tijdens het interview op 16 november 2020.

- 10.28 Verwezen zij in dit verband ook naar de interne notitie van juli 2017, waarin onder de kop “Overige nog op te lossen zaken” wordt opgemerkt:⁶²

Contract met Greenfour is niet marktconform. Dit levert enkel overhead op voor Energieflex zonder dat daar enige toegevoegde waarde tegenover staat. Er kan beter gestopt worden met deze constructie

- 10.29 De conclusie is dat Kandiah en Sampar, door in 2015 te besluiten om hun vennootschap Green Four als tussenschakel voor inkoop van ICT-(diensten) te laten optreden tussen Flexenergie en ICT-leveranciers, terwijl Green Four geen enkele waarde toevoegde maar wel een zeer aanzienlijke winstmarge toebedeeld kreeg, Flexenergie evident benadeeld heeft en wel voor het bedrag van die winstmarge ad € 518.717,=. Zonder Green Four als tussenschakel was Flexenergie immers niet € 1.189.182,= aan ICT-inkoopkosten verschuldigd geweest maar slechts € 670.465,= (het bedrag waarvoor Green Four inkocht).
- 10.30 Het eindplaatje is dat het bedrag van € 518.717,= is blijven “hangen” in Green Four en - behoudens wat gemaakte kosten voor een eerste verkenning voor een internationaal georiënteerd nieuw business initiatief - toekomt aan (de personal holdings van) Kandiah en Sampar, terwijl het vermogenstekort van Flexenergie met datzelfde bedrag is toegenomen, zulks ten nadele van de vennootschap en haar schuldeisers.

⁶² Zie bijlage 36.

11 Het ontstaan van de fiscale schuld

- 11.1 Per datum faillissement bedroeg de totale belastingschuld € 14.569.827,=. Deze schuld bestaat uit drie componenten: energiebelasting, omzetbelasting en loonheffing. In dit hoofdstuk wordt het ontstaan deze belastingschuld toegelicht.

Energiebelasting

- 11.2 Flexenergie diende als leverancier van gas en elektriciteit aan met name kleinverbruikers, energiebelasting en een heffing Opslag Duurzame Energie (ODE) af te dragen (hierna tezamen **EB**). Beide belastingen worden geheven op basis van het verbruik aan kWh-elektra en/of m³ gas door de eindverbruikers. De energiebelasting die moet worden betaald over de daadwerkelijk geleverde kWh elektra, wordt verminderd met een heffingskorting die is gebaseerd op een vast bedrag per aansluiting per dag. De geleverde energie wordt berekend op basis van het energieverbruik dat maandelijks wordt gefactureerd door Flexenergie aan haar klanten. Dit moet overeenkomen met de inkoop van energie door Flexenergie bij Flexnet (voorheen: bij Anode).
- 11.3 In de jaren 2014 en 2015 deed Flexenergie per kwartaal aangifte van de energiebelasting. Zij heeft de volgende aangiftes ingediend, zo is gebleken uit de administratie:

Aangiften Energiebelasting 2014				
	<i>In Aangifte</i>			
	<u>Q2-2014</u>	<u>Q3-2014</u>	<u>Q4-2014</u>	<u>Q4-2015</u>
wie	S. Kandiah	S. Kandiah	S. Kandiah	S. Kandiah
wanneer	29-7-2014	28-10-2014	29-1-2015	28-1-2016
<u>Elektra</u>				
EB	10.923	94.215	172.590	-53.928
Ode	212	1.829	4.369	-1.047
Heffingskorting	-5.095	-79.679	-212.041	-
<u>Gas</u>				
EB	1.855	15.340	158.270	-50.900
Ode	45	373	4.900	-1.236
	-	-	-	
Totaal	7.940	32.078	128.088	-107.111

Aangiften Energiebelasting 2015

	<u>Q1-2015</u>	<u>Q2-2015</u>	<u>Q3-2015</u>	<u>Q4-2015</u>
wie	S. Kandiah	S. Kandiah	S. Kandiah	S. Kandiah
wanneer	29-4-2015	30-7-2015	28-10-2015	28-1-2016
<u>Elektra</u>				
EB	283.471	403.053	524.661	610.703
Ode	8.532	12.405	15.933	15.659
Heffingskorting	-279.854	-331.554	-520.934	-651.699
Correctie 2014				-54.975
<u>Gas</u>				
EB	363.104	138.643	76.467	480.080
Ode	14.060	5.369	2.961	18.590
Correctie 2014				-52.136
	389.313	227.916	99.088	366.222
				1.082.539
				-

11.4 In de accountantscontrole werden deze aangiften aangesloten met de inkoop van energie door Flexenergie. Dit leidde tot de volgende correcties:

2014 € 108.206,=

2015 € 748.495,=

11.5 Deze correcties leidden tot de indiening van twee suppletieaangiften bij de belastingdienst in december 2017: een correctie van € 108.206,= voor 2014 en een correctie van € 748.495,= voor 2015.

11.6 Vermeldenswaardig is het verder het volgende:

- (i) het kwartaal vóór de indiening van de suppletie van € 108.206,= voor de verschuldigde energiebelasting 2014 heeft Flexenergie nog een bedrag van € 107.111,= aan energiebelasting 2014 teruggevorderd;
- (ii) tijdens het hierna te bespreken boekenonderzoek door de belastingdienst medio 2018 is geconstateerd dat de aangiften energiebelasting 2014 niet correct zijn, en Flexenergie over 2014 € 512.743,= verschuldigd was aan energiebelasting:

Onderdeel	EB	HK	ODE	Totaal
Ingediende aangiften 2014	453.193	- 296.815	11.728	168.106
Afgedragen in 2015 (negatief)	-/- 104.828		-/- 2.283	-/- 107.111
Correctie	404.401	40.831	6.516	451.748
Totaal	752.766	- 255.984	15.961	512.743

- 11.7 Vanaf 2016 deed Flexenergie maandelijks aangifte van de energiebelasting. Dit leidde tot de volgende aangiftes:

Aangiften Energiebelasting 2016													
	Januari	Februari	Maart	April	Mei	Juni	Juli	Augustus	September	Oktober	November	December	Totaal
wie	S. Kandiah	S. Kandiah	S. Kandiah	S. Kandiah	S. Kandiah	S. Kandiah	S. Kandiah	S. Kandiah	S. Kandiah	S. Kandiah	S. Kandiah	S. Kandiah	
wanneer	26-2-2016	30-3-2016	26-4-2016	26-5-2016	27-6-2016	28-7-2016	29-8-2016	16-9-2016	27-10-2016	29-11-2016	29-12-2016	30-1-2017	
Elektra													
EB	287.241	410.765	244.773	213.973	241.118	283.985	386.710	515.326	642.003	698.187	498.376	834.996	5.257.453 9.191.087
Ode	16.095	14.300	13.612	11.899	13.409	15.793	21.505	28.658	35.702	38.827	28.245	47.026	285.071 454.261
Heffingskorting	-223.809	-208.139	-197.209	-195.474	-225.441	-273.746	-332.437	-466.629	-624.987	-675.212	-429.890	-730.824	#####
Gas													
EB	500.812	200.454	316.967	222.118	88.857	66.706	78.426	112.919	172.437	689.813	571.426	912.699	3.933.634
Ode	22.486	6.343	14.231	9.973	3.990	2.995	3.521	5.070	7.742	30.971	21.613	40.255	169.190
Af: oninbare vorderingen									-114.757				-114.757
Af te dragen	602.825	423.723	392.374	262.489	121.933	95.733	157.725	195.344	118.140	782.586	689.770	1.104.152	4.946.794
Correctie 2014													114.757
													5.061.551

- 11.8 In februari 2018 werd een suppletieaangifte van € 325.460,= ingediend als correctie over 2016. Deze correctie is niet meer door de accountant verwerkt in de jaarrekening 2016.
- 11.9 Ook in 2017 moest Flexenergie (meerdere keren) haar aangifte energiebelasting aanpassen. Zo werd in juli 2017 een aangifte gedaan tot een bedrag van € 286.984,=. Een maand later werd deze aangifte opnieuw berekend. Uit deze herberekening bleek dat de aangifte circa 3,5 keer te laag was. Op 27 oktober 2017 werd daarom een nieuwe aangifte ingediend van € 998.757,=, een verhoging met € 711.773,=. Deze aangepaste aangifte is niet meer betaald.
- 11.10 Op 7 februari 2018 werd door Flexenergie aan de belastingdienst om een teruggave van € 2.918.694,= over 2017 gevraagd. Dit leidde tot vragen van de belastingdienst. Hierop werd door Flexenergie de volgende onderbouwing gegeven (zie bijlage 42):

De suppletie energiebelasting 2017 ad €2.918.694 (te vorderen) is ontstaan na de eindejaarsberekening over het boekjaar 2017.

Maandelijks werken wij op basis van het 'Kasstelsel'. Als het boekjaar voorbij is wordt er door ons en door de accountant gekeken of er een suppletie is ontstaan voor het desbetreffende boekjaar.

Onze systemen lieten het in 2017 niet toe om per maand de juiste aangifte energiebelasting te doen.

Nu hebben we de suppletie energiebelasting 2017 bepaald op basis van de daadwerkelijke inkopen. Deze inkopen worden gedaan bij Tennet en GasTerra / Energy Global. Op basis van hun feitelijke afrekening is de suppletie ontstaan. Wij beschikken over de benodigde data om u te voorzien van de onderbouwing welke wij u desgewenst graag toesturen.

(...)

Op basis van aangiften 2017

	Electra		GAS		Heffingskorting	Totaal
	EB	ODE	EB	ODE		
Januari	€ 793.295	€ 45.784	€ 830.160	€ 41.051	€ 592.704	€ 1.117.586
Februari	€ 330.581	€ 18.976	€ 361.557	€ 17.557	€ 281.112	€ 447.559
Maart	€ 735.517	€ 42.533	€ 763.005	€ 36.382	€ 651.085	€ 926.352
April	€ 756.468	€ 44.954	€ 770.637	€ 33.559	€ 643.589	€ 962.029
Mei	€ 866.473	€ 53.217	€ 805.552	€ 37.841	€ 786.399	€ 976.684
Juni	€ 951.469	€ 61.853	€ 969.260	€ 48.447	€ 930.824	€ 1.100.205
Juli	€ 849.118	€ 62.028	€ 853.708	€ 53.771	€ 819.868	€ 998.757
Augustus	€ 1.142.757	€ 83.479	€ 1.175.384	€ 74.032	€ 1.070.145	€ 1.405.507
September	€ 1.490.148	€ 108.856	€ 1.562.426	€ 98.410	€ 1.365.187	€ 1.894.653
Oktober	€ 1.622.375	€ 118.515	€ 1.713.448	€ 107.922	€ 1.473.818	€ 2.088.442
November	€ 2.682.389	€ 252.523	€ 649.877	€ 109.540	€ 2.682.389	€ 1.011.940
December	€ 1.870.788	€ 136.662	€ 1.594.552	€ 100.433	€ 1.870.788	€ 1.831.647
	€ 14.091.378	€ 1.029.380	€ 12.049.566	€ 758.945	€ 13.167.908	€ 14.761.361

Op basis van gegevens van Energy Global, Gasterra en Tennet

	Electra		GAS		Heffingskorting	Totaal
	EB	ODE	EB	ODE		
Januari	902.400,86	65920,6948	1.834.486,55	115563,9307	744.731,64	€ 2.173.640
Februari	760.066,16	55523,0954	1.309.959,05	82521,19205	744.165,99	€ 1.463.904
Maart	762.680,31	55714,0598	885.596,27	55788,35477	768.540,43	€ 991.239
April	708.633,61	51765,9304	697.020,71	43908,99074	809.524,45	€ 691.805
Mei	774.703,20	56592,3362	317.873,07	20024,49196	925.765,84	€ 243.427
Juni	811.990,61	59316,1948	162.685,41	10248,40722	974.411,87	€ 69.829
Juli	910.175,43	66488,63	179.569,34	11312,01491	1.086.770,83	€ 80.775
Augustus	1.124.620,95	82153,949	190.295,97	11987,74131	1.301.821,25	€ 107.237
September	1.318.401,67	96309,6976	425.980,22	26834,72885	1.365.174,22	€ 502.352
Oktober	1.503.436,66	109826,5672	1.075.943,68	67779,3365	1.473.805,02	€ 1.283.181
November	1.642.530,07	119987,3888	1.579.289,13	99487,70651	1.470.076,87	€ 1.971.217
December	1.870.788,14	136661,72	1.631.932,10	102803,9634	1.478.124,54	€ 2.264.061
	13.090.427,67	956.260,26	10.290.631,50	648.260,86	13.142.912,95	€ 11.842.667

€ 2.918.694 suppletie EB 2017 te vorderen

- 11.11 De onderste tabel die hierboven is weergegeven komt uit een in de administratie van Flexenergie aangetroffen excel-bestand, dat als **bijlage 43** bij dit rapport gevoegd is. In dit bestand zijn de data die ten grondslag liggen aan het in de onderbouwing van Flexenergie genoemde bedrag van € 11.842.667,= terug te vinden. Uit dit bestand blijkt dat Flexenergie kon weten dat haar hoge teruggaveverzoek mogelijk onjuist zou zijn, want:

- (i) uit de berekening EB voor gas blijkt dat het aantal klanten in de maanden september tot en met december 2017 een schatting vormt:

Gas			
Month	Aantal klanten	MWh	m3
1	28.965	71005,677	7.268.171,74
2	28.943	50703,304	5.190.012,08
3	29.891	34277,909	3.508.701,56
4	31.485	26978,899	2.761.571,74
5	36.006	12303,602	1.259.402,01
6	37.898	6296,905	644.553,91
7	42.268	6950,415	711.447,48
8	50.632	7365,6	753.945,99
9	50.000	16488	1.687.718,80
10	52.000	41645,5	4.262.851,35
11	53.000	61128	6.257.088,46
12	53.000	63165,6	6.465.658,08
Total		398309,411	40.771.123

- (ii) uit de berekening EB voor gas blijkt dat het aantal klanten in december 2017 (een wintermaand) bijna het dubbele is van het aantal klanten in januari 2017 (eveneens een wintermaand), terwijl het gasverbruik in januari 2017 circa 8.000 MWh hoger is.

- 11.12 De hierboven genoemde suppleties en het verzoek om teruggave kunnen schematisch als volgt worden weergegeven:

Datum:	Jaar:	Bedrag:
29 december 2017	2014	108.206
29 december 2017	2015	748.495
7 februari 2018	2016	325.460
7 februari 2018	2017	-/- 2.918.694

- 11.13 De belastingdienst merkte dit hoge teruggaveverzoek van € 2.918.694,= over 2017 op en besloot om een boekenonderzoek te gelasten bij Flexenergie. In februari 2018 vond hierover een bespreking plaats tussen de belastingdienst en Flexenergie. Eind mei 2018 vond het boekenonderzoek plaats. De onderwerpen van het boekenonderzoek waren:⁶³

- Suppleties 2014 tot en met 2016
- Verzoek om vermindering 2017
- Afdrachten energiebelasting 2018 (overgangsregeling)

⁶³ Zie bijlage 21.

Dit boekenonderzoek resulteerde in het Controlerapport van 13 juli 2018. De genoemde onderwerpen zullen hierna achtereenvolgens worden besproken. Eerst wordt een aantal algemene bevindingen uit het Controlerapport besproken.

11.14 In het Controlerapport merkt de belastingdienst op:⁶⁴

Flexenergie BV is in 2014 gestart met de levering van prepaid-energie. Voor een goede uitvoering van dit systeem was zij afhankelijk van het aanwezig zijn van een zogenaamde slimme meter die continu (dagelijks) de werkelijke verbruiken registreerde en doorgaf aan de leverancier. Flexenergie BV kocht de aan haar klanten geleverde hoeveelheden gas en elektriciteit in bij Anode. De aangiften werden opgemaakt aan de hand van de door Anode gefactureerde geleverde hoeveelheden (de inkooppositie).

In de latere jaren is de eigen (verbruiks)administratie basis geworden voor de afdrachten energiebelasting. Door de groei van klanten liep Flexenergie BV tegen problemen aan van het billingsysteem. Dat heeft geleid tot het inrichten van een nieuw CRM-systeem "Sales Force" medio 2017. In dit systeem werden de klanten voor de SJV'n (standaard jaarverbruiken) opgenomen. Achteraf komt Flexenergie BV echter tot de ontdekking dat (externe) gegevens van de netbeheerders (binnenkomend in het billingsysteem) niet juist doorgezet worden naar "Sales Force". Op basis van de grootboekadministratie is in de eerste 6 maanden van 2017 aangifte Energiebelasting gedaan. Vanaf juli 2017 is de afdracht energiebelasting bepaald aan de hand van de aansluitingen in EDSN (en de daar opgenomen SJV'n). Bovenstaande problemen in haar systemen heeft Flexenergie BV ertoe gebracht terug te vallen op haar oude systematiek: afdracht op basis van de inkooppositie bij de verschillende leveranciers. Naast Anode had Flexenergie BV inmiddels ook andere partijen als inkooppartner.

Inmiddels maakt Flexenergie BV gebruik van het (backoffice) systeem van Servicehouse BV. Alle klanten (nieuwe klanten direct) worden in de loop van 2018 in dit systeem opgenomen. Uit het systeem van Servicehouse BV komen rapportages waarbij voor de verschuldigde Energiebelasting wordt aangesloten bij de voorschotten, de jaarnota's en (periode)afrekeningen. Zodra voor een bestaande klant een jaarnota (in 2018) wordt opgemaakt wordt deze overgezet naar het systeem van Servicehouse BV. Voor 2018 is dus nog sprake van een "mix van twee systemen" wat betreft de afdracht van Energiebelasting. Het oude systeem op basis van afdrachten gebaseerd op de inkooppositie en het nieuwe systeem van Servicehouse BV (dat aansluit bij de wettelijke wijze voor de verschuldigdheid van Energiebelasting).

11.15 Uit het Controlerapport blijkt dat Flexenergie de volgende verklaringen heeft gegeven voor de vele suppleties en het teruggaveverzoek 2017:⁶⁵

* maandelijks op basis van het "kasstelsel" afdracht van energiebelasting plaatsvindt en op basis van de bevindingen van de accountant gekeken wordt of er een suppletie is ontstaan voor het desbetreffende boekjaar (zie brief betreffende 2016)

* onze systemen lieten het niet toe om in 2016/2017 per maand de juiste aangifte te doen (zie brief betreffende 2016 en 2017)

* voor het huidige boekjaar (2018) wijzigen wij deze werkwijze waardoor we maandelijks over de juiste data beschikken, waarmee dergelijke suppleties in de toekomst voorkomen worden (zie brief betreffende 2016 en 2017)

* de suppletie energiebelasting 2017 is bepaald op basis van de daadwerkelijke inkopen (zie brief betreffende 2017)

⁶⁴ Zie bijlage 21.

⁶⁵ Zie bijlage 21.

11.16 Verder wordt in het Controlerapport opgemerkt:⁶⁶

Voor de jaren 2014 tot en met 2017 wordt op praktische gronden akkoord gegaan met een afdracht Energiebelasting (en ODE) op basis van de inkopen. Herleiden en herrekenen van de verschuldigde energiebelasting conform de wettelijke voorschriften is gezien de beschikbare (gebrekkige) informatie niet mogelijk. Gelet op de aard van de klanten zal uitgegaan worden van een verbruik dat valt in de eerste tariefschijf (voor gas en elektriciteit). De ingekochte hoeveelheden in die jaren zullen dan ook leiden tot een bedrag aan verschuldigde Energiebelasting tegen het tarief van de eerste schijf. Voor het bepalen van de omvang van de heffingskorting (vermindering op grond van artikel 63 Wet belastingen op milieugrondslag) zal aangesloten worden op de leveringsperiode per klant per jaar. De op deze wijze (inkooppositie in plaats van verkoopkant met voorschotten en afrekeningen) bepaalde afdracht kan leiden tot timingverschillen in de afdracht. Daarom is ook voorzien in een overdracht naar een afdracht conform de wettelijke bepalingen en een overgangsjaar 2018 waarin beide "systemen" naast elkaar bestaan.

11.17 Over de suppletie 2014 wordt onder meer opgemerkt:⁶⁷

Door Flexenergie BV wordt de ingediende suppletie van € 108.206 aangevuld tot een suppletie van € 369.031 (verhoogd met € 260.825). Voor wat betreft de EB (exclusief heffingskorting) en de ODE kan met deze aanvullende suppletie akkoord worden gegaan.

Bij deze berekening heeft Flexenergie BV wel de in 2015 in de aangiften opgenomen EB en ODE die zien op leveringsjaar 2014 (totaal € 107.111) meegenomen in de opstelling (als afgedragen bedragen).

In de aanvullende suppletie is sprake van een heffingskorting van € 338.701. Beoordeling van de berekening van deze korting leert dat voor een aantal aansluitingen sprake is van het toekennen van een dubbele heffingskorting. Het gaat daarbij met name om klanten die zowel afnemen als terugleveren (van zelfopgewekte stroom). Deze komen in het klantenbestand dubbel voor. De teveel berekende heffingskorting bedraagt € 82.717.

De uiteindelijke suppletie 2014 dient na controle vastgesteld te worden op € 451.748 (369.031 + 82.717). Ten opzichte van de ingediende (en inmiddels verwerkte) suppletie houdt dat een correctie in van € 343.542 (451.748 -/- 108.206).

11.18 Uit dit citaat blijkt dat (i) er een zeer aanzienlijke correctie ten nadele van Flexenergie plaats diende te vinden van € 343.542,= en (ii) Flexenergie een dubbele heffingskorting toepaste, waardoor de teveel berekende heffingskorting € 82.717,- bedroeg.

11.19 Over de suppletie 2015 wordt door de belastingdienst onder meer opgemerkt:⁶⁸

Door Flexenergie BV wordt de ingediende suppletie van € 748.495 verminderd naar € 39.681 (verminderd met € 708.814). Voor wat betreft de EB (exclusief heffingskorting) en de ODE kan met deze aanvullende suppletie akkoord worden gegaan.

⁶⁶ Zie bijlage 21.

⁶⁷ Zie bijlage 21.

⁶⁸ Zie bijlage 21.

In de aanvullende suppletie is sprake van een heffingskorting van € 2.247.333. Beoordeling van de berekening van deze korting leert dat voor een aantal aansluitingen sprake is van het toekennen van een dubbele heffingskorting. Het gaat daarbij met name om klanten die zowel afnemen als terugleveren (van zelfopgewekte stroom). Deze komen in het klantenbestand dubbel voor. De teveel berekende heffingskorting bedraagt € 661.152.

De suppletie 2015 dient na controle vastgesteld te worden op € 700.833 (39.681 + 661.152). Ten opzichte van de ingediende (en inmiddels verwerkte) suppletie houdt dat een correctie in van -/- € 47.662 (700.833 -/- 748.495).

- 11.20 Opnieuw is de conclusie dat er een correctie op de suppletie diende plaats te vinden en dat Flexenergie ook in 2015 een dubbele heffingskorting had toegekend aan klanten.

- 11.21 Over de suppletie 2016 wordt door de belastingdienst onder meer opgemerkt:⁶⁹

Door Flexenergie BV wordt de ingediende suppletie van € 325.460 verhoogd naar € 785.978 (vermeerderd met € 460.518). Voor wat betreft de EB (waaronder ook de heffingskorting) en de ODE kan met deze aanvullende suppletie akkoord worden gegaan.

Dubbeltellingen bij het bepalen van de heffingskorting hebben zich voor 2016 (en ook 2017) niet voorgedaan, doordat Flexenergie BV voor deze jaren een andere opbouw heeft gekozen voor het berekenen van de heffingskorting.

De suppletie 2016 dient na controle vastgesteld te worden op € 785.978. Ten opzichte van de ingediende suppletie houdt dat een correctie in van € 460.518 (785.978 -/- 325.460).

- 11.22 Evenals in 2014 diende derhalve ook in 2016 een zeer aanzienlijke correctie op de suppletie ten nadele van Flexenergie plaats te vinden.

- 11.23 Met betrekking tot het teruggaveverzoek 2017 van Flexenergie merkt de belastingdienst het volgende op over de inkooppositie van Flexenergie en de heffingskorting:⁷⁰

⁶⁹ Zie bijlage 21.

⁷⁰ Zie bijlage 21.

5.3.1 Inkooppositie gas

In de door Flexenergie BV opgestelde cijfers voor het verzoek om teruggaaf wordt uitgegaan van een inkoop van 398.309,411 MWh gas, dat is 40.771.123,2 m3. Rekening houdend met de tarieven EB (0,2524) en ODE (0,0159) berekent zij de verschuldigde belasting. Daarbij kan het volgende overzicht gemaakt worden waarbij ook de ingediende aangiften 2017 zijn opgenomen:

Hoeveelheid /aangifte	Tarief	Bedrag EB	Bedrag ODE	Totaal
40.771.123,2	0,2524 / 0,0159	10.290.631	648.261	10.938.892
Aangiften 2017		12.049.566	758.945	12.808.511
Saldo (teveel betaald)		1.758.935	110.684	1.869.619

Gebleken is dat er in de opstelling voor de ingekochte hoeveelheid gas enkele inkoopfacturen niet zijn meegenomen. Dat vindt haar oorzaak in de switch van toeleverancier en het hebben van meerdere leveranciers. Vastgesteld is dat er voor 2017 totaal 49.798.071 m3 gas is ingekocht. Dat is 9.026.948 m3 meer dan in het teruggaafverzoek is opgenomen, hetgeen een fiscaal belang vertegenwoordigt van:

EB: $9.026.948 * 0.2524 =$ € 2.278.401
 ODE: $9.026.948 * 0.0159 =$ € 143.528
 totaal € 2.421.929

5.3.2 Inkooppositie elektra

In de door Flexenergie BV opgestelde cijfers voor het verzoek om teruggaaf wordt uitgegaan van een inkoop van 129.224,36 MWh. Rekening houdend met de tarieven EB (0,1013) en ODE (0,0074) berekent zij de verschuldigde belasting. Samen met de al ingediende aangiften leidt dat tot het volgende overzicht:

Hoeveelheid /aangifte	Tarief	Bedrag EB	Bedrag ODE	Totaal
129.224,36 MWh	0,1013/0,0074	13.090.428	956.260	14.046.688
Aangiften 2017		14.091.378	1.029.380	12.808.511
Saldo (teveel betaald)		1.000.950	73.120	1.074.070

De hierboven genoemde hoeveelheid in het verzoek is aangesloten met de inkooppositie. Daaruit zijn geen verschillen naar voren gekomen die aanleiding geven om af te wijken van de in het verzoek opgenomen hoeveelheden.

5.4 Berekende heffingskorting

De heffingskorting berekent Flexenergie BV per maand, door uit te gaan van het aantal klanten (elektriciteit) in de maand en daaraan een heffingskorting toe te kennen van € 25,71. Dat is 1/12 deel van de voor het kalenderjaar geldende heffingskorting van € 308,54. Deze berekening (€ 13.142.913) komt wat lager (€ 24.995) uit dan de in de aangiften opgenomen heffingskorting (€ 13.167.908).

Het aantal klanten dat over een bepaalde maand recht op heffingskorting heeft berekent Flexenergie BV door uit te gaan van het aantal klanten aan het begin van de maand, vermeerderd met de in die maand geregistreerde nieuwe aansluitingen.

Alle aansluitingen krijgen voor die betreffende maand dus de volledige heffingskorting terwijl er ook sprake zal zijn van:

- klanten waarvan in de loop van de maand het contract afloopt
- nieuwe klanten die in de loop van de maand geregistreerd worden en dus maar recht hebben op een gedeeltelijke heffingskorting voor die maand.

Verder speelt mee dat voor het bepalen van de heffingskorting Flexenergie BV is uitgegaan van haar klantensysteem. Wanneer dit systeem gelegd wordt naast de maandelijkse extractie (aan het begin van de maand) van de in het systeem van EDSN opgenomen klanten van Flexenergie BV dan is er sprake van verschillen.

Met belastingplichtige is daarom afgesproken dat voor het berekenen van de heffingskorting uitgegaan moet worden van het aantal klanten zoals die in het systeem van EDSN is opgenomen. Ook is afgesproken dat rekening gehouden moet worden met de maandelijkse mutaties in het klantenbestand, zodat voor klanten die slechts een deel van de maand beleverd worden ook recht bestaat op een evenredig deel van de maandelijkse heffingskorting van € 25,71.

Op basis van deze uitgangspunten is de heffingskorting opnieuw bepaald. Deze nieuwe berekening komt uit op € 12.755.435. Daarbij moet nog wel rekening gehouden worden met het volgende: voor alle klanten de heffingskorting is toegekend vanuit de veronderstelling dat voor elke aansluiting sprake is van een verblijfsfunctie. Dat zal niet altijd zo zijn.

In overleg met belastingplichtige is de heffingskorting voor het jaar 2017 bepaald op € 12.700.000.

In de suppletie is rekening gehouden met	13.142.913
Toe te kennen heffingskorting	12.700.000
correctie op het ingediende verzoek	442.913

11.24 Resumerend blijkt derhalve:

- klanten die zowel elektra afnemen als terug leveren werden ten onrechte twee keer meegenomen voor de heffingskorting;
- klanten die in de loop van de maand klant werden, werden voor een volle maandelijkse heffingskorting opgenomen, terwijl zij naar evenredigheid van het aantal dagen van deze eerste maand opgenomen hadden moeten worden;
- het aantal klanten werd gerapporteerd op basis van de eigen registratie van Flexenergie, terwijl de EDSN-registratie leidend had moeten zijn. Dit is temeer bezwaarlijk, omdat de registratie van Flexenergie afweek van de ESDN-registratie.

- voor 2017 was het gasverbruik niet 40.771k m3, zoals door Flexenergie opgegeven, maar 49.798k m3. Dit betreft een afwijking van maar liefst 22%.

11.25 De bevindingen van de belastingdienst leiden tot de volgende afwijking van het teruggaveverzoek 2017:⁷¹

5.5 Afwijking verzoek 2017

De controle op het ingediende (en deels toegekende) verzoek om teruggaaf 2017 leidt tot de volgende correctie:

	EB	ODE	Totaal
Ingediende verzoek	-/- 2.734.890	-/- 183.804	-/- 2.918.694
Correcties			
5.3.1. hogere inkopen gas	2.278.401	143.528	2.421.929
5.4. heffingskorting	443.913		443.913
Gecorrigeerd	-/- 12.576	-/- 40.276	-/- 52.852

Nu het gecorrigeerde verzoek om teruggaaf uitkomt op een teruggave van € 52.852, en er al een ambtshalve teruggave is verleend van € 717.051, dient er alsnog over 2017 een aanslag opgelegd te worden van € 664.199

11.26 Haar bevindingen geeft de belastingdienst als volgt schematisch weer:⁷²

Jaar	Ingediende suppletie / vermindering	Vastgesteld na controle	Correctie
2014	108.206	451.748	343.542
2015	748.495	700.833	-/- 47.662
2016	325.460	785.978	460.518
2017	-/- 2.918.694	-/- 52.852 (*)	2.865.842

(*) Nu er over 2017 als sprake is geweest van een (voorlopige) teruggave van € 717.051 dient er over 2017 een naheffing opgelegd te worden van € 664.199.

11.27 Als deze bevindingen worden vergeleken met de door Flexenergie ingediende suppleties en aanvullingen, ontstaat het volgende beeld:

⁷¹ Zie bijlage 21.

⁷² Zie bijlage 21.

Flexenergie				Belastingdienst	
	Ingediende suppleties	Gevraagde aanvulling		Controle- rapport	Vershil
2014	€ 108.206	€ 260.825	€	451.748	€ 82.717
2015	€ 748.495	€ -708.814	€	700.833	€ 661.152
2016	€ 325.460	€ 460.518	€	785.978	€ -
2017		€ -2.918.694	€	-52.852	€ 2.865.842
	€ 1.182.161	€ -2.906.165			
		€ 1.182.161			
Totaal		€ -1.724.004		€ 1.885.707	€ 3.609.711

11.28 Opvallend is ten slotte nog de volgende conclusie van de belastingdienst in het Controlerapport:⁷³

Ook moet geconcludeerd worden dat, nadat Flexenergie BV op de hoogte was van de bevindingen van de ACM en zij kon weten dat er foutieve aangiften energiebelasting zijn ingediend ook heeft nagelaten actief contact op te nemen met de Belastingdienst over de ontstane situatie betreffende de afdrachten. Eerst eind 2017 en begin 2018 worden er suppleties ingediend. Gelet op de nu op te leggen correcties over de jaren 2014 t/m 2017 kan Flexenergie BV ernstige nalatigheid verweten worden. Op grond van artikel 67f Algemene wet inzake rijksbelastingen, jo paragraaf 25 van het BBBB (Besluit Bestuurlijke Boeten Belastingdienst) zal aan Flexenergie BV een vergrijpboete opgelegd worden. Flexenergie BV heeft nu zij pas na optreden van de ACM in eerste instantie alleen intern in actie is gekomen, niet tijdig en onvoldoende maatregelen genomen om de juistheid van de ingediende aangifte te checken en daarmee heeft zij de aanmerkelijke kans aanvaard dat te weinig energiebelasting is voldaan. Dit kwalificeert zich als grove schuld en daarbij hoort een boete van 25%.

11.29 Op basis van de bevindingen in het Controlerapport heeft de belastingdienst op 23 juli 2018 een brief getiteld 'Kennisgeving naheffingsaanslagen en boete' verzonden aan Flexenergie (bijlage 44). Daarin wordt een vergrijpboete van € 100.000,- aan Flexenergie opgelegd. De belastingdienst onderbouwt (de hoogte van) deze boete als volgt:

⁷³ Zie bijlage 21.

Flexenergie B.V. heeft over de jaren 2014 t/m 2016 suppleties energiebelasting en ODE ingediend. Daarbij geeft zij als motivering aan dat de (boekhoudkundige) systemen van Flexenergie B.V. niet in staat waren de juiste aangiften te doen.

De ACM heeft na onderzoek bij Flexenergie B.V. in 2016/2017 ondeugdelijkheden in de administratie geconstateerd. In haar besluit van 30 oktober 2017 met kenmerk ACM/UIT/314221 concludeert zij bij onderdeel 44 dat "dit heeft geleid tot (...) additionele af te dragen energiebelasting. De accountant van Flexenergie B.V. wijst haar erop dat de correctie op de energiebelasting nog afgedragen dient te worden."

Flexenergie B.V. geeft aan dat zij direct na het onderzoek door de ACM (intern) actie heeft ondernomen. Er is een overstap gemaakt naar nieuwe leveranciers van administratieve systemen en zij maakt inmiddels gebruik van het backoffice systeem van Servicehouse B.V. (dat aansluit bij de wettelijke wijze voor de verschuldigdheid van energiebelasting). Op het moment van het indienen van de aangiften zou Flexenergie B.V. geen aanleiding hebben om aan de juistheid en volledigheid van de ingediende aangiften te twijfelen, mede omdat er over de betreffende jaren accountantscontrole is uitgevoerd.

Bij deze reactie past toch wel een kanttekening. Immers de accountant heeft herhaaldelijk gewezen op de risico's van een onjuiste voldoening en zelfs (zie de hiervoor opgenomen overweging 44 van de ACM) dat sprake is van een onjuiste voldoening van de energiebelasting zodat een correctie plaats moet vinden op de energiebelasting die nog aangegeven en voldaan dient te worden. Dit houdt in dat Flexenergie B.V. op de hoogte is geweest van de onjuistheid van de ingediende aangiften en voldoeningen energiebelasting en ODE.

Flexenergie B.V. is verantwoordelijk voor een tijdige en juiste voldoening van de verschuldigde energiebelasting en ODE. Zij is zelf verantwoordelijk voor de inrichting van haar administratie en draagt de gevolgen voor de gebreken die

hebben geresulteerd in onjuiste aangiften en voldoening van de energiebelasting en ODE.

Door een gebrekkige inrichting van haar administratie heeft Flexenergie B.V. de aanmerkelijk kans aanvaard dat aangiften energiebelasting en ODE onjuist zijn ingediend en dat te weinig belasting is voldaan. Daarom ben ik van mening dat hier sprake is van een vergrijp dat als grove schuld kwalificeert en ben ik voornemens om op grond van artikel 67f AWR jo paragraaf 28 van het Besluit Bestuurlijke Boeten Belastingdienst (BBBB) aan Flexenergie B.V. een vergrijpboete op te leggen.

Bij grove schuld hoort een boete van 25%. Gelet op het feit dat Flexenergie B.V. maatregelen heeft genomen om dergelijke fouten in de toekomst te voorkomen, er afspraken zijn gemaakt om op gelijke wijze transparant inzage te geven in de opbouw van energiebelasting en ODE zoals dit in dit onderzoek is geschied en zij ter zake van de hoogte van de correcties tijdens de controle een constructieve houding heeft getoond, heb ik besloten om dit als verzachtende omstandigheden aan te merken en de hoogte van de boete te matigen tot € 100.000.

Een vergrijpboete van € 100.000 acht ik passend en geboden.

- 11.30 Flexenergie wordt dus verweten dat zij op de hoogte was van de onjuistheid van de ingediende aangiften en afdrachten EB. Daarbij wordt gewezen op het

onderzoek van de ACM en de signaleringen van de accountant. Deze signaleringen staan (onder meer) in het accountantsverslag 2016 d.d. 21 december 2017:⁷⁴

4.5.1 Energiebelasting nacalculaties

De balanspost in de jaarrekening bedraagt circa € 2.172.000 te betalen en is als volgt opgebouwd:

- Aangifte december 2016	€ 1.104.000
- Ominbare debiteuren	€ 115.000 -/-
- Nacalculatie 2014	€ 108.000
- Nacalculatie 2015	€ 749.000
- Nacalculatie 2016	€ 326.000

Ten aanzien van de nacalculatie 2016 is door uw financieel manager in eerste instantie een berekening opgesteld. Deze bleek niet te kloppen en naar aanleiding daarvan is recent een tweede berekening opgesteld en met u besproken. Op grond daarvan zou over 2016 nog € 326.000 aan energiebelasting afgedragen moeten worden.

Wij adviseren u met spoed om controleberekeningen op te stellen die de volledige afdracht van de energiebelasting 2014, 2015 en 2016 onderbouwen. Tevens adviseren wij om met spoed de aangiftes energiebelasting met betrekking tot de jaren 2014, 2015 en 2016 aan te vullen op basis van de nacalculaties. Het niet tijdig aangeven en betalen van energiebelasting kan gezien worden als belastingfraude. In dit kader worden wij graag op de hoogte gehouden van de aanvulling op de aangiften in verband met onze eigen verantwoordelijkheid in dezen.

11.31 Nu Flexenergie deze wetenschap had en toch onjuiste aangiftes heeft gedaan en onjuiste bedragen EB heeft betaald, wordt haar grove schuld verweten. Sterker: de accountant constateert terecht dat het niet tijdig aangeven van energiebelasting gezien kan worden als belastingfraude.

11.32 Over de afdracht van de Energiebelasting over 2018 wordt door de belastingdienst opgemerkt in het Controlerapport:⁷⁵

De afdracht Energiebelasting 2018 is enerzijds (bestaande klanten tot het moment van het opmaken van de periodeafrekening in 2018) gebaseerd op de ingekochte hoeveelheden, anderzijds op de verschuldigde energiebelasting zoals die blijkt uit de rapportages van Servicehouse BV. De rekenmodule die Servicehouse BV hanteert voor de bepaling van de verschuldigde energiebelasting

in de voorschotten en afrekeningen is geen onderwerp van controle geweest. Er wordt vooralsnog van uitgegaan dat in deze berekeningsmodule voor de Energiebelasting (en ODE) de juiste verschuldigde bedragen verantwoord worden.

Rond 1 oktober zal Flexenergie BV een overzicht maken waaruit naar voren komt in hoeverre de afdrachten energiebelasting aansluiten bij de hiervoor genoemde afspraak over de afdrachten 2018. Dit overzicht zal aan de Belastingdienst worden overgelegd ter goedkeuring en eventuele aanpassingen kunnen doorgevoerd worden zodat begin 2019 een juiste suppletie / verzoek om vermindering gedaan kan worden.

11.33 Uit het Controlerapport blijkt dat sprake is van een overgangssituatie: de afdracht EB 2018 wordt gebaseerd op (i) de ingekochte hoeveelheden voor bestaande klanten tot het opmaken van de periodeafrekening en (ii) de verschuldigde EB zoals blijkt uit de nieuwe rapportages van ServiceHouse.

⁷⁴ Zie Bijlage 19.

⁷⁵ Zie Bijlage 21.

- 11.34 Op basis van de gegevens in de administratie van Flexenergie is het volgende overzicht gemaakt met betrekking tot de eerste vier maanden van 2018:

	<u>Januari</u>	<u>Februari</u>	<u>Maart</u>	<u>April</u>	
Inkoop KWH Elektra	17.014.791	15.154.507	17.229.589	15.147.273	
Tarief EB	€ 0,10458	€ 0,10458	€ 0,10458	€ 0,10458	
Tarief ODE	€ 0,01320	€ 0,01320	€ 0,01320	€ 0,01320	
Verschuldigd EB/ODE	2.004.002	1.784.898	2.029.301	1.784.046	7.602.247
 Inkoop Gas M3	 11.991.355	 13.969.461	 12.475.793	 4.471.360	
Tarief EB	€ 0,26001	€ 0,26001	€ 0,26001	€ 0,26001	
Tarief ODE	€ 0,02850	€ 0,02850	€ 0,02850	€ 0,02850	
Verschuldigd EB/ODE	3.459.626	4.030.329	3.599.391	1.290.032	12.379.378
 Totaal EB / ODE	 5.463.628	 5.815.227	 5.628.692	 3.074.078	 19.981.625
Af: heffingskorting cf aangifte	-1.358.142	-1.333.433	-1.390.101	-1.582.142	-5.663.818
Verschuldigd op basis inkoopvolume	4.105.486	4.481.794	4.238.591	1.491.936	14.317.807
 Aangiften	 2.650.943	 3.129.389	 3.117.581	 2.178.559	 11.076.472
Aangiften lager dan op inkoopbasis	-1.454.543	-1.352.405	-1.121.010	686.623	-3.241.335

- 11.35 Dit overzicht toont aan dat over de maanden januari t/m april 2018 grote verschillen bestaan tussen de daadwerkelijke aangiften EB en de verwachte afdracht op basis van de ingekochte volumes. Het totaal van de aangiften over deze vier maanden is € 11.076.472,-, terwijl op basis van de ingekochte volumes een afdracht van € 14.317.807,- aan EB verschuldigd is. Per saldo is er dus ruim € 3.241.335,- meer af te dragen op basis van de inkopen in die maanden dan is aangegeven. Dat is opvallend, omdat hiervoor reeds is aangehaald dat de afdracht van EB over 2018, met name in de eerste maanden waarin sprake zal zijn van leveringen aan bestaande klanten, wordt berekend op basis van de *ingekochte* hoeveelheden energie.
- 11.36 In overleg met de belastingdienst is door de curator de definitieve positie voor 2018 berekend op basis van de inkoopvolumes, rekening houdende met de finale afrekening met de consumenten. Ten opzichte van de gedane aangiftes resulteerde dit in een suppletieaangifte na de faillietverklaring van € 3.365.173,=.

Omzetbelasting

- 11.37 Flexenergie hanteerde het kasstelsel voor bepaling van de hoogte van de afdracht van de omzetbelasting. Uit de administratie blijkt dat de volgende aangiftes en suppleties zijn gedaan:⁷⁶

	<u>2013</u>	<u>2014</u>	<u>2015</u>	<u>2016</u>	<u>2017</u>	<u>2018 (t/m Okt)</u>	<u>TOTAAL</u>
Reguliere aangiftes in jaar	-4.676	133.826	673.511	1.185.253	4.127.058	8.510.544	14.625.516
<u>Suppletie</u>							-
2014-juni	3.758						3.758
2015-december		-47.639					-47.639
2017-december			-37.988	1.250.731			1.212.743
2018 - februari							-
Gedane aangiftes	-918	86.187	635.523	2.435.984	4.127.058	8.510.544	15.794.378
<u>Wel in boekhouding - niet aangegeven</u>							-
- BTW op heffingskorting ten onrechte teruggevorderd					1.247.143		1.247.143
- Andere verschillen (niet onderzocht)					318.934		318.934
<u>Aanvulling Boedel</u>							
- Incasso oktober niet uitgevoerd en andere						-1.255.158	-1.255.158
	-918	86.187	635.523	2.435.984	5.693.135	7.255.386	16.105.297

- 11.38 Voorts is uit de administratie gebleken dat:

- ten onrechte BTW op de heffingskorting is teruggevorderd en;
- meerdere keren een nulaangifte is gedaan.

Op deze onderwerpen wordt hierna ingegaan.

- 11.39 De heffingskorting wordt in mindering gebracht op de energiebelasting bij elektriciteit. Flexenergie vorderde de BTW over deze heffingskorting ten onrechte terug. Dit blijkt uit de aangiftes omzetbelasting. Opgemerkt zij dat in de boekhouding wel op de juiste manier de afdracht en de vordering omzetbelasting werden geboekt. De boekhouding en aangiftes sloten dus niet op elkaar aan.

⁷⁶ Waarbij opmerking verdient dat de gewijzigde incasso systematiek, leidende tot een extra incasso eind maart 2018, ten onrechte niet tot een aanvullende BTW-aangifte in die maand heeft geleid.

- 11.40 Om te verduidelijken op welke wijze ten onrechte de BTW over de heffingskorting werd teruggevorderd, wordt de volgende voorbeeldfactuur uit 2016 gebruikt:

Factuur	160357				
d.d.	7-6-2016				
		Factuur			BTW - verwerking
		Electra	Gas	Totaal	Boek- houding Aangifte
Levering Kwh/M3	9,76	57,48	67,24		
Vastrecht	6,87	6,87	13,74		
EB/ODE	24,03	60,42	84,45		
Heffingskorting	-37,47		-37,47		-7,87
Netbeheerskosten	21,72	14,7	36,42		
Opzegvergoeding			50,00		
		Netto	214,38		
		21% BTW	34,52		
			248,90	43,20	43,20
				43,20	35,33

- 11.41 Op basis van deze factuur kunnen een aantal conclusies worden getrokken:
- (i) Op deze factuur is te zien dat de BTW € 34,52 bedraagt, zijnde 21% van € 164,38. Hieruit valt af te leiden dat over de opzegvergoeding - terecht⁷⁷ - géén BTW werd berekend. Wel is opvallend dat vanuit de boekhouding én de aangifte wordt gerekend alsof hierin wél BTW is inbegrepen.
 - (ii) De uiteindelijk door Flexenergie af te dragen BTW is berekend op basis van het kasstelsel en wordt eenmaal per maand teruggerekend vanuit de ontvangsten. Uit de administratie is namelijk gebleken dat per saldo - foutief⁷⁸ - $21/121 \times € 248,90 = € 43,20$ werd verwerkt.
 - (iii) Bij de aangifte is het deel 'afdracht BTW' ook € 43,20. In het onderdeel 'terug te vorderen BTW' wordt de aangifte aangevuld met 21% over de heffingskorting, in dit voorbeeld dus € 7,87, zodat per saldo "maar" € 35,33 wordt aangegeven en afgedragen.
- 11.42 Uit de administratie noch de gehouden interviews is duidelijk geworden wat de reden was voor het vorderen van een teruggave van de BTW over de heffingskorting. Wel blijkt uit de administratie dat dit voor het eerst geschiedde in de aangifte van het derde kwartaal van 2015. In januari 2016 wordt dit zichtbaar in de boekhouding door middel van een correctie op de teruggevorderde BTW. In de administratie worden dan twee correcties opgenomen:

⁷⁷ Zie De opzegvergoeding - Energie overstapgids (energievergelijken.net). Te raadplegen via <http://www.energievergelijken.net/de-opzegvergoeding>.

⁷⁸ Over de opzegvergoeding werd immers geen BTW gerekend.

- 2014/2015: een correctie van € 384.539,=
- 2016: een correctie van € 840.872,=

Doordat deze correcties op de BTW-schuld als tegenpost een schuld aan EB kregen, vindt er per saldo geen wijziging van schuldpositie plaats. Er ontstaan echter wel grotere verschillen tussen de boekhouding én de aangiften.

- 11.43 Voorts is gebleken dat Flexenergie € 1.247.144,= te weinig aan OB heeft aangegeven voor 2017. Daarmee heeft Flexenergie in totaal € 2.472.555,= te weinig aangegeven over de jaren 2014 tot en met 2017. In een e-mail van 9 november 2017 (**bijlage 45**) is door de accountant aan de directie voorgerekend waarom de bij aangifte gehanteerde methode onjuist is. De foutieve aangiften over 2017 werden echter niet meer in een suppletie aangegeven.
- 11.44 Samen met andere verschillen tussen de boekhouding en de aangiften luidt de conclusie dat Flexenergie voor 2017 een bedrag van € 1.566.058,= als suppletie OB had moeten aangeven. In diverse interne overzichten die dateren van begin 2018 staat dit bedrag ook als suppletie vermeld in de totale belastingschuld per dat moment.
- 11.45 Uit de administratie is gebleken dat Flexenergie een verzoek tot uitstel van betaling voor de EB en OB heeft ingediend op 31 januari 2018 (**bijlage 46**). Dit verzoek wordt als volgt gemotiveerd:
- “De reden voor dit uitstel is het hoge verbruik van gas en elektra in de wintermaanden door onze klanten en hierdoor is ons cashflow negatief geraakt. Uiteraard is de negatieve cashflow in de zomer maanden weer positief. Immers de ontvangsten van voorschotnota van klanten blijven gelijk en de inkoop daalt naarmate de buiten temperatuur weer stijgt. Hierdoor kunnen wij de achterstanden op belastingen weer inlopen.”*
- 11.46 Bij brief van 13 april 2018 hebben de aandeelhouders van Flexenergie zich garant gesteld voor de betaling van de aanslag omzetbelasting december 2017 van € 1.165.000,= (zie **bijlage 47**).

Nulaangiftes

11.47 Flexenergie heeft vijf keer een nulaangifte omzetbelasting ingediend. Hieronder is per maand dat dit gebeurde indicatief het bedrag vermeld dat aangegeven had behoren te worden, maar niet aangegeven werd:

▪ februari 2017	€ 337.000,=
▪ mei 2017	€ 460.000,=
▪ september 2017	€ 651.000,=
▪ november 2017	€ 641.000,=
▪ februari 2018	€ 634.000,=

11.48 Het betreft hier zonder twijfel bewust onjuiste aangiften, omdat Flexenergie nu eenmaal maandelijks (i) goederen en diensten leverde aan consumenten en (ii) op basis van het kasstelsel haar aangiftes omzetbelasting opstelde. In de genoemde maanden was zonder uitzondering sprake van aanzienlijke goederen- en geldstromen (zie de genoemde bedragen die *hadden moeten worden aangegeven*) zodat het doen van nulaangiften als belastingfraude te kwalificeren is. Bovendien leidt het tot een onjuist beeld van de (fiscale) verplichtingen van de vennootschap.

11.49 De belastingdienst heeft Flexenergie grove schuld verweten door onjuiste aangiftes en betalingen EB te doen, terwijl Flexenergie wist van deze onjuistheden, onder meer door het accountantsverslag 2016. Uit dit accountantsverslag blijkt ook dat de accountant gewezen heeft op de onjuiste aangiften OB en het feit dat dit kan worden gezien als belastingfraude:⁷⁹

4.5.2 Omzetbelasting suppleties

De balanspost in de jaarrekening bedraagt circa € 1.458.000 te betalen en is als volgt opgebouwd:

- Aangifte december 2016	€ 245.000
- Suppletie 2015	€ 347.000
- Suppletie 2016	€ 866.000

De suppleties 2015 en 2016 zijn verhoogd met de btw in de heffingskorting. Deze btw is in uw aangiften zowel in mindering gebracht op de af te dragen omzetbelasting als teruggevraagd via de voordruk. Dit is onterecht en dient via een suppletie te worden gecorrigeerd.

Wij adviseren met spoed de aangiften omzetbelasting met betrekking tot de jaren 2015 en 2016 na controle van uw kant aan te vullen. Het niet tijdig aangeven en betalen van omzetbelasting kan gezien worden als belastingfraude.

Reactie management

U erkent de fout in de aangiften. Wij verzoeken u met spoed de suppleties 2015 en 2016 aan te geven en af te dragen aan de belastingdienst. In dit kader worden wij graag op de hoogte gehouden van de aanvulling op de aangiften in verband met onze eigen verantwoordelijkheid in dezen.

⁷⁹ Zie bijlage 19.

- 11.50 In tegenstelling tot naar de EB, heeft de belastingdienst geen boekenonderzoek verricht naar de OB.

Loonheffing

- 11.51 De onbetaalde schuld per faillissementsdatum betreft uitsluitend de loonheffing over de maand september 2018 van € 25.527,=. Verder zijn er geen bijzonderheden te melden.

Totaaloverzicht belastingschuld

- 11.52 Het overzicht van totale belastingschuld van Flexenergie per datum faillissement luidt:

	Schuld ult. Boekjaar	STAND: administratie	Mutatie Boekhouding	BTW op kasstelsel	Corr. EB/ODE	STAND: feitelijk
2014	292.352					
2015	1.631.779					
2016	3.664.823					
2017	9.457.520					
2018-01		11.805.045	2.347.525		1.545.339	13.350.384
2018-02		15.585.746	3.780.701	-	1.366.314	18.497.399
2018-03		18.927.179	3.341.433	1.014.698	1.135.119	23.988.649
2018-04		16.342.902	-2.584.277	-22.204	-682.366	20.699.802
2018-05		16.676.504	333.602	213.815	767	21.247.986
2018-06		11.273.261	-5.403.243	238.891	-20.238	16.063.396
2018-07		11.153.061	-120.200	-328.948	50.124	15.664.371
2018-08		11.250.381	97.320	-170.785	-37.348	15.553.558
2018-09		9.674.568	-1.575.813	-209.844	7.462	13.775.363
Faillissement						14.569.827

12 Het ontstaan van de schuld aan klanten

- 12.1 Flexenergie heeft op ieder moment van het jaar per individuele klant een schuld of een vordering.

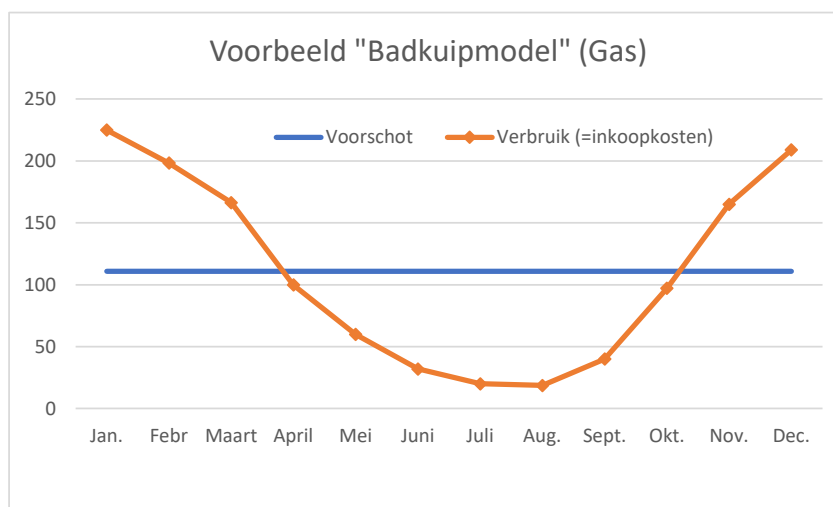
Voorbeeld 1

Klant A resp. B heeft een contract voor onbepaalde tijd zonder welkomstkorting dat inmiddels zes maanden loopt. A resp. B betaalde aan voorschotten € 1.500,= en gebruikte aan energie € 1.250,= resp. € 1.750,=. Flexenergie heeft per saldo dus een schuld aan A resp. een vordering op B van € 250,=. Die schuld resp. vordering zal bij de jaarafrekening vereffend worden.

Voorbeeld 2

Klant C heeft een jaarcontract dat inmiddels zes maanden loopt. C betaalde aan voorschotten € 900,= en gebruikte aan energie € 950,=. C heeft echter ook recht op een welkomstkorting van € 100,= die bij na afloop van het jaar uitgekeerd wordt. Flexenergie heeft dus per saldo een schuld van € 50,= aan C die bij het einde van het contract vereffend zal worden.

- 12.2 Eerder werd al gerefereerd aan het hieronder grafisch weergegeven “badkuipmodel”, dat inhoudt dat een energieleverancier, bij een constante opbrengst van vaste maandelijksse voorschotten, in de zomer lagere inkoopkosten aan energie heeft dan het maandgemiddelde van de voorschotten en in de winter juist hogere inkoopkosten dan dit maandgemiddelde. Met andere woorden: aan het einde van het derde kwartaal van het kalenderjaar zal een energieleverancier - zeker indien de intake van nieuwe klanten vlak voor of in de zomer plaatsvindt, wat gebruikelijk is - relatief ruim in de liquide middelen zitten en per saldo een schuld aan haar klanten hebben (er is immers in het tweede en derde kwartaal door klanten meer aan voorschotten betaald dan zij aan energie verbruikt hebben) terwijl het aan het einde van het eerste kwartaal precies andersom is.



- 12.3 Dit feit alleen al maakt dat bij een energieleverancier die, zoals Flexenergie, vlak na het einde van dat derde kwartaal failliet gaat, de (liquiditeits)problemen heel groot geweest moeten zijn en al veel langer hebben moeten spelen: oktober is immers een maand dat energieleveranciers qua liquiditeiten redelijk ruim in hun jasje behoren te zitten.
- 12.4 Wat erger is: indien een energieleverancier juist in die periode failliet gaat, is de schuld aan klanten - over het hele jaar bezien - op zijn hoogst omdat de klanten, zoals gezegd, in het tweede en derde kwartaal (veel) meer aan voorschotten betaald hebben dan zij aan energie verbruikt hebben.
- 12.5 Onderstaand overzicht van de ontwikkeling van de schuld van Flexenergie aan klanten in de periode 2014 - 2018 toont dit aan (min is schuld aan consument, in € 1.000):

	<i>Definitief Ult. 2014</i>	<i>Definitief Ult. 2015</i>	<i>Definitief Ult. 2016</i>	<i>Concept Ult. 2017</i>	<i>Ongecorr. 30-9-2018</i>	<i>Mogelijke Correctie</i>	<i>Indicatie 30-9-2018</i>
Debiteuren (excl. Voorziening)	66	29	542	1.911	2.920		2.920
Debiteuren Voorziening	-24	-10	-352	-458	-458	p.m.	-458
Vooruitontvangen bedragen					0		
Tussenrekening omzet SH					-4.210	731	-3.479
Waarborgsommen klanten	-492	-1.440	-1.513	-714	-714	580	-134
Saldo Prepaid tegoed		-32	-242	-0	-0		-0
Te betalen kortingen	-37	-259	-1.324	-2.590	-1.579		-1.579
Timing verschil SJV <> Verbruik	p.m.	p.m.	p.m.	p.m.	-3.997	-4.298	-8.295
Conform jaarrekening / administratie	-487	-1.711	-2.889	-1.850	-8.038	-2.987	-11.025
Mogelijke correcties					-3.000	-2.987	
							-11.025

Voor een toelichting op de correcties zij verwezen naar **bijlage 48**.

12.6 Het volgende overzicht ziet specifiek op 2018 (hierin zijn de correcties nog niet verwerkt):

	<u>2018-01</u>	<u>2018-02</u>	<u>2018-03</u>	<u>2018-04</u>	<u>2018-05</u>	<u>2018-06</u>	<u>2018-07</u>	<u>2018-08</u>	<u>2018-09</u>
Debiteuren (excl. Voorziening)	2.799	3.270	3.823	3.859	4.287	4.196	3.794	3.148	2.920
Debiteuren Voorziening	-458	-458	-458	-458	-458	-458	-458	-458	-458
Vooruitontvangen bedragen			-5.844	-5.706	-6.951	-8.323	-6.418	-5.434	0
Tussenrekening omzet SH									-4.210
Waarborgsommen klanten	-714	-714	-714	-714	-714	-714	-714	-714	-714
Saldo Prepaid tegoed	-0	-0	-0	-0	-0	-0	-0	-0	-0
Te betalen kortingen	-2.909	-3.321	-3.584	-3.827	-3.667	-3.714	-2.818	-1.802	-1.579
Timing verschil SJV <-> Verbruik	902	2.046	3.226	3.302	2.089	539	-1.073	-2.675	-3.997
	-380	822	-3.550	-3.545	-5.413	-8.473	-7.687	-7.935	-8.038

Dit overzicht bevestigt dat de onderneming na januari 2018 “op de pof” geleefd heeft door haar klanten als - ongewilde - financiers van haar enorme verliezen te laten fungeren. Het negatieve resultaat over de eerste 9 maanden van 2018 van afgerond € 10 miljoen⁸⁰ houdt gelijke tred met de toename van de schuld aan klanten in 2018: van € 380.000,= per eind januari 2018 tot meer dan € 11 miljoen (na correcties) per 30 september 2018. Zoals eerder uiteengezet was, los van de klanten, de belastingdienst - met een vordering per datum faillissement van afgerond € 14,6 miljoen - de grootste financier van de structurele verliezen van Flexenergie.

⁸⁰ Zie hoofdstuk 6 en bijlage 16.

13 De rol van het bestuur

13.1 Uit de voorgaande hoofdstukken kunnen de volgende bevindingen worden gedestilleerd:

- Gedurende de bijna vijf jaren van haar bestaan als energieleverancier heeft Flexenergie jaar op jaar verlies geleden; de verliezen werden ieder jaar groter.
- Een belangrijke oorzaak van deze verliezen is dat het business model van Flexenergie intrinsiek verlieslatend was.
- Een andere belangrijke oorzaak is dat Flexenergie op geen moment in de periode 2014 - 2018 haar AO/IC op orde had. Zij beschikte daarmee niet over adequate management-/stuurinformatie.
- Als gevolg daarvan verkreeg Flexenergie nimmer een goedkeurende accountantsverklaring bij haar jaarrekeningen.
- Het steeds maar weer inzetten op verdere groei was in feite een vlucht naar voren die de - financiële en organisatorische - problemen van Flexenergie alleen maar groter maakte, niet alleen omdat nieuwe klanten in het eerste jaar doorgaans zwaar verlieslatend waren, maar ook omdat Flexenergie niet over een AO/IC beschikte die de aanwas van nieuwe klanten adequaat kon verwerken.
- Zustervenootschap Green Four werd als schakel zonder eigen toegevoegde waarde tussen Flexenergie en haar IT-leveranciers gezet, waardoor ten nadele van Flexenergie en ten gunste van Kandiah en Sampar geld weglekte.
- De belastingdienst en klanten werden misbruikt als - ongewilde - financiers van de miljoenenverliezen van Flexenergie, in totaal voor meer dan € 20 miljoen per faillissementsdatum.
- Er werden bewust onjuiste - want te lage - belastingaangiften gedaan, tot vijf keer toe zelfs een nulaangifte.

13.2 Het bestuur van Flexenergie is primair verantwoordelijk voor deze constatering. Daarmee staat vast dat het bestuur gefaald heeft in de vervulling van essentiële bestuurstaken, waaronder de taak om (i) een deugdelijke administratie te voeren (zie art. 2:10 BW), (ii) het vennootschappelijk belang - en niet (mede) eigen belangen - de enige leidraad voor het bestuurshandelen te laten zijn, (iii) zorgvuldig om te gaan met de belangen van schuldeisers en klanten van de vennootschap (iv) prudent financieel beleid te voeren en (v) met voldoende

ervaring van de relevante markt een haalbaar business model te implementeren.

- 13.3 Over de onderlinge verhoudingen tussen - en de taakopvatting van - Kandiah en Sampar geven de volgende citaten uit de woordelijke notulen van de gesprekken die de curator met hen voerde op 4 juni resp. 7 juni 2021 een veelzeggend inkijkje.

Gespreksverslag Kandiah

Van Andel: In de eisen van de vergunning daar staat dat die vergunning kan worden verleend als je over een aantal kwaliteiten beschikt. Onder andere organisatorische, technische en financiële kwaliteiten. We hebben natuurlijk later - dat zal je niet verbazen en dat heeft de accountant geconstateerd - mag ik het zo zeggen dat jullie op zijn minst moeite hadden om de administratie op orde te krijgen en inzichtelijk te krijgen et cetera. De AO/IC noemen we dat dan maar. De Administratieve Organisatie/Interne Controle. Dan kom ik even op die tweede vraag. Wie was precies voor welk expertiseveld het primaire aanspreekpunt? (...)

Kandiah: Kijk. Over het algemeen. Ik ben altijd ondersteunend geweest. Laat ik dat vooropstellen. Ook vanaf het moment van de oprichting tot Jaap Bakker het van ons over nam. Sathees besloot om naar Engeland te gaan. Ook naar Jaap en naar Marco. Ik ben altijd ondersteunend geweest. En dat heb ik ook altijd aangegeven. Aan Sathees ook. Ik heb wel een financiële achtergrond, maar ik heb niet de capaciteit om die grote groep te gaan aansturen en leiding te gaan geven. Dat heb ik ook nooit gewild.

Van Andel: Maar hoe verhoudt zich dat tot het feit dat je bestuurder bent naast Sathees?

Kandiah: Nou ja, dat is vanuit de oprichting.

Van Andel: Als ik jou dit hoor zeggen dan lijkt het logischer dat Sathees de bestuurder is en dat jij zijn rechterhand bent. Maar niet als bestuurder. Want als bestuurder - althans als ik kijk naar het vennootschapsrecht - dan sta je naast hem. En wat jij nu zegt dat sluit aan bij wat je bij de ACM gezegd hebt? Waarom was jij dan ondersteunend? Omdat Sathees meer ervaring had?

Kandiah: Ja, Sathees is meer gekwalificeerd dan ik en hij heeft ook meer expertise. IT en organisatorisch. Kijk, weliswaar heb ik een financiële achtergrond. Ik heb hem geassisteerd en geholpen. Maar om te zeggen dat het een gelijk veld is: nee. Wel vanuit het aandeelhouderschap. We zijn allebei samen gestart.

Van Andel: Nee, ik heb het niet over de aandeelhouders. Dat is iets totaal anders. (...) Het gaat om het bestuur. Jij zegt: ik was ondersteunend. Want je zegt: je zag jezelf niet als iemand die leiding gaf aan een bedrijf met tientallen mensen.

Kandiah: Nee. Dat kan iedereen ook beamen dat dat zo is.

Van Andel: Sathees wel?

Kandiah: Sathees bezat wel die capaciteit. Ja. (...) Hij was bij de oprichting/start eindverantwoordelijk.

(...)

Kandiah: De energiemarkt was nieuw voor ons. Laat ik dat voorop stellen. Op energiegebied waren we onervaren. Tijdens mijn studietijd heb ik gewerkt voor een telecombedrijf Lebara, waar prepaid beltegoeden werden verkocht. En vanaf het begin, de oprichting, heb ik de eigenaar meegeholpen met distributie et cetera. Van hoe zo'n prepaid beltegoed werkte. En toen kwam ik er samen met Sathees op van waarom zou dit niet in de energiemarkt werken. En zo zijn we erin gerold.

(...)

Kandiah: In 2018 was Marco de bestuurder, de leidinggevende. Ik heb hem ondersteund. (...)

Van Andel: Jullie waren samen bestuurder in die tijd?

Kandiah: Ik ben vanuit de oprichting steeds bestuurder. Maar het was Marco die de leiding gaf.

Van Andel: Ja wacht even Siva. In het Nederlandse recht zijn de bestuurders allebei verantwoordelijk.

Kandiah: Ja de feitelijke leidinggevers. Dat is een wezenlijk verschil.

Van Andel: Een bestuurder is eindverantwoordelijk voor de gang van zaken.

Kandiah: Als je bij de KvK ingeschreven staat als bestuurder, wil dat niet zeggen dat je dan ook de bestuurder bent van het bedrijf.

Van Andel: Dat begrijp ik niet. (...)

Kandiah: Ja, je moet ook wel daadwerkelijk feitelijk de leiding geven om een bestuurder te zijn.

Van Andel: Nee.

Kandiah: Je kan als bestuurder ingeschreven staan. Maar dat wil niet zeggen dat je dan ook [feitelijk leiding geeft]. Stel dat je vanuit de oprichting een bestuurder bent en je bent niet betrokken bij het bedrijf, ja.

Van Andel: Jawel maar dat bedoel ik. Dan klopt dat toch niet. Een bestuurder hoort toch feitelijk leiding te geven. Of zeg jij: het is normaal dat er een bestuurder is, die weliswaar staat ingeschreven, vanaf de oprichting zeg je steeds, maar dat hoeft niet degene te zijn die feitelijk leiding geeft? Is dat wat je zegt?

Kandiah: Nou ja, goed, zo heb ik het gezien. Ik sta ingeschreven, maar goed ja.

Van Andel: Jij hebt jezelf nooit als feitelijk leidinggevende van het bedrijf gezien?

Kandiah: Niet de eindverantwoordelijke, nee.

Van Andel: Niet de eindverantwoordelijke. Dus zeg jij: dat het was aanvankelijk Sathees, daarna was het Jaap Bakker.

Kandiah: Ja.

Van Andel: Vervolgens komt er een periode dat Marco nog niet ingeschreven staat. Maar goed. Jij zegt na het vertrek van Jaap Bakker was het vervolgens Marco van Katwijk.

Kandiah: Ja. Zo hebben we ze toch ook aangenomen.

Van Andel: Heb jij jezelf in al die vier jaren niet als eindverantwoordelijke gezien?

Kandiah: Niet dat je zegt van joh jij bent [eindverantwoordelijke]. Nee.

Gespreksverslag Sampar

Van Andel: Een opvallend punt in het gesprek met Siva - ik noem hem maar even Siva - was dat hij eigenlijk zei: ja, ik was formeel wel bestuurder, maar ik was eigenlijk de rechterhand of de ondersteuning van Sathees. Die was eigenlijk de baas. En toen hebben wij hem erop gewezen: als je als bestuurder staat ingeschreven dan heb je een bestuurdersverantwoordelijkheid. En het leek er eigenlijk op dat hij dat zelf nooit zo gezien heeft. Wat is uw herinnering daaraan?

Sampar: Ja, dat is wel een goeie. Want eerlijk gezegd was ik daarvan niet op de hoogte. Ik neem wel de verantwoordelijkheid. Ik was vanaf het begin directeur. Dus even voor de zekerheid tot en met oktober 2016. Exact weet het even niet meer. Maar tot ergens in 2016 was ik de directeur. (...)

Van Andel: Jawel maar waar het mij om gaat is het volgende. Stonden jullie als directeuren naast elkaar. Of was het in de praktijk zo dat u eigenlijk de baas was en dat hij uw ondersteuning was. Formeel - laat dat duidelijk zijn - waren jullie allebei bestuurders. Dat is vennootschapsrechtelijk zo. Mijn vraag is: hoe was het nou eigenlijk in de praktijk? Stonden jullie in de praktijk naast elkaar of stond hij onder u?

Sampar: Nou, eerlijk gezegd hebben we daar nooit afspraken over gemaakt. Dus wat ik deed. Vanwege mijn achtergrond hield ik me met name bezig met IT. Met zaken rondom de ACM hield ik me ook bezig. En marketing en sales. Dat is wel mijn domein. Dus daar hield ik mij met name zelf mee bezig. En Siva met andere zaken dan. Maar we hebben daar nooit echt goeie afspraken over gemaakt.

Van Andel: Welke zaken deed Siva dan precies?

Sampar: Hij deed heel veel klantenservice. En financiële administratie. Volgens mij was dat het een beetje denk ik. Er was ook wat overlapping. Dus stel dat hij wat input nodig had voor de financiële administratie. Dat gaf ik dan. Want dat zou dan vanuit het CRM-systeem moeten komen. Dus dat was een beetje wat wij hebben gedaan.

Van Andel: Nu even over die periode. Wij zien inderdaad. Wat ik weet is dat u eind 2016/begin 2017 naar Engeland gegaan bent.

Sampar: Ja.

Van Andel: U bent in het jaar 2017 nog wel bestuurder. U treedt terug als bestuurder, uit mijn hoofd gezegd per eind 2017.

Sampar: Even voor de duidelijkheid. In 2016 was ik al weg. Maar volgens mij is het administratief later verwerkt. (...)

Van Andel: (...) U was kennelijk naar Engeland gegaan. Maar omdat u nog als bestuurder staat ingeschreven in 2017 en ook een management fee ontving, gingen wij ervan uit dat u nog gewoon vanuit Engeland meebestuurde. Is dat een goed beeld of niet?

Sampar: Ik ga ervan uit dat u ook met andere mensen hebt gesproken. Ergens in 2016 - de exacte datum weet ik niet - was ik geen meer bestuurder van EnergieFlex. (...)

Van Andel: Wacht even. Ik probeer even het jaar 2017 in kaart te brengen.

Feit is dat u pas eind 2017 als bestuurder bent uitgeschreven. Dat is een feit. Dat kan ik gewoon in de Kamer van Koophandel zien. Wat ik nu probeer te achterhalen is of u in 2017 nog feitelijk als manager van FlexEnergie was betrokken. Dat is gewoon een vraag.

Sampar: Nee dat was ik niet. Ik was al ergens in 2016 vertrokken. Dus dat staat even los hoe het in de KvK stond. Dat kan ik me ook nu niet volledig herinneren. Dat is inmiddels al vijf jaar terug. Maar in feite heb ik het aan Jaap Bakker overgedragen. Ik heb wel een periode gehad dat ik vanwege de overdracht wat begeleiding heb gegeven. In feite was ik al ergens in 2016 weg.

Van Andel: Maar dan is toch een vraag. U was dus in 2015-2016 fulltime betrokken. En in 2017 niet meer. Maar dan is het wel opmerkelijk dat uw management fee hetzelfde blijft.

Sampar: Kan ik daar op terugkomen?

Van Andel: Ja als u daar even op terug wil komen.

(...)

Van Andel: U zegt ik heb feitelijk in 2017 geen bestuursfunctie vervult.

Sampar: Klopt. (...)

Van Andel: Oké. Maar kortom ik stel u een vraag over de belastingpositie 2017 en u zegt: daar kan ik verder geen antwoord op geven. Beluister ik dat goed?

Sampar: Ja precies.

Van Andel: Oké. Eigenlijk zegt u: ik kan eigenlijk alleen vragen over de periode 2014 tot en met 2016 beantwoorden. Zie ik dat goed?

Sampar: Ja, klopt helemaal.”

- 13.4 De curator kan niet anders dan concluderen - op basis van de eigen mededelingen van Sampar - dat hij in 2017 feitelijk geen bestuurswerkzaamheden meer verricht

heeft, maar (via zijn personal holding AP0203) over de eerste negen maanden van 2017 nog wel management fee heeft genoten. Het gaat om een bedrag van € 120.000,= exclusief BTW.

13.5 Uit de hiervoor aangehaalde citaten blijkt dat:

(i) Kandiah zich nooit als - eindverantwoordelijk - bestuurder van Flexenergie beschouwd heeft, ondanks dat hij vanaf de oprichting tot aan het faillissement van Flexenergie onafgebroken bestuurder van de vennootschap geweest is; hij zag zichzelf louter in een ondersteunende rol in relatie tot aanvankelijk Sampar, later Bakker en weer later Van Katwijk en;

(ii) Sampar zich vanaf zijn vertrek naar Engeland omstreeks het vierde kwartaal van 2016 niet langer als - eindverantwoordelijk - bestuurder van Flexenergie beschouwde, hoewel hij blijkens het Handelsregister tot 27 augustus 2018 ingeschreven stond als bestuurder van Flexenergie en zich op die dag heeft laten uitschrijven als bestuurder met terugwerkende kracht per 31 oktober 2017.

13.6 Beide zienswijzen (zowel van Kandiah als van Sampar) getuigen naar het oordeel van de curator van een taakopvatting die geen redelijk handelend bestuurder in de gegeven omstandigheden had behoren te huldigen.

14 De rol van de ACM

Regelgeving

- 14.1 Artikel 95a e.v. van de Elektriciteitswet 1998 (**Elektriciteitswet**) gaan over de vergunning voor de levering van elektriciteit aan kleinverbruikers. De volgende bepalingen zijn met name van belang.

Artikel 95a lid 1

*Het is verboden zonder vergunning elektriciteit te leveren aan afnemers die beschikken over een aansluiting op een net met een totale maximale doorlaatwaarde van ten hoogste 3*80 A.*

Artikel 95b lid 1

Een houder van een vergunning heeft de plicht op een betrouwbare wijze en tegen redelijke tarieven en voorwaarden zorg te dragen voor de levering van elektriciteit aan iedere in artikel 95a, eerste lid, bedoelde afnemer die daarom verzoekt. (...)

Artikel 95b lid 2

Een houder van een vergunning verschaft de Autoriteit Consument en Markt ieder jaar en vier weken voor de wijziging van de tarieven een opgave van de tarieven die hij berekent en de voorwaarden die hij gebruikt bij de levering van elektriciteit aan de in artikel 95a, eerste lid, bedoelde afnemers.

Artikel 95d lid 1

Onze Minister verleent op aanvraag een vergunning indien de aanvrager genoegzaam aantoont dat hij:

- a. beschikt over de benodigde organisatorische, financiële en technische kwaliteiten voor een goede uitvoering van zijn taak;*
- b. redelijkerwijs in staat kan worden geacht de verplichtingen als opgenomen in dit hoofdstuk na te komen.*

Artikel 95d lid 2

Bij algemene maatregel van bestuur worden nadere regels gesteld met betrekking tot de inhoud van en de procedure voor aanvraag van een vergunning

en de criteria, bedoeld in het eerste lid.

Artikel 95e lid 1

Onze Minister kan voorschriften en beperkingen verbinden aan een vergunning.

Artikel 95e lid 2

Onze Minister kan de aan een vergunning verbonden voorschriften of beperkingen wijzigen.

Artikel 95f lid 1

Onze Minister kan een vergunning intrekken, indien:

- a. de houder van de vergunning dit verzoekt;*
- b. de houder van de vergunning in onvoldoende mate voldoet aan de verplichting, bedoeld in artikel 95b;*
- c. de houder van de vergunning de in de vergunning opgenomen voorschriften of opgelegde beperkingen niet nakomt;*
- d. de houder van de vergunning bij de aanvraag onjuiste of onvolledige gegevens heeft verstrekt en de verstrekking van juiste en volledige gegevens tot een andere beschikking op de aanvraag zou hebben geleid;*
- e. de houder van de vergunning naar het oordeel van Onze Minister om andere redenen niet langer in staat moet worden geacht de vergunde activiteit of in de vergunning opgenomen voorschriften na te komen;*
- f. de houder van de vergunning de voorschriften bij of krachtens de artikelen 95k en 95l niet nakomt.*

- 14.2 De Gaswet 2000 (**Gaswet**) bevat in de artikelen 43 t/m 47 een vergelijkbare regeling. Een kleinverbruiker in de zin van de Gaswet is op grond van artikel 43 een afnemer die beschikt over een aansluiting op een net met een totale maximale capaciteit van ten hoogste 40 m³(n) per uur. De artikelen 45 t/m 47 Gaswet zijn vrijwel woordelijk gelijk aan de artikelen 95d t/m 95f Elektriciteitswet.

- 14.3 Het Besluit vergunning levering elektriciteit aan kleinverbruikers (**Bve**) bepaalde van 1 april 2013 tot 1 oktober 2018⁸¹ voor zover hier van belang:

Artikel 1

In dit besluit wordt verstaan onder:

- a. wet: de Elektriciteitswet 1998;*
- b. kleinverbruiker: de in artikel 95a, eerste lid, van de wet bedoelde afnemer;*
- c. vergunning: de vergunning als bedoeld in artikel 95a, eerste lid, van de wet;*
- d. aanvraag: de aanvraag om een vergunning voor de levering van elektriciteit aan kleinverbruikers;*
- e. aanvrager: degene die een vergunning voor de levering van elektriciteit aan kleinverbruikers aanvraagt;*
- f. erkenning als volledig programma-verantwoordelijke: de door de netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnet op basis van de voorwaarden, vastgesteld ingevolge artikel 36 of artikel 37 van de wet, afgegeven erkenning van een partij als volledig programma-verantwoordelijke.*

Artikel 2

- 1. Een aanvraag voor een vergunning wordt bij de Autoriteit Consument en Markt ingediend.*
- 2. De aanvraag voor een vergunning bevat in aanvulling op artikel 4:2, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht:*
 - a. de overeenkomst van erkenning als volledig programma-verantwoordelijke van de aanvrager of een contract van de aanvrager met een andere partij voor het overdragen van de programma-verantwoordelijkheid en de erkenning als volledig programma-verantwoordelijke van deze partij,*
 - b. een recente jaarrekening of een openingsbalans, welke is voorzien van een verklaring omtrent de getrouwheid, ondertekend door een accountant als bedoeld in artikel 393, eerste lid, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek,*

⁸¹ Het Bve is met ingang van 1 oktober 2018 gewijzigd. Enkele weken later ging Flexenergie failliet. Voor het onderzoek is die wijziging verder niet van belang.

- c. een recente verklaring van de rechtbank op basis van de registers, bedoeld in de artikelen 19 en 222a van de Faillissementswet, waaruit blijkt dat de aanvrager niet in staat van faillissement verkeert en dat de aanvrager geen surseance van betaling is verleend,*
- d. een beschrijving van de organisatie van de aanvrager, waarin in ieder geval is opgenomen de voorziene administratieve organisatie, met inbegrip van de financiële administratie, en de interne of externe controle hierop,*
- e. voorbeelden van alle door de aanvrager gehanteerde offertes en overeenkomsten voor kleinverbruikers met de hierbij behorende algemene voorwaarden en*
- f. de door de aanvrager gehanteerde klachten- en geschillenregeling voor kleinverbruikers.*

Artikel 3

- 1. De aanvrager beschikt over de benodigde organisatorische, financiële en technische kwaliteiten indien:*
 - a. de aanvrager of, indien de aanvrager de programma-verantwoordelijkheid heeft overgedragen, degene aan wie de aanvrager de programma-verantwoordelijkheid heeft overgedragen, voor voldoende lange termijn een erkenning als volledig programma-verantwoordelijke is verleend,*
 - b. de aanvrager over een goede administratieve organisatie, met inbegrip van de financiële administratie, en over een goede interne of externe controle hierop beschikt,*
 - c. de aanvrager niet in staat van faillissement verkeert en*
 - d. de aanvrager geen surseance van betaling is verleend.*
- 2. De aanvrager hanteert redelijke voorwaarden indien hij:*
 - a. duidelijke offertes en overeenkomsten hanteert, waarin de hoogte van de tarieven en de opbouw hiervan is aangegeven,*

- b. een transparante en redelijke betalingsregeling hanteert,*
- c. een transparante en redelijke regeling voor het opzeggen of ontbinden van overeenkomsten hanteert en*
- d. in staat is klachten en geschillen op een adequate wijze te behandelen.*

14.4 Het Besluit vergunning levering van gas aan kleinverbruikers (**Bvg**) bepaalde van 1 april 2013 tot 1 oktober 2018⁸² voor zover hier van belang:

Artikel 1

In dit besluit wordt verstaan onder:

- a. wet: de Gaswet;*
- b. kleinverbruiker: de in artikel 43, eerste lid, van de wet bedoelde afnemer;*
- c. vergunning: de vergunning, bedoeld in artikel 43, eerste lid, van de wet;*
- d. aanvraag: de aanvraag om een vergunning voor de levering van gas aan kleinverbruikers;*
- e. aanvrager: degene die een vergunning voor de levering van gas aan kleinverbruikers aanvraagt.*

Artikel 2

- 1. Een aanvraag voor een vergunning wordt bij de Autoriteit Consument en Markt ingediend.*
- 2. De aanvraag voor een vergunning bevat in aanvulling op artikel 4:2, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht:*
 - a. een schatting van de verwachte afzet aan kleinverbruikers gedurende tenminste de eerste 12 maanden na het verlenen van de vergunning,*
 - b. één of meer overeenkomsten ten behoeve van de inkoop van gas en voor het daarvoor benodigde transport,*
 - c. een recente jaarrekening of een openingsbalans, welke is voorzien van een verklaring omtrent de getrouwheid, ondertekend door een accountant als bedoeld in artikel 393, eerste lid, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek,*

⁸² Het Bvg is met ingang van 1 oktober 2018 gewijzigd. Enkele weken later ging Flexenergie failliet. Voor het onderzoek is die wijziging verder niet van belang.

- d. een recente verklaring van de rechtbank op basis van de registers, bedoeld in de artikelen 19 en 222a van de Faillissementswet, waaruit blijkt dat de aanvrager niet in staat van faillissement verkeert en dat de aanvrager geen surseance van betaling is verleend,*
- e. een beschrijving van de organisatie van de aanvrager, waarin in ieder geval is opgenomen de voorziene administratieve organisatie, met inbegrip van de financiële administratie, en de interne of externe controle hierop,*
- f. voorbeelden van alle door de aanvrager gehanteerde offertes en overeenkomsten voor kleinverbruikers met de hierbij behorende algemene voorwaarden en*
- g. de door de aanvrager gehanteerde klachten- en geschillenregeling voor kleinverbruikers.*

Artikel 3

- 1. De aanvrager kan redelijkerwijs in staat worden geacht de verplichtingen als opgenomen in hoofdstuk 5 van de Gaswet na te komen indien hij over zodanige inkoop- en transportcontracten beschikt dat hij, gelet op de te verwachten afzet, in staat zal zijn om op een betrouwbare wijze zorg te dragen voor de levering van gas aan iedere kleinverbruiker die daarom verzoekt.*
- 2. De aanvrager beschikt over de benodigde organisatorische, financiële en technische kwaliteiten indien:*
 - a. de aanvrager financieel in staat is de termijn tussen uitgaven voor inkoop van gas en transportcapaciteit en inkomsten van kleinverbruikers te overbruggen,*
 - b. de aanvrager over een goede administratieve organisatie, met inbegrip van de financiële administratie, en over een goede interne of externe controle hierop beschikt,*
 - c. de aanvrager niet in staat van faillissement verkeert en*
 - d. de aanvrager geen surseance van betaling is verleend.*
- 3. De aanvrager hanteert redelijke voorwaarden indien hij:*
 - a. duidelijke offertes en overeenkomsten hanteert, waarin de hoogte van de tarieven en de opbouw hiervan is aangegeven,*

- b. een transparante en redelijke betalingsregeling hanteert,
 - c. een transparante en redelijke regeling voor het opzeggen of ontbinden van overeenkomsten hanteert,
 - d. in staat is klachten en geschillen op een adequate wijze te behandelen, en
 - e. voorwaarden hanteert die in overeenstemming zijn met hetgeen bij of krachtens de wet is bepaald met betrekking tot de intrekking van de vergunning.
4. De inkoopcontracten, bedoeld in het eerste lid, bevatten geen beding tot ontbinding van rechtswege van die overeenkomst ingeval aan de aanvrager surseance van betaling is verleend of deze failliet is verklaard, dan wel ingeval diens surseance of faillissement is aangevraagd, dan wel ingeval diens vergunning zal worden ingetrokken, noch bedingen, die het de toeleverancier mogelijk maken in die gevallen de nakoming van de verbintenissen op te schorten of te ontbinden of onder gewijzigde voorwaarden voort te zetten, een en ander voorzover betrekking hebbend op de levering van gas ten behoeve van kleinverbruikers.

De vergunningverlening aan Flexenergie

- 14.5 De formele aanvraag door Flexenergie voor een vergunning is ingediend bij de ACM op 25 september 2013, voorzien van diverse bijlagen (**bijlage 49**).
- 14.6 Omdat de vennootschap net was opgericht, was er nog geen jaarrekening beschikbaar. In de Business Case wordt de volgende openingsbalans weergegeven:

	<u>Debet</u>		<u>Credit</u>
Materiële vaste activa	10.000	Eigen vermogen:	
		Aandelenkapitaal	50.000
Voorfinanciering BTW	7.665	Inbreng	11.000
Aanloopkosten	21.500		
Bank	155.835	Vreemd vermogen:	
		Achtergestelde lening	139.000
Onvoorzien	5.000		
	<u>200.000</u>		<u>200.000</u>

- 14.7 Voor de vergunningsaanvraag was op grond van Bve en Bvg nodig een:

“beschrijving van de organisatie, waarin in ieder geval is opgenomen:

- *administratieve organisatie, met inbegrip van de financiële administratie*
- *de interne of externe controle daarop”*

14.8 Bij Besluit van 13 januari 2015, uitgevaardigd ná de vergunningverlening aan Flexenergie in februari 2014, is hieraan een meer concrete invulling gegeven door de ACM middels het “Toetsingskader AO/IC”.⁸³ Hierin worden voor meerdere aspecten concrete maatregelen en processen genoemd waarvan de ACM verwacht dat de aanvrager daarover beschikt, zoals:

- een geformaliseerd risicobeheersingsproces om het prijsrisico op de vaste prijs portefeuille tot een aanvaardbaar risico te beperken;
- minimaal maandelijks een liquiditeitsprognose;
- een beschrijving van de energiebalans en het proces van verbandcontrole tussen ingekochte energie en de verkochte energie;
- een contractenregister verkoop en inkoop.

14.9 Aanvullend is toen ook de eis gesteld voor een *“assurance-rapport van een onafhankelijke accountant over de AO/IC”*.⁸⁴ Op de website van ACM is daartoe *“Bijlage 2 instructie opdracht aan accountant”* beschikbaar gesteld. Daarin worden drie aspecten genoemd waarover de accountant een oordeel moet geven:

- a. of de beschreven opzet van de AO/IC voldoet aan het Toetsingskader AO/IC;
- b. of de beschreven opzet ook zo is geïmplementeerd;
- c. wat het realiteitsgehalte van de beschreven opzet is in relatie tot de aard en omvang van de activiteiten en processen van de aanvrager.

14.10 Hoe dit moet worden beoordeeld bij een energieleverancier met - zoals Flexenergie - een vennootschap die net is opgericht, blijkt hier niet uit. In haar reactie op het onderzoeksrapport d.d. 30 juli 2021 heeft de ACM in dit verband het volgende opgemerkt: *“Aangezien een leverancier niet aan kleinverbruikers mag leveren zonder een vergunning, kan bij vergunningverlening de werking van de AO/IC niet getoetst worden.”*

14.11 In de vergunningaanvraag van Flexenergie wordt de AO/IC beschreven. In de inleiding van dat gedeelte daarvan staat: *“Eén van de oprichters van Flexenergie,*

⁸³ Te raadplegen via: https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/bijlagen/13743_bijlage-1-toetsingskader-ao-ic-2014-01-13.pdf.

⁸⁴ Te raadplegen via: https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/bijlagen/13743_bijlage-2-instructie-opdracht-aan-accountant-2015-01-13.pdf.

de heer S. Kandiah, is gespecialiseerd in Accounting & Control met voldoende ervaring in het beschrijven van de AO/IC”.

- 14.12 Het hoofdstuk AO/IC omvat twee pagina's waarbij onder de kop “Controle op informatie, verbandscontrole” wordt volstaan met enige voorbeelden. Ook bij de “Controle technische functiescheidingen” wordt volstaan met enige voorbeelden.

- 14.13 Opvallend is dat ten aanzien van de “Risicobeheersing” slechts twee verwijzingen zijn opgenomen, te weten naar de Business Case en naar de hoofdstukken 5 en 6 van een bijlage daarbij. In de Business Case zelf wordt niets vermeld over risicobeheersing. Hoofdstuk 5 van de bijlage gaat over “Integriteit protocol” met de constatering dat daaraan moet worden voldaan. Hoofdstuk 6 (“Systeem beveiliging en continuïteit”) bevat de verwijzing dat veel via de contractspartners EABO en ENEPA loopt, dat dagelijks een back-up wordt gemaakt en dat autorisatie op basis van profielen van de medewerkers zal plaatsvinden.

- 14.14 Er is geen sprake van enige duiding ten aanzien van bijvoorbeeld de beheersing van het prijsrisico dat Flexenergie bij haar in- en verkoop van energie zou kunnen lopen, iets dat met name in 2018 een grote rol zou gaan spelen.

- 14.15 Onder meer op 29 oktober 2013 is door ACM een verzoek tot het verstrekken van aanvullende informatie ingediend (**bijlage 50**), waarna op 4 november 2013 door Flexenergie meerdere documenten werden opgeleverd. In het verzoek wordt door de ACM nader ingegaan op de AO/IC en wordt in dat kader een zevental vragen gesteld:

Organisatie en proces

De administratieve organisatie en interne controle (hierna: AO/IC) blijkt bepalend te zijn voor een doelgericht en doelmatig functioneren van een organisatie. Om uw organisatorische kwaliteit te beoordelen is het van belang om inzicht te krijgen in de AO/IC van de organisatie. De interne controle omvat iedere controle door of ten behoeve van het management van een organisatie op de activiteiten van de leden van deze organisatie. Vragen die van belang zijn: Welke activiteiten vinden er plaats binnen uw onderneming. Welke leden voeren deze activiteiten uit en op welke wijze is de controle op deze activiteiten geregeld? Meer specifiek:

1. Hoeveel personen zijn er werkzaam binnen uw organisatie (a) en welke functie vervullen zij (b)?
2. Hoe zijn de hoofdactiviteiten, namelijk Sales en Marketing ingericht (a) en hoe zijn de taken en verantwoordelijkheden verdeeld?

De volgende processen zijn door u toegelicht en binnen deze processen heeft u de AO/IC beschreven:

- Aanmelding van klanten (incl. processchema)
- Procesfacturatie en verwerking (prepaid en niet-prepaid)
- Proces opwaardering en afwaardering (incl. processchema)

U heeft telefonisch reeds aangegeven dat de processen die niet beschreven zijn, zijn uitbesteed. Deze processen dienen echter wel omschreven te worden. Verder geeft u aan dat controle op deze processen door middel van rapportages kunnen plaatsvinden. Om inhoudelijk de kwaliteit van deze procedures te beoordelen, dienen wij een gedetailleerde weergave te ontvangen hoe en wanneer deze controle plaatsvindt. Gelden daar afspraken voor, bijvoorbeeld hoe frequent er een controle plaatsvindt? Is er wellicht een SLA met de verschillende dienstverleners overeengekomen? Zo ja, dan zouden we deze graag willen ontvangen.

3. Geef ook een weergave van de processen die uitbesteed zijn;
4. Hoe is de controle op de processen die uitbesteed zijn geregeld?
5. Hoe vaak vindt er een controle plaats?
6. Geldt er een SLA met de dienstverlener?

Naast de afzonderlijke processen en toepassing van de AO/IC binnen deze processen wil ik de toepassing van de AO/IC in de overkoepelende onderdelen, kunnen beoordelen. U heeft in de aanvraagformulier reeds enkele voorbeelden per onderdeel genoemd. Graag zouden we hier een volledig beeld van willen hebben.

7. Geef een zo volledig mogelijk weergave van de onderdelen van de AO/IC voor de gehele organisatie.

14.16 Het belangrijkste document dat naar aanleiding van dit verzoek wordt toegezonden is het boekje “Administratieve organisatie Flexenergie B.V.” (bijlage 51). Dit document heeft een hoog abstractiegehalte. Een deel van de gevraagde informatie, zoals een regeling rondom de controle op uitbesteede processen en de frequentie, ontbreekt.

14.17 Ten aanzien van de controle op inkoop en verkoop van energie wordt opgemerkt:

Controle op inkoop en verkoop van energielevering en slimme meter vindt als volgt plaats:

Soort contract	Soort factuur	Controle	Formule	Toelichting
Modelcontract	Inkoop factuur energie	Controle 1	Totaal hoeveelheid actieve aansluitingen van gas en stroom * inkoopprijs gebaseerd op profiel en product = inkoop factuurbedrag gas & stroom	Voorschotbedrag wordt door EnergieFlex zelf uit EDSN opgehaald.
	Inkoop factuur energie	Controle 2	(Totaal ontvangsten van energielevering + debiteuren) – (belastingen + marge + transport) = inkoop factuurbedrag gas & stroom	Wordt op steekproef uitgevoerd.

Wat hier ontbreekt is het feit dat inkooprijzen niet synchroon lopen met verkoopprijzen én dat tussentijdse switches in de praktijk pas een maand later in rekening worden gebracht. Deze aansluiting is zeker niet mogelijk bij de “modelcontracten” die ook werden aangeboden.

14.18 Ook de volgende passage roept vragen op:

Overige verband controles zijn:

- Opbrengsten – kostprijs verkopen = brutomarge
- Afboeking debiteuren = Opboeking liquide middelen.

14.19 In het model van de resultatenrekening is de brutomarge de uitkomst van het in mindering brengen van de kostprijs op de opbrengsten, het “verband” is dus altijd 100%. Een echte verbandscontrole is het leggen van een relatie tussen twee grootheden die beide een aparte bron hebben. Dat is dus hier niet het geval. Een echte verbandscontrole zou hier als kernelement hebben gehad:

$$\text{brutomarge} = \text{percentage winststopslag inkoop energie} \times \text{aandeel energie in de omzet} + \text{aantal aansluitingen in de maand} \times \text{vastrecht tarief}.$$

14.20 Het theoretische verband tussen debiteurenmutatie en liquide middelen werkt hier ook niet. Door én borgstortingen én prepaid betalingen is de opboeking in liquide middelen veel complexer dan de simpele, theoretische, formule die als voorbeeld is genoemd.

14.21 Op 14 november 2013 werden door de ACM een aantal aanvullende vragen gesteld (bijlage 52), die op 20 november 2013 door Flexenergie werden beantwoord

(waarbij door Flexenergie onder meer **bijlage 53** werd meegezonden). Inzake de risicobeheersing zijn vraag en antwoord als volgt:

6. Beschrijf op hoofdlijnen de methodiek om risico's tussen in- en verkooppunten te kunnen beheersen.	Risicobeheersing	De beheersing van in- en verkooppunten voor de vrije contracten is eenvoudig. De inkoop is op basis van werkelijk verbruik. Iedere maand wordt de inkoop en verkoop positie met elkaar vergeleken. Inkoop is op vooraf vastgesteld tarief. Voor het modelcontract is inkoop en verkoop op basis van profiel, de beheersing hiervan is op totaal niveau op jaarbasis.
---	------------------	---

Op basis van de Overeenkomst Anode is in opzet in belangrijke mate inderdaad het prijsrisico afgedekt. De beheersing/controle vereist dan bijvoorbeeld wel dat men de verkooppunten (contracten) per prijsgroep zichtbaar houdt.

- 14.22 In aanvulling op de gewenste beschrijving van de AO/IC wordt in het Bve en het Bvg expliciet de financiële administratie genoemd. Welke eisen hier specifiek worden gesteld, blijkt niet uit de regelgeving. Wel dienen in een bijlage bij de vergunningsaanvraag financiële cijfers te worden opgegeven, zoals informatie over de omzet, cashflow, resultaten en balans.
- 14.23 De vergunningvereisten beperken zich tot de aanvragende onderneming. Als die net is opgericht, zoals bij Flexenergie het geval was, valt er over die onderneming nog weinig te zeggen. Men kan hoogstens voornemens uiten, een bewezen *track record* is er immers niet. Er wordt geen informatie opgevraagd over de eigenaren/aandeelhouders en/of de bestuurders en hun ervaringen en kwalificaties voor het leiden van een onderneming in een complexe markt als de energiemarkt.
- 14.24 Voor de vereisten in verband met de financiële positie van de onderneming, geldt hetzelfde. Naast het vereiste dat de aanvrager niet in staat van faillissement mag verkeren of aan hem surseance van betaling mag zijn verleend, wordt in artikel 3 lid 2 sub a Bvg bepaald dat *“de aanvrager financieel in staat moet zijn om de termijn tussen uitgaven voor inkoop van gas en transportcapaciteit en inkomsten van kleinverbruikers te overbruggen”*. In haar reactie op het onderzoeksrapport d.d. 30 juli 2021 geeft de ACM aan dat zij dit beoordeelt bij de vergunningverlening en op dat moment onderzoekt *“of de aanvrager voldoende liquide middelen tot zijn beschikking heeft om over een periode van een jaar het bedrijf in stand te houden.”*

Uit de stukken blijkt niet hoe de ACM dit heeft getoetst.

- 14.25 In de Business Case is een drietal scenario's geprognosticeerd (bedragen x € 1.000,=):

	Scenario 1 - "geleidelijke groei"			Scenario 2 - "meer debiteurenverlies / kosten"			Scenario 3 - "lage groei, hoge opzeggingen"		
	2014	2015	2016	2014	2015	2016	2014	2015	2016
# klanten (saldo)	2.280	5.382	10.518	2.280	5.382	10.518	1.202	2.451	5.754
Omzet	855	3.412	7.320	855	3.412	7.320	432	1.637	3.972
Inkoopwaarde omzet	-670	-2.703	-5.608	-670	-2.703	-5.608	-341	-1.302	-3.237
Bruto winst	185	708	1.712	185	708	1.712	91	336	735
Aanloopkosten	-37			-37			-37		
Bedrijfskosten	-279	-539	-947	-327	-598	-1.174	-210	-386	-820
Netto winst	-131	169	765	-178	111	538	-156	-51	-85
Kas saldo op 31 dec.	247	602	1.353	200	496	1.019	128	166	444
Borg saldo op 31 dec.	466	1.074	2.128	466	1.074	2.128	238	735	2.004

- 14.26 In de hoofdstukken 6 en 8 is reeds ingegaan op het - intrinsiek verlieslatende - business model van Flexenergie in de praktijk en op de financiële cijfers over de jaren vanaf 2014. Beide wijken zozeer af van de door Flexenergie bij de vergunningaanvraag getoonde prognose over de jaren 2014 t/m 2016, dat die prognose niet anders gekwalificeerd kan worden dan als volkomen irrealistisch en als een realiter niet te toetsen "spreadsheet-invuloefening" van achter een bureau door twee personen (Kandiah en Sampar) die op dat moment nog geen kaas gegeten hadden van de energiemarkt en daar ook geen enkele ervaring mee hadden.
- 14.27 Daarbij komt dat de ACM over het genoemde scenario 3 nog aanvullende vragen heeft gesteld waarop door Flexenergie op 16 januari 2014 is gereageerd. Die reactie sloot niet aan op de vraagstelling en had wederom andere cijfermatige uitgangspunten, zoals het - onverklaarbare - ontbreken van een debiteurenpositie. Verwezen zij in dit verband naar de uiteenzetting in **bijlage 54**. Het betreft hier een serie inconsistenties waar de ACM niets mee gedaan heeft.
- 14.28 Integendeel, op 6 februari 2014 verleende de ACM aan Flexenergie leveringsvergunningen voor gas en elektra (zie **bijlagen 55 en 56**). In de vergunningen wordt door de ACM gesteld dat:

Flexenergie genoegzaam heeft aangetoond te beschikken over de benodigde organisatorische, financiële en technische kwaliteiten voor de goede uitvoering van zijn taak, alsmede redelijkerwijs in staat kan worden geacht om de verplichtingen als opgenomen in hoofdstuk 8 van de Elektriciteitswet 1998 na te komen, als bedoeld in artikel 95d, eerste lid, van de Elektriciteitswet 1998.

Hoe Flexenergie dat heeft aangetoond, anders door enkele beschouwingen en omschrijvingen “van achter een bureau” met veelal een hoog abstractiegehalte, terwijl bekend was dat Flexenergie noch haar bestuurders over enige ervaring op de energiemarkt beschikten, is de curator niet duidelijk.

14.29 In het bijzonder is niet duidelijk:

- waaruit genoegzaam bleek dat Flexenergie beschikte over de benodigde organisatorische kwaliteiten;
- waaruit genoegzaam bleek dat Flexenergie beschikte over de benodigde financiële kwaliteiten;
- waaruit genoegzaam bleek dat Flexenergie beschikte over de benodigde technische kwaliteiten;
- waaruit genoegzaam bleek dat Flexenergie redelijkerwijs in staat kon worden geacht om de verplichtingen als bedoeld in de Elektriciteitswet en de Gaswet na te komen.

14.30 Verwezen zij in dit verband ook naar de volgende passages uit het woordelijk verslag van het gesprek op 19 mei 2021 tussen de curator en de heren Verleg en Sluis van HLB Blömer:

“Verleg: Ik ben begin 2017 denk ik voor de eerste keer aan boord gekomen. Het eerste gesprek dat ik heb gehad was met Siva en met de accountant bij ons die 2014 en 2015 had gedaan. In dat gesprek gaf Siva al meteen aan van: ik heb misschien goeie ideeën, maar ik ben niet de persoon die dan operationeel leiding gaat geven aan Flex, dus we zijn op zoek naar een nieuwe directeur.

Curator: En Sampar ook niet?

Verleg: Nee ik denk dat Sampar toen al in Engeland zat.

Curator: Op wiens AO/IC-kennis, om het even zo te zeggen, dreef deze onderneming dan in de jaren 2014-2016?

Verleg: Siva.

Curator: Maar die Siva zegt dus: ik kan het eigenlijk niet.

Verleg: Hij zegt, ik kan operationeel geen leidinggeven aan deze organisatie. Ik ben een ideeënman. Maar je moet mij niet opzadelen met de uitvoering.

Curator: Hij is dus ook niet in staat om de AO/IC goed te managen?

(...)

Verleg: Als je sec kijkt naar wat hij gerealiseerd heeft in de jaren 2014/2015/2016, dan kan ik niet tot de conclusie komen dat hij capabel zou zijn. Dat het een van zijn competenties is om aan een organisatie leiding te geven. En die ook nog eens een keer beheersbaar te houden. Dat kan ik niet zeggen.”

(...)

“Curator: De ACM die verklaart: u heeft in 2014 genoegzaam laten zien dat u over organisatorische etc. kwaliteiten beschikt.

Verleg: Ja, dat is bijzonder.

Curator: Ja. Want in de personen van Sampar en Kandiah was die er in ieder geval niet.

Verleg: Nee.”

- 14.31 Hieruit blijkt dat, anders dan de ACM verklaarde in de vergunningen, Flexenergie ten tijde van de vergunningverlening niet beschikte over de vereiste organisatorische en financiële kwaliteiten. Deze waren binnen het bestuur onvoldoende aanwezig.

- 14.32 Zoals het bij Flexenergie gegaan is, heeft het er alle schijn van dat indien men zich anno 2014 als startende onderneming goed liet voorlichten over wat de in het kader van de vergunningsaanvraag gewenste antwoorden zijn en die vervolgens invult, men de vergunning krijgt, zonder (i) een kwalitatieve toets met betrekking tot de bestuurders, (ii) enige ervaring in de energiemarkt, (iii) tenminste enige solvabiliteit en liquiditeit ten tijde van de vergunningverlening, (iv) een gezond en realistisch business plan met voldoende aandacht voor risicobeheersing en (v) enig bewezen track record op het terrein van de AO/IC.
- 14.33 Dit wordt onderschreven door de verklaring van een voormalig medewerker van Flexenergie. Deze persoon noemt de controle van de ACM een “*desk exercise*”: een nieuwe energiemaatschappij moet de formulieren correct invullen en krijgt dan een vergunning. Vervolgens wordt pas na klachten van consumenten een controle uitgevoerd door de ACM. Dat zal pas een relatief lange tijd na de vergunningverlening zijn. De controle ziet vervolgens met name op de onderwerpen waarover klachten zijn. De ACM doet geen onderzoek naar het gehele bedrijf en alle bedrijfsprocessen.
- 14.34 En zo kon het gebeuren dat Flexenergie in de vier jaar en acht maanden vanaf de vergunningverlening hopeloos faalde, miljoenenverliezen leed en haar AO/IC en risicobeheersing geen moment op orde had en dat dit jarenlang onder de radar kon blijven van de ACM (en de belastingdienst).
- 14.35 In de vergunningen valt te lezen:⁸⁵

Aan de vergunning wordt tenslotte het voorschrift verbonden dat Flexenergie jaarlijks binnen één maand na vaststelling zijn jaarrekening als bedoeld in artikel 2:361 e.v. Burgerlijk Wetboek aan de directeur van de Directie Consumenten toezendt.

Ontwikkelingen in 2015

- 14.36 Op 16 oktober 2015 werd door Flexenergie de jaarrekening 2014 uitgebracht. Die is door de accountant voorzien van een oordeelsonthouding met de volgende toelichting:⁸⁶

⁸⁵ Zie bijlagen 55 en 56.

⁸⁶ Zie bijlage 12.

Onderbouwing van de oordeelonthouding

Flexenergy B.V. is in 2014 gestart met haar activiteiten. Gezien de opstart van de activiteiten en daarbij behorende eerste inrichting van de interne processen en procedures, waar de interne beheersingsmaatregelen deel van uitmaken, zijn wij niet in staat geweest om voldoende controlebewijs te vergaren omtrent de adequate werking van de beheersingsmaatregelen ten behoeve van de juiste en volledige omzetverantwoording. Het is niet mogelijk gebleken om op andere wijze voldoende en geschikte controle-informatie te verkrijgen omtrent de volledige verantwoording en afgrenzing van de omzet. Hetzelfde geldt voor de daarmee rechtstreeks samenhangende posten in de jaarrekening.

14.37 Hieruit blijkt dat Flexenergie haar AO/IC niet op orde had. Dat had een signaal voor ACM kunnen en moeten zijn om in ieder het geval het accountantsverslag op te vragen. In dit verslag worden de tekortkomingen immers verder geconcretiseerd. Flexenergie diende, zoals de ACM zelf ook opmerkt in haar reactie op het onderzoeksrapport d.d. 30 juli 2021, *“onverminderd aan de hierboven [de bij de vergunningverlening] gestelde criteria voor de organisatorische, financiële en technische kwaliteiten voldoen.”*

14.38 In de vergunning van 6 februari 2014 wordt ook vermeld dat Flexenergie over een goede administratieve organisatie, met inbegrip van de financiële administratie, en over een goede interne of externe controle hierop dient te beschikken. In het Besluit zegt de ACM hierover:⁸⁷

“Vanzelfsprekend dient de vergunninghouder na vergunningverlening ervoor te zorgen dat hij blijft beschikken over de benodigde organisatorische (waartoe de AO/IC behoort, opmerking curator), financiële en technische kwaliteiten voor een goede uitvoering van zijn taak als energieleverancier.”

14.39 Kennelijk heeft de ACM dit accountantsverslag niet opgevraagd en zag zij geen aanleiding om een onderzoek bij Flexenergie te doen, terwijl inmiddels toch duidelijk was dat de in de vergunning verwoorde veronderstelling dat Flexenergie over de benodigde organisatorische en financiële kwaliteiten beschikte, onjuist was. Want wie daadwerkelijk over die kwaliteiten beschikt, draagt er zorg voor dat hij geen - op zorgwekkende gronden gebaseerde - oordeelonthouding van de accountant bij zijn jaarrekening krijgt.

⁸⁷ Zie bijlage 20.

- 14.40 Pas tijdens het bedrijfsbezoek van de ACM in december 2016 werd dit accountantsverslag opgevraagd.
- 14.41 De enige interventie tijdens de ACM richting Flexenergie in de periode tot december 2016, vond plaats in september 2015. Uit een controle op de naleving van een in november 2014 door ACM gepubliceerd document “Informatievoorziening op de consumenten markt voor energie”⁸⁸ was gebleken dat Flexenergie op twee punten niet voldeed aan deze voorschriften. ACM meldt hierover (bijlage 57):

Samenvatting

Flexenergie B.V. (hierna: Energieflex) is een energieleverancier die aan haar klanten energie-gerelateerde producten en diensten aanbiedt. Via haar website www.energieflex.nl biedt Energieflex consumenten de mogelijkheid om een overeenkomst voor de levering van energie (hierna: leveringsovereenkomst) aan te gaan. Bij controle van deze website in de periode februari tot en met augustus 2015 heeft de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) overtredingen van de artikelen 8.2a en 8.8 van de Wet handhaving consumentenbescherming (hierna: Whc) geconstateerd. Energieflex vermeldde de hoogte van de netbeheerkosten niet op duidelijke en begrijpelijke wijze en informeerde consumenten op haar website niet op duidelijke en begrijpelijke wijze over de uitoefening van het herroepingsrecht (de bedenktijd). Daarnaast voldeed Energieflex met haar rekenmodule niet aan het gestelde Aanbod op Maat zoals bedoeld in de door brancheorganisatie Energie-Nederland opgestelde Gedragscode Consument en Energieleverancier 2015, waarbij Energieflex is aangesloten.

- 14.42 De opgelegde maatregel betrof de last om de overtredingen te beëindigen met een dwangsom indien dat niet zou gebeuren binnen een termijn van twee weken. Daarbij gaf ACM aan dat de overtredingen eerder waren gemeld en dat ondanks de reactie van Flexenergie dat de aanpassingen “op zeer korte termijn” zouden plaatsvinden, dat op het moment van het besluit van de ACM nog altijd niet was geschied.

Ontwikkelingen in 2016 en 2017

- 14.43 Op 20 december 2016 bracht de ACM een - onaangekondigd - bedrijfsbezoek aan Flexenergie. Directe aanleiding hiertoe waren aanwijzingen dat consumenten die hun contract opzegden te horen kregen dat zij binnen 42 dagen contact moesten opnemen over een heraansluiting of eindafrekening. Indien zij dat niet deden, zou

⁸⁸ Te raadplegen via: <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/13480/Informatievoorziening-op-de-consumentenmarkt-voor-energie>.

er geen eindafrekening en dus ook geen, eventuele, restitutie plaatsvinden. Omdat Flexenergie juist als “selling point” Prepaid Energie had, werd dit als extra problematisch gezien. Aanvullend waren er signalen dat er niet werd afgerekend conform de overeengekomen tarieven en dat de welkomstpremie niet werd uitgekeerd.

14.44 Met Kandiah en diverse werknemers werden door de ACM interviews gehouden. In de gespreksverslagen gaat het vaak over:

- het niet goed functioneren van diverse systemen;
- het eerst vanaf september 2016 opzetten van aansluitingen tussen diverse systemen;
- vertragingen in de verwerking, die volgens ACM niet bleken uit de rapportages die waren gedaan, de zgn. Scorecard;
- problemen in de verwerking van afrekening door zgn. “collectieven”, zoals 9.500 klanten van Consumentenbond; de systemen konden dat niet aan;
- het feit dat er in de periode 1-1-2015 t/m 1-5-2016 geen contract einde data aan het centrale register zijn aangeleverd, waardoor contract informatie voor derden niet zichtbaar was (een overtreding van de regelgeving);
- het feit dat er slechts sturing op “hoofdpijnen” is door de directie, terwijl in de vergunning over controles “door de directie” wordt gesproken.

14.45 Het verslag van het interview met Kandiah vermeldt over de onderlinge taakverdeling tussen Kandiah en Sampar het volgende:⁸⁹

⁸⁹ Zie Bijlage 3.

■
We hebben het helemaal in het begin ook over de rolverdeling gehad. Het valt mij op dat u in het gesprek heel veel verwijst naar uw compagnon, de heer Sampar, als het om inhoudelijke dingen gaat zoals de kwaliteit van de tijdigheid van de facturatie. Maar in het begin gaf u aan dat u vooral operationeel betrokken bent en hij vooral de marketing en sales doet en de externe relaties. Ik vind dan dat we weinig inhoudelijke antwoorden krijgen als we vragen stellen over de operatie.

Kandiah

Sathees is verantwoordelijk voor de rapportages. Ik ben verantwoordelijk voor de jaarrekening. Ik heb een financiële achtergrond. Hij heeft meer een IT-achtergrond met ook meer energie kennis. Dat heb ik de afgelopen tijd ook wel opgedaan. Hij is meer thuis in analyses en dergelijke, rapportages, dan ik. Ik was meer de rechterhand van Sathees. Zo moet je het zien. Hij was het aanspreekpunt op verschillende afdelingen. Ik was wel verantwoordelijk voor de klantenservice en de aanneming van personeel, opleidingen en dergelijke. Dat soort zaken. Maar we hebben inderdaad gezegd 'ik ben verantwoordelijk voor de financiële administratie en de klantenservice en hij was voor de productontwikkeling, marketing'. Met de eindafrekening, debiteuren bijvoorbeeld, daar zat Sathees meer op de aansturing omdat hij ook meer IT-kennis heeft, ontwikkelde hij steeds nieuwe IT-componenten. Waar mis je bijvoorbeeld vanuit mijn kant antwoorden?

■
Het is meer een algemene opmerking dat het mij opvalt dat als operationeel verantwoordelijk het lijkt dat je op sommige punten niet heel veel zicht hebt op de kwaliteit van bepaalde processen die ik, zo uit dit gesprek afleidend, wel zou verwachten onder jouw verantwoordelijkheid te vallen.

- 14.46 Aan het eind van het interview worden de accountantsverslagen over 2014 en 2015 opgevraagd. Uit het verslag van ambtshandelingen van het bedrijfsbezoek op 20 december 2016 blijkt dat in ieder geval het accountantsverslag 2014 (daterend van 16 oktober 2015) toen aan de ACM ter hand gesteld is.⁹⁰ In dat accountantsverslag valt onder meer te lezen:⁹¹

Bevinding	Risico
1. De omzet is op basis van een kasstelsel verantwoord in de financiële administratie. Er vindt geen vastlegging plaats van gefactureerde bedragen in de financiële administratie.	De volgende risico's ontstaan door de huidige verantwoording van de gefactureerde bedragen: • Onjuiste debiteurenstand en omzetverantwoording. • Onjuiste post vooruit gefactureerde omzet en nog te factureren omzet. • Onvolledige afdracht en verantwoording van de post omzetbelasting. • Onvolledige afdracht en verantwoording van de post energiebelasting. • Beperkt inzicht in openstaande debiteuren.

- 14.47 Kortom: het was een administratieve chaos bij Flexenergie. Uit het verdere onderzoek van de ACM zou blijken dat die chaos met de enorme groei van het

⁹⁰ Zie bijlage 3.

⁹¹ Zie bijlage 17.

aantal klanten in relatief korte tijd, alleen maar was toegenomen.

- 14.48 Op 21 april 2017 vond een volgend bezoek van de ACM plaats. Op dat moment lag er het conceptrapport van onderzoeksbureau Zest over de AO/IC.⁹² Daarover vermeldt het verslag van het interview met Bakker:

Bakker

Ik heb dat rapport gelezen. Ik heb gevraagd: 'hoe hebben jullie dat daadwerkelijk gedaan?' Dan zie je dat daar waar een lichte schaafwond zat, is daar netjes een verbandje op geplakt. In dat opzicht is dat rapport ook wel geïmplementeerd. Ik vind dat echter niet voldoen aan een organisatie – zoals ik al zei – naar het niveau van een professionele bureaucratie trekken.

Het is fijn dat u dat zegt, want dat vonden wij namelijk ook. Ik denk dat iemand bij Zest hier best zijn best op heeft gedaan, maar het is echt verre van compleet. Heb je zelf nog een soort andere gap-analyse gemaakt bijvoorbeeld ter ondersteuning van deze op grond waarvan je zegt: 'daar wil ik verbeteringen in aanbrengen'.

- 14.49 In een brief haar brief aan Flexenergie van 14 april 2017 schrijft de ACM (bijlage 58):

Onderzoek financiële, organisatorische en technische kwaliteit Energieflex

Tijdens het bezoek zal de ACM een gesprek met u voeren over de financiële, organisatorische en technische kwaliteit van Energieflex als houder van vergunningen voor de levering van elektriciteit en gas aan kleinverbruikers. In het bijzonder wil de ACM u daarbij vragen stellen over de AO/IC van Energieflex en de financiële positie van de onderneming. Ik verzoek u daartoe voorafgaand aan ons bezoek een financiële prognose op hoofdlijnen op te stellen voor het komende jaar (dus tot en met april 2018). ACM wil weten welke verplichtingen Energieflex in die periode heeft en of Energieflex in staat is om daaraan te voldoen.

- 14.50 Uit de gegevens waarover de curator beschikt, blijkt niet van een adequate opvolging op dit punt door Flexenergie en evenmin door de ACM. Desgevraagd deelde de ACM aan de curator mede dat men niet beschikt over een financiële prognose over de periode mei 2017 t/m april 2018. Uit niets blijkt dat de ACM hier na 14 april 2017 nog met Flexenergie over gesproken heeft c.q. wat toen - als er al over gesproken is - de inhoud van dat gesprek was. Dat is opvallend omdat, zoals al eerder is opgemerkt, de leverancier onverminderd aan de bij de vergunningverlening gestelde criteria voor de organisatorische, financiële en technische kwaliteiten moet blijven voldoen.

⁹² Bijlage 28.

- 14.51 Dat de ACM geen verdere opvolging heeft gegeven aan haar onderzoek bij Flexenergie na 14 april 2017 klemmt te meer omdat Flexenergie, gelet op:
- (i) de zeer slechte financiële situatie waarin zij in het tweede kwartaal van 2017 reeds verkeerde,
 - (ii) het sterk verlieslatende business model (met miljoenenverliezen op jaarbasis),
 - (iii) de deplorabele stand van de AO/IC, waardoor Flexenergie geen inzicht had in haar rechten en verplichtingen en
 - (iv) het feit dat Flexenergie haar grote verliezen louter kon financieren door de belastingdienst in belangrijke mate niet te betalen en door de van klanten ontvangen voorschotten daartoe aan te wenden,
- nooit met een betrouwbare en realistische prognose over de periode van mei 2017 t/m april 2018 had kunnen komen waaruit gebleken zou zijn dat zij (alsnog) levensvatbaar was.
- 14.52 Er waren dan dus, indien de ACM was blijven aandringen op de ontvangst van die analyse, wat zij had behoren te doen - de ernst en noodzaak van het verzoek blijkt immers uit de tekst van het verzoek zelf - twee mogelijkheden geweest:
- (i) Flexenergie had een realistische prognose aangeleverd en daaruit was dan onmiskenbaar gebleken dat de financiële vooruitzichten van Flexenergie hopeloos waren en dat de schulden in de periode tot 1 mei 2018 alleen maar verder - met vele miljoenen - zouden oplopen (en daarmee ook het vermogenstekort van Flexenergie) of;
 - (ii) Flexenergie had een niet-realistische - want veel te optimistische - prognose aangeleverd om de schone schijn op te houden, maar daar had de ACM dan makkelijk doorheen kunnen prikken omdat het vooruitzicht dat in de periode van mei 2017 t/m april 2018 miljoenenverliezen geleden zouden gaan worden, intrinsiek al zat ingebakken in de - deplorabele - situatie waarin Flexenergie in april 2017 reeds verkeerde.
- 14.53 In beide gevallen had de ACM dan kunnen en moeten ingrijpen door de vergunning van Flexenergie in te trekken zodat (i) het verder oplopen van verliezen en schulden was voorkomen, (ii) het bestaande klantenbestand had kunnen worden overgedragen aan een solvabele energieleverancier die zijn zaken wel op orde had en (iii) geen nieuwe klanten meer konden worden aangetrokken die

vervolgens ook gedupeerd zouden worden.

- 14.54 Dat de ACM (als gemandateerde en gevolmachtigde namens de Minister) de (wettelijke) bevoegdheid tot intrekking van de vergunning tot levering van elektriciteit had, volgt uit art. 95f lid 1 Elektriciteitswet:

“Onze Minister kan een vergunning intrekken, indien:

(...)

c. de houder van de vergunning de in de vergunning opgenomen voorschriften of opgelegde beperkingen niet nakomt;

(...)

e. de houder van de vergunning naar het oordeel van Onze Minister om andere redenen niet langer in staat moet worden geacht de vergunde activiteit of in de vergunning opgenomen voorschriften na te komen; (...)”

- 14.55 In haar reactie op het concept onderzoeksrapport d.d. 30 juli 2021 heeft de ACM in dit verband opgemerkt dat:

“de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet (...) voorts [bepalen] dat de ACM (namens de Minister) aan een leveringsvergunning voorschriften kan verbinden en de leveringsvergunning kan intrekken. In geval van surseance of faillissement van een leverancier trekt de ACM de leveringsvergunning in als de leveringszekerheid aan kleinverbruikers in gevaar komt. Dat is in het onderhavige geval van Flexenergie B.V. dan ook gebeurd. Het intrekken van een vergunning zonder dat er sprake is van surseance of faillissement is een besluit dat ingrijpende en onomkeerbare gevolgen heeft voor de desbetreffende leverancier en haar kleinverbruikers. Gelet op het doel van het wettelijk vergunningstelsel stelt de ACM bij beslissingen rond vergunningen, en zo ook bij intrekking daarvan, het beschermen van consumenten en andere kleinverbruikers voorop. Dat kan betekenen dat een vergunninghouder van de ACM de mogelijkheid krijgt door de ACM vastgestelde gebreken in de kwaliteiten te repareren in het belang van kleinverbruikers die bij hem energie afnemen.”

- 14.56 Wat de ACM hier lijkt te miskennen is dat consumenten in bepaalde gevallen (ook buiten een surseance of faillissement) juist bescherming kunnen genieten door de intrekking van een vergunning, in plaats van de vergunninghouder gedurende vele maanden de mogelijkheid te geven om gebreken te repareren, terwijl op voorhand duidelijk is dat dit kansloos is en de “ellende” in de tussentijd alleen maar groter wordt (lees: de verliezen zich alleen maar verder opstapelen waardoor de schuldenlast alleen maar verder toeneemt).
- 14.57 Verder was uit het onderzoek van de ACM genoegzaam gebleken dat Flexenergie haar AO/IC in het geheel niet op orde had, dat de financiële kwaliteiten ondermaats waren en dat de financiële situatie zeer zorgelijk was. Daarmee voldeed Flexenergie niet langer aan de in de vergunning opgenomen voorschriften en was, los daarvan, sprake van een situatie waarin de houder van een vergunning om andere redenen niet langer in staat moet worden geacht de vergunde activiteit adequaat na te komen. De praktijk heeft dat ook geleerd: Flexenergie kon vanaf het voorjaar van 2017 louter doorgaan met energieleveringen (tot het schip in oktober 2018 dan eindelijk de wal keerde) door de belastingdienst en haar klanten voor een bedrag van uiteindelijk meer dan € 20 miljoen te misbruiken als financiers van haar miljoenenverliezen. Een dergelijke handelwijze kwalificeert zonder twijfel als het niet langer in staat moeten worden geacht om de vergunde activiteit na te komen in de zin van art. 95f lid 1 sub e Elektriciteitswet.
- 14.58 Hetzelfde geldt m.m. op grond van art. 47 Gaswet voor de bevoegdheid tot intrekking van de vergunning tot het leveren van gas.
- 14.59 Naar het oordeel van de curator had de ACM op zijn laatst in de maand mei 2017 bij Flexenergie moeten ingrijpen door intrekking van de vergunning aan te kondigen en een stop op het werven van nieuwe klanten op te leggen. Door niet in te grijpen kon Flexenergie onverkort doorgaan met het maken van - gelet op haar business model onvermijdelijke - miljoenenverliezen en dito schulden, als gevolg waarvan de financiële situatie van de onderneming ruim een jaar later, per ultimo mei 2018, dramatisch verslechterd was omdat op dat moment (verwezen zij in dit verband naar **bijlage 59**):
- de fiscale schuld van Flexenergie meer dan € 20 miljoen bedroeg;
 - de schuld aan klanten van Flexenergie afgerond € 10 miljoen bedroeg;

- de schuld aan overige crediteuren afgerond € 3 miljoen bedroeg;
- het eigen vermogen van Flexenergie ruim € 17 miljoen negatief was op een balanstotaal van ruim € 14 miljoen.

- 14.60 In juli 2017 volgde een derde bezoek van de ACM. Daarin werd onder meer gesproken over de rol van Flexnet. Dan blijkt dat de administrateur van Flexenergie de data verzamelt uit de registers, die doorgeeft aan Flexnet en dat daarop wordt afgerekend tussen Flexnet en Flexenergie. Van enige controle op de inkopen of een verbandscontroles verkoop versus inkoop is op deze manier geen sprake meer, hetgeen in tegenspraak is met de dan geldende regels voor AO/IC. Hierover maakt ACM geen opmerking.
- 14.61 Uit het Besluit van 30 oktober 2017 blijkt dat ACM bij alle drie de bezoeken de kwaliteit van de AO/IC, waaronder de financiële administratie, onvoldoende achtte:⁹³

Tijdens het derde bedrijfsbezoek hebben toezichthoudend ambtenaren van de ACM vastgesteld dat de door EnergieFlex aangebrachte wijzigingen ten aanzien van de administratieve organisatie, met inbegrip van de financiële administratie, onvoldoende waren om er zeker van te zijn dat EnergieFlex binnen redelijke termijn in staat is een betrouwbare levering van elektriciteit en gas door EnergieFlex aan kleinverbruikers te waarborgen.

- 14.62 De belangrijkste bevindingen van de ACM zijn in hoofdstuk 7 van dit rapport reeds geciteerd. Kort samengevat velt de ACM een vernietigend oordeel over de deplorabele staat van de AO/IC van Flexenergie, zoals eerder de accountant al deed en later de belastingdienst. De ACM merkt in dat kader nog op:

De ACM stelt vast dat de oorzaak van de in dit besluit beschreven bevindingen (grotendeels) is terug te voeren op een gebrekkige administratieve organisatie, die onder meer is ontstaan als gevolg van keuzes die de directie in het verleden heeft gemaakt.

- 14.63 Opmerkelijk genoeg gaat de ACM echter niet over tot intrekking van de vergunning. Intussen ging Flexenergie door op het door haar ingeslagen - als roekeloos te kwalificeren - groeipad. Tegen deze achtergrond is het onderstaande citaat uit het Besluit vermeldenswaard:

⁹³ Zie bijlage 20.

Uit de tijdens het derde bedrijfsbezoek afgelegde verklaringen blijkt dat, vanwege de beperkingen van het huidige facturatiesysteem, nog steeds veel handmatig werk plaatsvindt. EnergieFlex heeft aangekondigd op zoek te gaan naar een nieuw facturatiesysteem, om het facturatieproces volledig te automatiseren. Naar verwachting van EnergieFlex is dit nieuwe facturatiesysteem op zijn vroegst in het eerste kwartaal van 2018 operationeel voor zakelijke klanten. Daarna zullen contracten met consumenten worden opgenomen in dit systeem. Op de vraag of EnergieFlex in staat is om in 2017 de achterstanden weg te werken, antwoordde EnergieFlex dat ze daarin een "heel klein beetje vertrouwen" heeft.

- 14.64 Wie enerzijds haar AO/IC niet op orde heeft - en er zelf in juli 2017 maar een "heel klein beetje vertrouwen" in heeft haar achterstanden binnen een half jaar te kunnen wegwerken (wat duidt op een zeer ernstige situatie) - en anderzijds vol inzet op verdere groei van het aantal klanten (meer dan een verdubbeling in de loop van 2017, terwijl het bestaande klantenbestand door de deplorabele staat van de AO/IC niet eens gemanaged kon worden) vraagt om ongelukken. En die ongelukken voltrokken zich dan ook, hetgeen voorzienbaar was voor de ACM die na de drie bedrijfsbezoeken en vele interviews inmiddels goed zicht had op hoe Flexenergie er voorstond en hoe ernstig zij in gebreke was. Niet voor niets had Bakker in zijn gesprek met de ACM op 21 april 2017 reeds opgemerkt:⁹⁴

Bakker
Als je een flatgebouw wilt maken van een eengezinswoning, dan moet je wel eerst checken of de fundering stevig genoeg is.

Aan een degelijke fundering ontbrak het bij Flexenergie in ieder opzicht.

- 14.65 Ook de ACM had er blijkens het Besluit onvoldoende vertrouwen in dat Flexenergie haar zaakjes tijdig op orde zou krijgen. Zie bijvoorbeeld het volgende citaat:⁹⁵

⁹⁴ Zie bijlage 5.

⁹⁵ Zie bijlage 20.

Op basis van de door EnergieFlex afgelegde verklaringen heeft de ACM er onvoldoende vertrouwen in dat EnergieFlex, al dan niet in samenwerking met de hiervoor bedoelde derde, op korte termijn in staat is het validatieproces voor de meetgegevens van kleinverbruikers uit te voeren volgens het daarvoor vastgestelde proces. De controle die EnergieFlex zelf, maar laat in het proces, uitvoert op "onwerkelijke verbruiken" acht de ACM onvoldoende om te voldoen aan haar taak om meetgegevens op de juiste wijze te collecteren, valideren en vast te stellen. Deze late controle leidt ertoe dat er onnodige verrekeningen moeten plaatsvinden tussen leveranciers onderling, bijvoorbeeld in het geval van een leverancierswissel. Verder kan het ertoe leiden dat klanten onnodig met incorrecte meterstanden worden geconfronteerd.

Daarnaast zijn correcte meetgegevens cruciaal voor het beheersen van het hiervoor beschreven subproces facturatie. Het onvoldoende beheersen van het subproces meetgegevens kan eraan bijdragen dat facturen niet tijdig kunnen worden verstuurd. Tevens vragen handmatige en afwijkende processen, zoals de controle op de verbruiken, in plaats van een geautomatiseerd validatieproces, additionele capaciteit die daardoor niet kan worden ingezet voor andere werkzaamheden. Tenslotte zorgen handmatige processen en controles voor een grotere kans op onjuistheden.

Deze notie maakt te meer opmerkelijk dat de ACM door de vergunning niet in te trekken (maar slechts aan te passen), de facto faciliteerde dat Flexenergie doorging op de ingeslagen weg met dramatische gevolgen voor klanten en schuldeisers van Flexenergie.

15 De rol van de Consumentenbond

- 15.1 Het inschrijven op een veiling voor een energiecollectief is een belangrijke mogelijkheid voor een energieleverancier om nieuwe klanten te werven. Hiermee kan in korte tijd een groot aantal, soms wel tienduizenden, nieuwe klanten worden verworven. Een energiecollectief, ook wel aangeduid als: energieveiling, is het aanbieden van een energiecontract voor een grote groep consumenten. De consument kan zich vrijblijvend inschrijven bij de organisator van de energieveiling. Belangrijke aanbieders van energiecollectieven zijn de Consumentenbond, Vereniging Eigen Huis en de ANBO.
- 15.2 De organisator houdt een veiling voor energieleveranciers waarbij degene met de laagste jaarprijs de winnaar is. Die mag dan via de organisator dat contract aanbieden aan iedere consument die zich heeft ingeschreven. De gedachte hierachter is dat het in een veiling opbieden tegen andere energieleveranciers leidt tot een lagere prijs.
- 15.3 Naast de mogelijkheid van een energiecollectief heeft een consument ook de mogelijkheid om via een energievergelijker over te stappen. Een energievergelijker is een website die van meerdere energieleveranciers de actuele aanbiedingen vergelijkt. Desgewenst kan de individuele consument op dat - actuele - moment meteen naar een energieleverancier naar keuze overstappen. Energievergelijkers zijn onder meer: gaslicht.com, easyswitch.nl en pricewise.nl.
- 15.4 Vooral de gedachte dat de consument bij een energiecollectief altijd het beste af is, wordt door energievergelijkers betwist. In de vergelijking tussen een energiecollectief en een energievergelijker worden de volgende verschillen genoemd:
- a. Bij vergelijkingen op enig moment tussen aangeboden prijzen van een energiecollectief met actuele prijzen bij een energievergelijker blijken sommige leveranciers op dat actuele moment goedkopere aanbiedingen te hebben.
 - b. Bij een energiecollectief moet de leverancier een “zeer hoog” bedrag per overstappende klant aan de organisator van de veiling betalen. De kosten voor de leverancier zijn dus hoger.
 - c. Niet alle energieleveranciers doen mee aan een energiecollectief.

- 15.5 Zo werd de Consumentenbond in een uitspraak van 17 maart 2017 door de Stichting Reclame Code op de vingers getikt voor aanprijzingen van haar Energiecollectief:⁹⁶
- a. Uitingen van de Consumentenbond als “het voordeligste aanbod op de markt” en “Alwéér het beste aanbod van de huidige energiemarkt” bleken als absolute superlatieven onjuist, er was op dat moment tenminste één partij die goedkoper was.
 - b. De getoonde besparing was gebaseerd op een gemiddeld energieverbruik aan gas en elektra hetgeen destijds niet zichtbaar was voor de consument, maar door verschillen in variabele en vaste tarieven c.q. de onderlinge verhouding van de twee energiestromen kan dat voor een individuele consument wel tot andere uitkomst leiden.⁹⁷
- 15.6 Hierbij speelt ook nog het tijdsaspect. Een energieveiling heeft een bepaalde doorlooptijd en een bepaalde looptijd van de aanbieding. Fluctuerende energieprijzen kunnen ertoe leiden dat gedurende die doorlooptijd prijzen gaan afwijken van de actuele prijs bij de vergelijkingssites. Ter illustratie de tijdslijn van het Energiecollectief van de Consumentenbond in maart 2021:



De doorlooptijd is dus drie maanden.

⁹⁶ Te raadplegen via: <https://www.consumentenbond.nl/energie-vergelijken/uitspraak-over-energiecollectief-door-reclame-code-commissie>.

⁹⁷ In haar reactie op het concept onderzoeksrapport d.d. 26 juli 2021 heeft de Consumentenbond aangegeven dat zij haar uitingen over energieccollectieven heeft aangepast naar aanleiding van deze uitspraak van de Reclame Code Commissie.

- 15.7 Ter indicatie de kosten voor energiecollectieven en vergelijkingssites volgens de administratie van Flexenergie:

	<u>Betaald</u>	<u>Afgrenzing</u>	<u>Jaarresultaat</u>
2014	40.427	14.297	54.724
2015	201.444	-1.276	200.168
2016	1.164.140	-593.065	571.075
2017	2.295.378	-552.701	1.742.677
2018	1.025.285	899.021	1.924.306
	4.726.674	-233.724	4.492.950

- 15.8 In 2016 en 2017 waren er meerdere grote veilingen van de Consumentenbond via Pricewise.nl. Daarbij waren in 2016 bij de grootste veiling ca. 9.300 aanmelders betrokken en in 2017 ca. 15.500. Beide waren in de zomer (juni t/m augustus) qua inschrijvingen.

- 15.9 De kosten die betaald moesten worden aan de organisator waren € 70,= exclusief BTW per éénjarig contract, het met afstand meest gewilde contract onder de aanmelders. Volgens Bakker ging daarvan € 30,= naar Pricewise en € 40,= naar de Consumentenbond.

- 15.10 Voor 2016 was de winnende bieding gebaseerd op een vastrecht van € 5,75 (incl. BTW) per maand per energiesoort en € 110,= korting. Dat vertaalt zich aldus:

Vastrecht	$2 \times € 5,75 \times 12 =$	€ 138,=
Minus korting		<u>€ 110,=</u>
Opbrengst inclusief BTW		€ 28,=
Opbrengst exclusief BTW		€ 23,14

- 15.11 Bij een vergoeding aan Pricewise/Consumentenbond van € 70,- werd er dus, bij een marge van nul op de in- en verkoop van energie (zoals bij Flexenergie), op zo'n contract een verlies van € 46,86 per klant per jaar geleden, dit nog los van het feit dat er zelfs bij een brutoresultaat per klant van nul nog geen dekking is voor de indirecte kosten van de onderneming.

- 15.12 Per veiling, via Pricewise, werd onder verwijzing naar een samenwerkingsovereenkomst een overeenkomst getekend, de zogeheten "Bijlage I", met de voorwaarden voor deelname (zie **bijlage 60**). Deze voorwaarden gaan vooral over het proces van de veiling en de inhoud van de aanbidding. Aanvullend

moet per veiling een bereidstellingverklaring voor de kostenvergoeding worden afgegeven, welke na het winnen van de veiling moet worden omgezet in een bankgarantie.

- 15.13 Op haar website “Ervaringen met Energieflex gezocht” schrijft de Consumentenbond naar aanleiding van klachten van consumenten die via een veiling op initiatief van de Consumentenbond zijn overgestapt naar Flexenergie:⁹⁸

“Energieflex heeft inmiddels voor de tweede keer het Energiecollectief van de Consumentenbond gewonnen. Om mee te mogen doen aan ons collectief moeten leveranciers voldoen aan de opgestelde beleidsregels waarin zekerheden en voorwaarden voor de deelnemende consumenten zijn vastgelegd.”

- 15.14 Deze “beleidsregels” liggen vast in de hiervoor genoemde “Bijlage 1” en gaan dus vooral over bijvoorbeeld de productvoorwaarden van de veiling, de snelheid van contractovername, de inhoud en opbouw van de propositie en de aan de organisatie te betalen tarieven. Ze zeggen niets over de vraag aan welke vereisten een energieleverancier die wil meedingen moet voldoen qua:
- financiële status
 - AO/IC
 - betrouwbaarheid

- 15.15 Dit wordt onderschreven door Bakker tijdens het interview op 16 november 2020. Hij stelt:

“Op een dag [wordt] er dan een veiling georganiseerd door Pricewise. Dan kunnen de energieaanbieders daarop inschrijven. En op die dag kunnen ze twee uur bieden. Van wat is dan de prijs die de consumenten gaan betalen en wat is dan de cashback die ze krijgen. En als je dan de goedkoopste bent dan word je aanbevolen door de Consumentenbond en kunnen die mensen gaan kiezen of ze ook daadwerkelijk overstappen.

(...)

Ja dat was wel echt een complete leugen die de Consumentenbond verteld heeft. Die hebben gezegd: de partijen die meedoen aan zo’n veiling checken wij grondig. Maar dat is gewoon niet waar. Ze hebben nooit een vraag gesteld.

⁹⁸ Te raadplegen via: <https://community.consumentenbond.nl/energie-11/ervaringen-met-energieflex-gezocht-1842>.

(...)

Maar ze zeiden dus echt op papier ook, wij checken alle bedrijven die aan zo'n veiling meedoen. We hebben ook de financiële status gecheckt. Dat is gewoon nooit gebeurd. Dat is gewoon niet waar."

- 15.16 Op 11 oktober 2016 schreef de Consumentenbond in een reactie op aanhoudende klachten:⁹⁹

"Uiteraard volgen we reacties die we ontvangen van consumenten over energieleveranciers. Ook voeren we elk jaar onderzoeken uit zowel onder de energieleveranciers zelf, als onder consumenten over de kwaliteit en service die zij leveren. Deze input kun je bijvoorbeeld terugzien op onze website of in de Energievergelijker. Bij elk bedrijf kan natuurlijk iets misgaan wat dan voor de individuele klant heel vervelend is, maar als er substantiële hoeveelheden vragen/klachten over een bepaald onderwerp of bedrijf binnenkomen gaan we dit zeker uitzoeken en kijken of en zo ja welke actie wij als Consumentenbond kunnen uitzetten."

- 15.17 Wat was de status van Flexenergie omstreeks - pakweg - april 2017, dus vóór de grote Consumentenbond-veilingen van zomer 2017?
- De jaarrekening 2015 was net formeel afgerond (23 maart 2017), te laat én met een oordeelonthouding wegens onvoldoende de werking van de interne beheersingsmaatregelen (nadat ook de jaarrekening 2014 al niet was goedgekeurd);
 - Flexenergie leed in 2015 wederom verlies (vóór vennootschapsbelasting € 721.548,=) nadat ook 2014 al met verlies was afgesloten;
 - De kortlopende schulden, inclusief belastingen, bedroegen per ultimo 2015 € 5.033.093,= tegenover vlottende activa € 3.594.635,=, wat duidt op grote liquiditeitsproblemen.
 - De ACM was naar aanleiding van klachten juist een onderzoek naar Flexenergie gestart. Daarbij werd mede gekeken naar de periodieke Scorecard waarin Flexenergie aangaf achterstanden te hebben in de verwerking van jaar- en eindafrekening.
 - Op diverse websites werd door consumenten geklaagd over Flexenergie.

⁹⁹ Te raadplegen via: <https://community.consumentenbond.nl/energie-11/ervaringen-met-energieflex-gezocht-1842>.

- 15.18 Alleen al het - voor de Consumentenbond kenbare - feit dat Flexenergie in de (op dat moment) meer dan drie jaar van haar bestaan (i) nog nooit een goedkeurende accountantsverklaring had kunnen krijgen, (ii) louter verliezen had geleden, (iii) haar interne beheersingsmaatregelen niet op orde had (de reden voor de oordeelonthouding van de accountant) en (iv) met een zwaar negatief werkkapitaal kampte, had Flexenergie reeds op voorhand moeten doen diskwalificeren voor de veilingen in de zomer van 2017. In de woorden van Bakker: eerst maar eens je fundering checken en op orde brengen voordat je op de plaats van een eengezinswoning een flatgebouw gaat (laten) neerzetten.
- 15.19 Als zo'n uiterst gammele energieleverancier de veiling wint (waardoor haar verliezen nog verder oplopen; zie de rekensom hiervoor) ontstaat voor de overstappende consumenten een uiterst riskante situatie, welk risico zich uiteindelijk ook verwezenlijkt heeft. Op zijn minst had de Consumentenbond, voordat zij Flexenergie tot de veilingen toeliet, nader onderzoek moeten (laten) doen naar de financiële status en de AO/IC van de onderneming en in dat kader relevante informatie bij Flexenergie moeten opvragen. Dat is niet gebeurd, zoals ook Bakker verklaart.
- 15.20 Op haar website schrijft de Consumentenbond onder de titel *“Wat heeft de Consumentenbond gedaan voor gedupeerden EnergieFlex?”*:¹⁰⁰

Uitgebreide screening

In juni 2017, waren er nog geen aanwijzingen voor financiële problemen bij Energieflex. Wij laten energieaanbieders voor deelname aan een veiling altijd uitgebreid toetsen. Om mee te mogen doen aan onze energieveiling moeten leveranciers beschikken over een leveringsvergunning van de Autoriteit Consument & Markt (ACM).

Daarnaast worden ze uitgebreid gescreend op kwaliteit van processen en dienstverlening. Een groene stroometiket met uitsluitend stroom met een bewezen herkomst uit wind en/of zon, opgewekt in Europa is verplicht. Ook kunnen we om aanvullende (financiële) zekerheden vragen als daar aanleiding toe is.

De curator heeft de Consumentenbond bij brief van 21 mei 2021 (**bijlage 61**) onder meer de volgende vragen gesteld: *“Graag verneem ik van u wat die*

¹⁰⁰ Te raadplegen via: <https://www.consumentenbond.nl/energie-vergelijken/consumentenbond-gedupeerden-energieflex>.

uitgebreide screening precies heeft ingehouden. Wat heeft de Consumentenbond in dat kader onderzocht en hoe heeft dat onderzoek plaatsgevonden?”

- 15.21 Bij brief van 18 juni 2021 (bijlage 62) reageerde de Consumentenbond op de brief van de curator. De bond stelt in die brief onder meer:

De betrokkenheid van de Consumentenbond bij het Energiecollectief bestaat niet uit het afgeven van garanties met betrekking tot de financiële situatie van de deelnemende energieleveranciers. Een dergelijke suggestie of verwachting wordt door de Consumentenbond in het kader van het Energiecollectief ook niet gewekt.

- 15.22 Inderdaad geeft de Consumentenbond geen garanties in juridische zin af, maar zij verbindt wel haar naam aan deze veilingen. Dat is iets waar consumenten wel degelijk vertrouwen aan mogen ontlelen. Op haar website schrijft de Consumentenbond:

“Wij zijn een vereniging zonder winstoogmerk. Wij vinden onze onafhankelijkheid erg belangrijk en wij zijn open en eerlijk over onze inkomsten. Samen met consumenten werken wij aan eerlijke, rechtvaardige en veilige markten.”

Daar mag de Consumentenbond dus aan gehouden worden.

De toezegging dat gewerkt wordt aan een eerlijke, rechtvaardige en vooral veilige markt is in het geval van Flexenergie naar het oordeel van de curator niet nagekomen, zoals hierna zal worden toegelicht.

- 15.23 Over de screening van Flexenergie zegt de Consumentenbond in haar brief van 18 juni 2021:

Screening

Daarmee is tegelijkertijd niet gezegd dat in het kader van het Energiecollectief aan deelnemende leveranciers geen eisen worden gesteld. Integendeel. Als gezegd wordt in het kader van het collectief getoetst of een leverancier over een leveringsvergunning van de ACM beschikt. De ACM verleent uitsluitend een leveringsvergunning indien een partij over de financiële middelen beschikt die nodig zijn voor de uitvoering van haar taak. De ACM ziet er in het kader van zijn handhavingstaak ook op toe dat een energieleverancier aan deze voorwaarde blijft voldoen.

EnergieFlex beschikte ten tijde van het Energiecollectief in juni 2017 over een leveringsvergunning en voldeed op dat moment ook aan de andere door de Consumentenbond gestelde voorwaarden. De

Consumentenbond had op dat moment dus geen reden haar uit te sluiten van deelname. Sterker nog: vermoedelijk was de Consumentenbond zelfs gehouden om alle marktpartijen die aan de door haar gestelde voorwaarden voldeden mee te laten doen aan de veiling.

Er wordt overigens ook gekeken naar allerlei operationele aspecten, zoals kwaliteit van processen en dienstverlening. Deze aspecten lijken in het kader van uw onderzoek naar de toedracht van het faillissement echter van ondergeschikt belang.

- 15.24 Dat de Consumentenbond toetst of een energieleverancier een vergunning heeft, kan niet als een serieuze screening gelden en heeft ook geen toegevoegde waarde. Dat is simpelweg door een ieder op internet te verifiëren.
- 15.25 Het verweer dat de ACM uitsluitend een leveringsvergunning verleent indien een partij over financiële middelen beschikt die nodig zijn voor de uitvoering van haar taak, miskent dat het enkele feit dat een leverancier ten tijde van de vergunningverlening over voldoende middelen beschikt, natuurlijk niets zegt over de vraag of dat meer dan drie jaar later nog steeds het geval is. Een leverancier kan immers in de tussentijd grote verliezen geleden hebben waardoor haar liquiditeits- en solvabiliteitspositie sinds de vergunningverlening ernstig zijn uitgehold, precies wat bij Flexenergie gebeurd was. Overigens beschikte Flexenergie niet over financiële middelen van betekenis toen de leveringsvergunningen haar op 6 februari 2014 door de ACM verleend werden.
- 15.26 Opvallend is ook de reactie van de Consumentenbond op het concept onderzoeksrapport d.d. 26 juli 2021 over niet uitvoeren van een financiële toetsing:

Daarenboven geldt dat een solvabiliteitstoets of enige andere toets van de financiële gesteldheid van een leverancier, uitgevoerd door of namens de Consumentenbond, het faillissement van Flexenergie niet had kunnen voorkomen en prohibitief had kunnen uitwerken ten aanzien van nieuwe toetreders tot de net geliberaliseerde energiemarkt.
- 15.27 Het gaat hier niet om de vraag of een faillissement had kunnen worden voorkomen, maar om de vraag of de Consumentenbond er, door adequaat onderzoek te doen en Flexenergie vervolgens van de veilingen uit te sluiten, aan had kunnen bijdragen dat het aantal consumenten dat gedupeerd zou worden door een faillissement, aanzienlijk kleiner was geweest dan nu het geval is.
- 15.28 In haar reactie op het concept onderzoeksrapport d.d. 26 juli 2021 schrijft de Consumentenbond:

De situatie rondom Flexenergie (en Robin Energie) maakte het juist dat de Consumentenbond onderzoek instelde naar de financiële gesteldheid van energieleveranciers en diensgevolge tot de conclusie kwam dat de toezicht van de ACM ondermaats was.

Wij hebben geïntervenieerd op het moment dat dat redelijkerwijs van ons kon worden verwacht. De faillissementen hebben er bovendien toe geleid dat wij – als voortvloeisel van de door ons gedane onderzoeken naar de financiële weerbaarheid – verscherpte financiële eisen hebben gesteld aan de

deelnemende energieleveranciers. Met andere woorden: vóór 2019 werd er geen onderzoek naar de financiële situatie van energieleveranciers uitgevoerd en dit werd dan ook niet in het kader van het toenmalige inkoopcollectief gesuggereerd of beweerd.

De resultaten van het onderzoek naar de financiën van de energiemaatschappij worden inmiddels, in afwachting van verbeterde regelgeving en toezicht, wel gebruikt bij de selectie van deelnemers aan het energiecollectief. De Consumentenbond spreekt dan ook met klem tegen dat zij consumenten met een probleem heeft opgezadeld en vervolgens haar verantwoordelijkheid niet neemt. Het probleem is ontstaan door tekortschietend toezicht en na de constatering hiervan heeft de Consumentenbond de voorwaarden van zijn lopende collectieven verbeterd vanwege dit nieuwe inzicht.

- 15.29 Het is de vraag of van de Consumentenbond vóór 2019 niet verwacht kon en mocht worden dat zij de financiële goedgeheid van een tot (mede) door haar georganiseerde veilingen toegelaten partij toetste. Op 7 januari 2020 publiceerde de Consumentenbond een rapport over de financiële gezondheid van energieleveranciers eind 2019.¹⁰¹ Een belangrijke bevinding van dat rapport is:

Conclusie 3

Als het onwenselijk is dat consumenten schade leiden als gevolg van faillissement van hun energieleverancier, dan is het noodzakelijk dat er meer bescherming wordt geboden bovenop het huidige niveau

Belangrijkste overwegingen:

- ❖ Het is voor consumenten(organisaties) niet mogelijk om een actueel beeld te vormen over de financiële staat van een bedrijf. Transparantie vanuit de bedrijven zelf is hier ook niet groot.
- ❖ de ACM krijg jaarcijfers toegestuurd maar kan niet handhaven o.b.v. ondermaatse solvabiliteit omdat zij deze bevoegdheid niet hebben. Ook in het algemeen ziet de ACM (en de minister van Economische Zaken en Klimaat) het niet als haar taak om te monitoren op de financiële staat van leveranciers
- ❖ Het huidige beschermingsniveau van ACM bleek niet toereikend om faillissementen te voorkomen

- 15.30 Dit is geen bevinding waartoe men als professionele partij (zoals de Consumentenbond) pas kan komen *nadat* er in 2018 twee energieleveranciers failliet gegaan zijn. Zelfs bij een onderzoek met betrekkelijk beperkte opzet naar nieuwe toetreders op de energiemarkt had de Consumentenbond dit al veel

¹⁰¹ Te raadplegen via:

<https://cloudfront.consumentenbond.nl/binaries/content/assets/cbhippowebsite/landingspaginas/acties/faillissement-energieleveranciers-zorgt-voor-financiele-schade-consumenten/consumentenbond-onderzoek-energiemarkt-2019.pdf>.

eerder kunnen concluderen.

- 15.31 De conclusie dat de ACM *“niet (kan) handhaven o.b.v. ondermaatse solvabiliteit omdat zij deze bevoegdheid niet hebben”* deelt de curator overigens niet. De ACM kan immers de vergunning van een insolvabele energieleverancier intrekken op grond van art. 95f lid 1 Elektriciteitswet resp. art. 47 Gaswet omdat bij insolvabiliteit van de leverancier sprake is van een situatie waarin deze naar het oordeel van de Minister *“om andere redenen niet langer in staat moet worden geacht de vergunde activiteit of in de vergunning opgenomen voorschriften na te komen.”* De woorden “om andere redenen” vormen een open norm die de ACM (namens de Minister) de ruimte biedt om, als de klanten direct gevaar lopen (namelijk dat zij massaal met een schuld aan de leverancier blijven zitten als deze failliet gaat, zoals bij Flexenergie uiteindelijk gebeurd is), de vergunning in te trekken en (daarmee) een verdere aanwas van nieuwe klanten die zonder het te weten worden meegezogen in de insolvabiliteit, te voorkomen. Zoals in hoofdstuk 14 besproken, deed die situatie zich onmiskenbaar voor bij Flexenergie in het voorjaar van 2017 (en in feite ook al in 2016).
- 15.32 Maar hoe dit zij: het vertrouwen dat de Consumentenbond in haar brief van 18 juni 2021 zegt te hebben in de toetsing en het toezicht door de ACM strookt niet met deze publicatie van de Consumentenbond uit 2019 waarin zij nota bene zelf zegt dat de ACM het niet als haar taak ziet om te monitoren op de financiële staat van leveranciers.
- 15.33 De Consumentenbond stelt in haar brief dat Flexenergie in juni 2017 over een leveringsvergunning beschikte en op dat moment ook voldeed aan de andere door de Consumentenbond gestelde voorwaarden, maar hoe die voorwaarden getoetst zijn, wordt niet duidelijk gemaakt. Wel wordt gezegd dat er door de Consumentenbond wordt gekeken naar allerlei operationele aspecten, zoals kwaliteit van processen en dienstverlening. In haar reactie op het concept onderzoeksrapport d.d. 26 juli 2021 schrijft de Consumentenbond dat leveranciers *“uitgebreid worden gescreend op kwaliteit van processen en dienstverlening”*.
- 15.34 In deze reactie schrijft de Consumentenbond verder dat zij bij een veiling niet alleen kijkt naar de laagste prijs, maar ook naar het aandeel duurzame energie en *“naar operationele en meer praktische aspecten van de contractering”* tussen de

deelnemers aan de veiling (zoals Flexenergie) en de deelnemers aan het collectief (de consumenten), zoals:

- Tijdige en correct verwerking van aanvragen;
- Tijdige en correcte communicatie naar de consument;
- Uitvalcijfers;
- Kwaliteit rapportage over de aanvragen;
- Meer subjectieve ervaringen betreffende de samenwerking;
- Klantenservice (tevredenheid klanten, voldoende bezetting, correcte afhandeling van vragen en klachten); en
- (Nadat een leverancier een keer gewonnen heeft) naar eerdere ervaringen.

- 15.35 Welnu, de kwaliteit van processen was bij Flexenergie reeds vanaf 2014 dramatisch slecht, dus hoe Flexenergie dan geslaagd kan zijn voor die toets van de Consumentenbond, is de curator een raadsel.
- 15.36 Naar het oordeel van de curator mist de mededeling van de Consumentenbond op haar website met betrekking tot de “uitgebreide screening” van Flexenergie feitelijke grondslag. Er waren namelijk wel degelijk aanwijzingen voor financiële problemen bij Flexenergie, zoals hiervoor toegelicht, en de kwaliteit van de administratieve processen was nu juist zodanig dat de accountant weigerde om een goedkeurende verklaring bij de jaarrekeningen van Flexenergie af te geven. Die goedkeurende verklaring is er ook na juni 2017 nooit gekomen. Bovendien constateerde de ACM al in de periode december 2016 - april 2017 dat de AO/IC bij Flexenergie juist allerm minst op orde was. Dan is ondenkbaar dat de Consumentenbond tezelfdertijd aan hand van een “uitgebreide screening” tot het oordeel is gekomen dat Flexenergie haar zaakjes in juni 2017 goed op orde had. De curator houdt het er dan ook op dat er in juni 2017 helemaal geen uitgebreide screening naar Flexenergie heeft plaatsgevonden - en dat als er überhaupt al een screening heeft plaatsgevonden, deze ondermaats geweest moet zijn.
- 15.37 De reactie van de Consumentenbond op het concept onderzoeksrapport d.d. 26 juli 2021, dat “[d]e eerste signalen met betrekking tot de continuïteit (...) pas later in 2017 [kwamen], toen Flexenergie in december door de ACM onder toezicht werd gesteld”, is gelet op het voorgaande niet juist: die signalen waren er al veel eerder.
- 15.38 Het voorgaande klemmt te meer nu de Consumentenbond zelf juist flink verdiende aan Flexenergie welk geld uiteraard ten laste is gekomen van het vermogen van

Flexenergie en daarmee van haar schuldeisers, van wie de consumenten voor wie de Consumentenbond zegt op te komen in aantallen verreweg de grootste groep vormen.

- 15.39 Een consument loopt feitelijk twee financiële risico's bij een faillissement van zijn energieleverancier, die zich bij Flexenergie beide verwezenlijkt hebben:
1. De maandelijks betaalde voorschotten zijn hoger dan het werkelijke verbruik tot het moment van faillissement. De consument heeft dan een vordering per faillissementsdatum. Zeker bij jaarcontracten die aan het begin van de zomer worden afgesloten is dit het geval gedurende de eerste helft van de looptijd.
 2. De welkomstkorting wordt achteraf uitbetaald, na één jaar. Bij een faillissement binnen dat jaar loopt de consument die welkomstkorting volledig mis.
- 15.40 De bescherming van de consument zou in dit geval dus moeten bestaan uit tenminste een redelijke mate van zekerheid dat de energieleverancier het contract kan uitdienen én na één jaar liquide genoeg is om de korting uit te betalen.
- 15.41 Onder de samenvattende titel *“Consument niet de dupe bij faillissement energieleverancier”* gaat de Consumentenbond op haar website onder de titel *“Consumenten bescherming op de energiemarkt”*¹⁰² in op haar activiteiten. Vanaf 22 oktober 2018 (faillissement van Flexenergie) worden in een tijdslijn de actiepunten nadien weergegeven. Deze betreffen samengevat onder meer:
- Een oproep aan energieleveranciers om haast te maken met een garantiefonds (aanleiding is het faillissement van energieleverancier Robin Energie op 28 februari 2019).
 - De vermelding dat de Tweede Kamer op 25 juni 2019 met 148 van de 150 stemmen een motie heeft aangenomen voor strengere eisen voor energieleveranciers. Deze zogenoemde Motie Beckerman luidt:

¹⁰² Te raadplegen via: <https://www.consumentenbond.nl/acties/faillissement-energieleveranciers-zorgt-voor-financiele-schade-consumenten>.

constaterende dat het afgelopen jaar meerdere energieleveranciers failliet zijn gegaan waarbij tienduizenden consumenten gedupeerd zijn geraakt,

constaterende dat het onzeker is of consumenten bij faillissement hun geld uit voorschotnota's en borgsommen terugkrijgen en dat deze bedragen flink kunnen oplopen,

constaterende dat de eisen om leverancier te zijn te zwak zijn waardoor faillissementen in de hand worden gewerkt,

verzoekt de regering, om de bescherming van consumenten voorop te stellen en te onderzoeken of en hoe strengere eisen kunnen worden gesteld aan energieleveranciers, hoe faillissementen kunnen worden voorkomen en hoe gedupeerden kunnen worden geholpen,

en gaat over tot de orde van de dag

- Een onderzoek in juli 2019 naar de financiële situatie op de Nederlandse energiemarkt, dat leidt tot een “alarmerend rapport” en overleg met het Ministerie van Economische zaken en ACM.
- De verzending op 4 oktober 2019 van een brief aan de Minister van Economische zaken met een oproep om spoedig maatregelen te nemen om de positie van consumenten bij faillissementen te versterken, daarbij verwijzend naar de hiervoor genoemde Motie Beckerman. Tevens doet de Consumentenbond meerdere aanbevelingen:

Wij pleiten voor de volgende maatregelen op korte termijn, zodat consumenten worden gecompenseerd voor de financiële schade die zij lijden als gevolg van zo'n faillissement:

- een verplichting voor energiebedrijven die klanten van een failliete leverancier overnemen, om ook de financiële verplichtingen jegens die klant over te nemen, zoals teveel betaalde voorschotten en nog niet uitbetaalde welkomstkortingen;
- het compenseren van (toekomstige) gedupeerden voor eventueel teveel betaalde energiebelasting, BTW en netwerkkosten.

Daarnaast doet de Consumentenbond een beroep op u om maatregelen te treffen voor de langere termijn door de bevoegdheden van de toezichthouder te verruimen. Wij stellen vast dat het toezicht op de markt tekortschiet door een te beperkt mandaat van de Autoriteit Consument & Markt (ACM). Bij eerdere faillissementen, zoals dat van Energieflex, zagen we dat de ACM te laat op de hoogte was van financieel wanbeheer en dus ook pas laat kon ingrijpen. Duizenden mensen werden daardoor ieder voor (vele) honderden euro's benadeeld. We verzoeken u met klem de bevoegdheden van de ACM te verruimen, zodat de toezichthouder veel eerder en grondiger inzicht krijgt in de cijfers van de energieleveranciers, én strengere toetredingseisen kan stellen.

- 15.42 Het AD schrijft op 7 oktober 2019 over de reactie van de branchevereniging Energie Nederland op deze oproep het volgende:

In een reactie laat branchevereniging Energie Nederland weten zich niet te herkennen in het door de Consumentenbond geschetste beeld. „We delen die zorg niet”, zegt woordvoester Drea Berghorst. „Een jaarverslag is bovendien maar een momentopname.” Volgens de branchevereniging hoort bij een vrije markt nu eenmaal het risico dat een bedrijf failliet kan gaan. Verder zegt Berghorst de oproep van de Consumentenbond ‘opmerkelijk’ te vinden, omdat de bond zelf ‘heeft meegewerkt aan de felle concurrentiestrijd in de energiemarkt door via een energieveiling consumenten te koppelen aan EnergieFlex’.

Vooraf de laatste zin verwijst naar de rol van de Consumentenbond in de voorliggende jaren.

- 15.43 Ook de NOS schrijft over deze actie en vermeldt aan het eind van haar verslag:¹⁰³

Consumentenbond verdiende er zelf aan

Vorig jaar gingen kort na elkaar twee energieleveranciers failliet: Energieflex en Robin Energie. Tienduizenden consumenten werden direct overgenomen door andere energiebedrijven. Maar vooruitbetaalde voorschotten, waarborgsommen, en welkomstkortingen werden niet verrekend. Gedupeerde klanten liepen daardoor honderden euro's mis.

De Consumentenbond - die zelf bijna 1 miljoen euro verdiende aan Energieflex, door 20.000 klanten te adviseren om over te stappen - wil scherper toezicht op de sector door de Autoriteit Consument en Markt (ACM). Daarnaast zouden gedupeerden gecompenseerd moeten worden voor eventueel te veel betaalde energiebelasting, btw en netwerkkosten.

- 15.44 In haar brief van 18 juni 2021 stelt de Consumentenbond hierover:

Dat er “bijna 1 miljoen euro” zou zijn “verdiend”, klopt niet. Nog daargelaten dat de door de Consumentenbond verworven gelden volledig worden ingezet om de positie en rechten van consumenten te verbeteren, komt de daadwerkelijke omzet (niet: winst) die aan de veiling valt te relateren (bij lange na) niet bij het genoemde bedrag in de buurt. Het aantal van 20.000 personen dat via de veiling zou zijn overgestapt klopt evenmin, ligt lager, en komt ook niet bij dit aantal in de buurt.

¹⁰³ Zie <https://nos.nl/artikel/2305075-bescherm-klanten-tegen-faillissement-energieleverancier>.

- 15.45 Uit de als **bijlage 63** bij dit rapport gevoegde facturen van Pricewise blijkt dat het bij de veilingen in 2016 en 2017 ging om meer dan 24.000 klanten. De stelling van de Consumentenbond dat het aantal van 20.000 personen dat via de veilingen zouden zijn overgestapt lager ligt, is dus aantoonbaar onjuist.
- 15.46 In haar reactie op het onderzoeksrapport d.d. 26 juli 2021 heeft de Consumentenbond hierop als volgt gereageerd:

De discrepantie tussen de door u vastgestelde

omvang van het aantal klanten en de omzet lichten wij graag nader toe, omdat deze – naar nu blijkt – berust op een andersoortig uitgangspunt dan u klaarblijkelijk beoogde. Bij de beantwoording van deze vraag – en daarmee bij de vaststelling van de aantallen en omzet – is de Consumentenbond slechts uitgegaan van de laatste twee collectieven waarbij Flexenergie als ‘winnaar’ is uitgeroepen, omdat die consumenten direct door het faillissement werden geraakt. Bij het concipiëren van onze reactie kwamen wij – naar nu blijkt – vanwege een andere interpretatie en het abusievelijk niet meerekenen van de langer lopende overeenkomsten, uit op 14.378 overstappers waaraan een omzet van €660.946,56 werd gerelateerd.

- 15.47 Uit die facturen blijkt verder dat Pricewise in 2016 en 2017 in totaal meer dan € 1,7 miljoen exclusief BTW bij Flexenergie in rekening bracht. Uitgaande van een hiervan aan de Consumentenbond toekomend bedrag van € 40,= per klant¹⁰⁴ leidt dit bij meer dan 24.000 overstappende klanten wel degelijk tot een omzet in de orde van € 1 miljoen exclusief BTW. De stelling van de Consumentenbond dat het om een veel lager bedrag gaat lijkt dus onjuist. In haar reactie op het concept-rapport heeft de Consumentenbond het door de curator genoemde aantal overstappende klanten en de omzet evenwel bevestigd. De Consumentenbond schreef in dat kader het volgende:

Teneinde misstanden te voorkomen hechten wij eraan te bevestigen dat het klopt dat er meer dan 24.000 klanten zijn verworven met een omzet (niet: winst) in de orde van € 1 miljoen exclusief BTW. Zoals gezegd – en wellicht ten overvloede – wordt de daadwerkelijke omzet ingezet om de kosten te dekken en een eventueel surplus wordt door ons ingezet om de positie en rechten van consumenten te verbeteren in overeenstemming met het doel van de Consumentenbond.

- 15.48 Omdat het meeste werk door Pricewise gedaan wordt, zal het verschil tussen omzet en winst van de Consumentenbond relatief beperkt zijn. Hoe dan ook heeft de Consumentenbond in 2016 en 2017 substantieel verdiend aan Flexenergie.
- 15.49 De curator geeft de Consumentenbond in overweging om het bedrag dat zij aan Flexenergie verdiend heeft door veilingen te organiseren waarvan Flexenergie had

¹⁰⁴ Zie hiervoor sub 15.9.

moeten zijn geweerd, met veelal dramatische gevolgen voor de consumenten die aldus - onwetend van de deplorabele situatie van de onderneming - overstapten naar Flexenergie, aan de boedel terug te betalen.

Overzicht bijlagen

Bijlage 1	Lijst geïnterviewden
Bijlage 2	E-mailcorrespondentie Kandiah en Van Teeffelen d.d. 21 en 24 juli 2015
Bijlage 3	Verslag verhoor ACM d.d. 20 december 2016
Bijlage 4	Document ‘organisatiestructuur Flexenergie’ d.d. februari 2015 en 2016
Bijlage 5	Verslag gesprek ACM en Flexenergie d.d. 21 april 2017
Bijlage 6	Presentatie ‘Business Plan Energiflex 2018’ d.d. 13 november 2017
Bijlage 7	Document ‘Business Case Flexenergie’ d.d. 12 augustus 2013
Bijlage 8	Presentatie ‘De energiemarkt. Een korte introductie’ van Flexenergie d.d. maart 2017
Bijlage 9	Verslag gesprek ACM en Flexenergie d.d. 17 juli 2017
Bijlage 10	Presentatie ‘Business Case EnergieFlex’ d.d. 19 augustus 2013
Bijlage 11	E-mail Raad van Advies Flexenergie aan bestuur Flexenergie d.d. 29 januari 2017
Bijlage 12	Jaarrekening Flexenergie 2014
Bijlage 13	Jaarrekening Flexenergie 2015
Bijlage 14	Jaarrekening Flexenergie 2016

Bijlage 15	Concept jaarrekening Flexenergie 2017 met begeleidende brief accountant d.d. 21 september 2018
Bijlage 16	Notitie 'Indicatie Balans en W&V-rekening Flexenergie' d.d. september 2018
Bijlage 17	Accountantsverslag controle 2014
Bijlage 18	Accountantsverslag controle 2015
Bijlage 19	Accountantsverslag controle 2016
Bijlage 20	Besluit ACM d.d. 30 oktober 2017
Bijlage 21	Controlerapport 'Energiebelasting' van belastingdienst d.d. 13 juli 2018
Bijlage 22	Document 'Pre-pack/doorstart proposal' van bestuur Flexenergie d.d. 12 oktober 2018
Bijlage 23	Notitie 'Berekening verschil aangiftes energiebelasting en daadwerkelijk verschuldigde energiebelasting in eerste kwartaal 2018'
Bijlage 24	Notitie 'Analyse Margeontwikkeling'
Bijlage 25	Presentatie 'Energieflex Business Plan' d.d. 8 augustus 2018
Bijlage 26	Document 'Begroting Flexenergie 2017' d.d. 21 maart 2017
Bijlage 27	Overeenkomst Flexenergie en Anode d.d. 27 augustus 2013
Bijlage 28	Eindrapportage 'Anode PV afrekening' van Zest Utilities d.d. 29 mei 2017
Bijlage 29	Overeenkomst voor markttoegang FlexNet en EnergyGlobal

Bijlage 30	Overeenkomst Flexnet en Flexenergie d.d. 27 augustus 2013
Bijlage 31	Presentatie ‘Risiko’s bij de inkoop van energie’ van Energy Global d.d. april 2016
Bijlage 32	Bijlage 1 ‘toetsingskader AO/IC’ bij Besluit ACM van 13 januari 2015 met kenmerk ACM/DC/2014/206603
Bijlage 33	Bijlage 3 bij Overeenkomst Flexnet
Bijlage 34	Overeenkomst Flexnet en Flexenergie d.d. 20 juni 2018
Bijlage 35	Document ‘Werkbeschrijving inkoop’ d.d. juli 2017
Bijlage 36	Intern memo Flexenergie d.d. juli 2017
Bijlage 37	Jaarrekening 2017 Flexnet
Bijlage 38	Notitie ‘Voorbeeld impact inkoopprijs in uitleg Flexnet’
Bijlage 39	Notitie ‘Systemen Flexenergie’
Bijlage 40	E-mailcorrespondentie Open-I en Flexenergie incl. conceptovereenkomst d.d. 9 september 2015
Bijlage 41	Overeenkomst Flexenergie en Green Four d.d. 1 september 2015
Bijlage 42	Brief Flexenergie ‘onderbouwing suppletie aangifte energiebelasting 2017’ aan belastingdienst d.d. 7 februari 2018
Bijlage 43	Document ‘EB EnergieFlex 2017 berekening’ d.d. 2 februari 2018
Bijlage 44	Brief belastingdienst ‘kennisgeving naheffingsaanslagen en boete’ aan Flexenergie d.d. 23 juli 2018
Bijlage 45	E-mail accountant inzake omzetbelasting d.d. 9 november 2017

Bijlage 46	Brief Flexenergie ‘Verzoek uitstel van betaling EB en OB’ d.d. 31 januari 2018
Bijlage 47	Brief aandeelhouders Flexenergie ‘garantstelling’ aan belastingdienst d.d. 13 april 2018
Bijlage 48	Notitie ‘Mogelijke correcties voor boekjaar 2018 c.q. balans ultimo september 2018’
Bijlage 49	Vergunningaanvraag Flexenergie bij ACM d.d. 25 september 2013
Bijlage 50	Verzoek ACM om aanvullende informatie Flexenergie d.d. 29 oktober 2013
Bijlage 51	Document ‘Administratieve organisatie Flexenergie B.V.’ d.d. 4 november 2013
Bijlage 52	Verzoek ACM om aanvullende informatie Flexenergie d.d. 14 november 2013
Bijlage 53	Antwoorden Flexenergie op aanvullende vragen d.d. 20 november 2013
Bijlage 54	Notitie ‘Financiële informatie bij de vergunning’
Bijlage 55	Leveringsvergunning Flexenergie voor gas d.d. 6 februari 2014
Bijlage 56	Leveringsvergunning Flexenergie voor elektra d.d. 6 februari 2014
Bijlage 57	Besluit ACM tot opleggen last onder dwangsom Flexenergie d.d. 14 september 2015
Bijlage 58	Brief ACM aan Flexenergie d.d. 14 april 2017
Bijlage 59	Notitie ‘Balans en opgave Belastingdienst Flexenergie per ultimo mei 2018’

Bijlage 60	Bijlage I bij samenwerkingsovereenkomst Pricewise en Flexenergie
Bijlage 61	Brief curator aan Consumentenbond d.d. 21 mei 2021
Bijlage 62	Brief Consumentenbond aan curator d.d. 18 juni 2021
Bijlage 63	Facturen PriceWise