

NOTITIE

Van : Willem Jan van Andel, Kim Geurts en Eveline Neele
Datum : 24 maart 2023
Inzake : Analyse aansprakelijkheid ACM voor het verlenen van een vergunning aan en het houden van toezicht op Flexenergie B.V.

1 Inleiding

1.1 De Autoriteit Consument en Markt (“**ACM**”) heeft vergunningen aan Flexenergie B.V. (“**Flexenergie**”) verleend voor het leveren van gas en elektriciteit (hierna tezamen aangeduid als de “**Vergunning**”) en hield vervolgens toezicht op Flexenergie. Flexenergie is op 22 oktober 2018 failliet verklaard met de aanstelling van mr. W.J.M. van Andel tot curator (“**Curator**”) en met benoeming van mr. P.J. Neijt tot rechter-commissaris. Het tekort in de boedel bedraagt circa € 23 miljoen. Meer dan 20.000 voormalige klanten van Flexenergie, de belastingdienst en handelscrediteuren hebben gezamenlijk afgerond € 28 miljoen te vorderen.

1.2 In dit memo wordt de vraag beantwoord of met succes een onrechtmatige daadsvordering kan worden ingesteld jegens de ACM op de grond dat de ACM onrechtmatig heeft gehandeld door de Vergunning te verlenen of op de grond dat de ACM deze vervolgens niet heeft ingetrokken na het signaleren van diverse en ernstige (financiële) onregelmatigheden bij Flexenergie. De opzet van dit memo is als volgt:

1	Inleiding.....	1
2	Wettelijk kader	3
3	Vergunningverlening en toezicht door de ACM	6
4	Verwiltbaar handelen ACM	23
5	Onrechtmatige gedragingen door ACM	28
6	Toerekenbaarheid	34
7	Causaliteit	34
8	Schade.....	36

1.3 De belangrijkste conclusies van deze notitie zijn hieronder (per onderwerp) opgenomen.

Verwijtbare handelingen (§4 en 5)

- (i) Onzes inziens is goed verdedigbaar dat de ACM op de volgende momenten verwijtbaar heeft gehandeld:
 - a. Bij het verlenen van de Vergunning op 6 februari 2014 terwijl Flexenergie aantoonbaar niet voldeed aan de Vergunningsvoorwaarden, de vergunningaanvraag incompleet was en er bovendien ernstige twijfels bij de ACM zouden moeten bestaan met betrekking tot de levensvatbaarheid en het bedrijfsmodel van Flexenergie (“**Vergunningverlening**”);
 - b. Bij het nalaten om de Vergunning op of omstreeks 1 juni 2017 in te trekken terwijl de ACM reden had om ernstig te twijfelen aan de continuïteit van Flexenergie en de naleving van de Vergunningsvoorwaarden door Flexenergie (“**Falend Toezicht**”).

Toerekenbaar onrechtmatig handelen (§6)

- (ii) Gelet op het feitencomplex kan onzes inziens worden gesteld dat de ACM onrechtmatig heeft gehandeld jegens de consumenten door de Vergunningverlening en het Falend Toezicht. Wat betreft de Vergunningverlening kan gesteld worden dat de ACM primair de wet en subsidiair haar zorgplicht heeft geschonden. Wat betreft het Falend Toezicht geldt dat de ACM (enkel) haar zorgplicht heeft geschonden. De onrechtmatigheid van deze handelingen kan de ACM worden toegerekend.

Causaliteit (§7)

- (iii) Tussen de Vergunningverlening en de schade bestaande uit de schulden van Flexenergie jegens de consumenten bestaat een condicio sine qua non (csqn)-verband. De schade die in een csqn-verband staat met het Falend Toezicht is slechts dat deel van de schulden van Flexenergie aan consumenten dat is ontstaan als gevolg van het feit dat de onderneming per 1 juni 2017 gecontinueerd werd.

Schade (§8)

- (iv) Dat er een csqn-verband bestaat tussen (een deel van) de schade en de onrechtmatige daad, betekent nog niet dat de ACM deze schade dient te vergoeden. De ACM zal alleen aansprakelijk zijn voor de schade die haar op grond van art. 6:98 BW kan worden toegerekend. Na een bespreking van de diverse factoren aan de hand waarvan de toerekening wordt vastgesteld, komen wij tot de conclusie dat de schade bestaande uit de schuld aan consumenten ruim toegerekend kan worden.

2 Wettelijk kader voor vergunningverlening aan energieleverancier

2.1 Voor het leveren van gas en elektriciteit aan consumenten¹ zijn vergunningen van de ACM vereist.² De Gaswet en Elektriciteitswet bepalen dat de ACM de vergunningen verleent indien een energieleverancier aantoont dat hij:

- (i) beschikt over de benodigde organisatorische, financiële en technische kwaliteiten voor een goede uitvoering van zijn taak; en
- (ii) redelijkerwijs in staat kan worden geacht de wettelijke verplichtingen na te komen.³

2.2 De onder (i) genoemde taak houdt de plicht in om op een betrouwbare wijze en tegen redelijke tarieven en voorwaarden zorg te dragen voor de levering van gas en elektriciteit.⁴ Om te voldoen aan het criterium onder (i), zal een energieleverancier moeten aantonen dat:

- (i) (wat betreft de levering van gas) hij financieel in staat is de termijn tussen uitgaven voor inkoop van gas en transportcapaciteit en inkomsten van consumenten te overbruggen;
- (ii) (wat betreft de levering van elektriciteit) aan hem voor voldoende lange termijn een erkenning als volledig programmaverantwoordelijke is verleend of hij een overeenkomst heeft gesloten met een programmaverantwoordelijke;
- (iii) hij beschikt over een goede administratieve organisatie, met inbegrip van de financiële administratie, en over een goede interne of externe controle hierop (tezamen de “AO/IC”); en
- (iv) hij niet in staat van faillissement verkeert en aan hem geen surseance van betaling is verleend.⁵

2.3 Om te voldoen aan het criterium onder (ii) zal een energieleverancier moeten aantonen dat:

- (i) hij over zodanige inkoop- en transportcontracten met betrekking tot gas 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.⁶

¹ Meer specifiek is een vergunning vereist om te leveren aan ‘kleinverbruikers’. Consumenten zijn aan te merken als kleinverbruikers. Als hierna gesproken wordt van consumenten wordt ‘kleinverbruikers’ bedoeld.

² Het is op grond van art. 95a lid 1 Elektriciteitswet 1998 en art. 43 Gaswet verboden elektriciteit of gas te leveren aan kleinverbruikers zonder vergunning. De bevoegdheid van de ACM om deze vergunningen te verlenen is gegeven in het Besluit vergunning elektriciteit aan kleinverbruikers (artikel 2) en het Besluit vergunning levering van gas aan kleinverbruikers (artikel 2).

³ Art. 45 Gaswet en art. 95d Elektriciteitswet 1998.

⁴ Art. 95b Elektriciteitswet 1998 en art. 44 Gaswet.

⁵ Art. 3 Besluit vergunning levering gas aan kleinverbruikers (oud) en art. 3 Besluit levering elektriciteit aan kleinverbruikers (oud).

⁶ Art. 3 Besluit vergunning levering gas aan kleinverbruikers (oud). In het Besluit levering elektriciteit aan kleinverbruikers (oud) is dit criterium niet nader uitgewerkt.

- 2.4 Bovenstaande vereisten worden hierna tezamen aangeduid als de “Vergunningsvoorwaarden”.
- 2.5 De ACM zou gelet op het bovenstaande enkel vergunningen kunnen verlenen wanneer de aanvrager 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 zijn verplichtingen na te komen. Vervolgens dient een vergunninghouder doorlopend aan deze Vergunningsvoorwaarden te blijven voldoen. Hierop houdt de ACM toezicht.
- 2.6 Het vergunningstelsel met betrekking tot energielevering heeft als doel kleinverbruikers en specifiek consumenten te beschermen.⁷ Ook de borging van publieke belangen is van belang. Zo gaf de wetgever in 2003 aan:
- “De borging van publieke belangen en de bescherming van de consument staan voorop.”⁸
- 2.7 Uit de nota van toelichting bij het Besluit levering gas aan kleinverbruikers uit 2003 en 2005 blijkt dat de regels uit het Besluit levering gas aan kleinverbruikers ten doel hebben te zorgen dat er alleen energieleveranciers actief zijn die daadwerkelijk goede uitvoering kunnen geven aan de taak om op betrouwbare wijze en tegen redelijke tarieven gas te leveren:⁹
- “Doordat aanvragers moeten voldoen aan de criteria zoals die gesteld zijn in dit besluit, wordt gewaarborgd dat slechts leveranciers op de Nederlandse markt actief zijn die daadwerkelijk een goede uitvoering kunnen geven aan hun taak als bedoeld in artikel 44, eerste lid, van de wet.”¹⁰
- 2.8 In de nota van toelichting bij het Besluit levering gas aan kleinverbruikers uit 2003 en 2005 is toegelicht dat handhaving van groot belang is.¹¹ Daarover is het volgende opgemerkt:

⁷ Zie *Kamerstukken II 1997/98*, 25621, nr. 3 (MvT Elektriciteitswet 1998), p. 12; *Kamerstukken II 2003/04*, 29303, nr. 3 (MvT Wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet (verlenging termijn waarbinnen een afnemer wordt beschouwd als beschermde afnemer in de zin van de Gaswet en de Elektriciteitswet 1998)), p. 2.

⁸ Zie *Kamerstukken II 2003/04*, 29303, nr. 3 (MvT Wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet (verlenging termijn waarbinnen een afnemer wordt beschouwd als beschermde afnemer in de zin van de Gaswet en de Elektriciteitswet 1998)), p. 2.

⁹ Zie toelichting bij het Besluit vergunning levering gas aan kleinverbruikers van 2 juni 2003, *Stb.* 2003, nr. 234, laatstelijk gewijzigd bij besluit van 5 april 2005, *Stb.* 2005, nr. 200.

¹⁰ Zie toelichting bij het Besluit vergunning levering gas aan kleinverbruikers van 2 juni 2003, *Stb.* 2003, nr. 234, nr. 3.

¹¹ Zie toelichting bij het Besluit vergunning levering gas aan kleinverbruikers van 2 juni 2003, *Stb.* 2003, nr. 234, laatstelijk gewijzigd bij besluit van 5 april 2005, *Stb.* 2005, nr. 200.

“Ook nadat een vergunning is verleend, blijft het van belang dat deze vergunning alleen in het bezit is van leveranciers die aan de wettelijke eisen voldoen.”¹²

- 2.9 De wetgever heeft zich bij het opstellen van de Nederlandse energiewet- en regelgeving te houden aan het Europese beleid. Vanuit Europa worden regels opgesteld met het doel om voor consumenten in de EU - huishoudens en ondernemingen - een veilige, duurzame, concurrerende en betaalbare energievoorziening te waarborgen.¹³ De Europese richtlijnen bepalen dat de nationale toezichthouders alle redelijke maatregelen moeten treffen om de doelstellingen van de Europese richtlijnen te bereiken. Zij dienen onder meer bij te dragen aan het bereiken van een hoog niveau van universele dienstverlening. Dit waarborgt het recht op een betrouwbare, betaalbare energielevering van een zekere kwaliteit.¹⁴ In hun rapport *Onderzoek naar interpretatie, toereikendheid en toepassing wettelijk kader voor toezicht op energieleveranciers* stellen Lavrijssen en De Vries dat ook het toezien op de financiële continuïteit van de energieleveranciers onder het doel van toezicht valt, aangezien dit een belangrijke voorwaarde is voor een betrouwbare energievoorziening van een bepaalde kwaliteit en de bescherming van (kwetsbare) afnemers.¹⁵
- 2.10 Volgens de (Europese) wetgever strekken de wettelijke voorschriften voor energieleveranciers en het toezicht van de ACM dus in elk geval ertoe om consumenten te beschermen en de publieke belangen te borgen. Op de energiemarkt mogen slechts leveranciers actief zijn die op betrouwbare wijze en tegen redelijke tarieven energie leveren. Onzes inziens blijkt hieruit dat de regelgeving tevens de strekking heeft om de (individuele) belangen van consumenten te beschermen tegen het gevaar dat er energieleveranciers actief zijn die op onbetrouwbare wijze en tegen onredelijke tarieven stroom leveren. De door de ACM geschonden normen dienen er onzes inziens ook toe om tegen vermogensschade van consumenten als gevolg van het verlieslijdende bedrijfsmodel of faillissement van een energieleverancier te beschermen. Het lijkt onwaarschijnlijk dat de normen wel strekken tot vermogensschade als gevolg van het hanteren van onredelijke tarieven, maar niet tot het beschermen van vermogensschade als gevolg van het feit dat de energiemaatschappij over onvoldoende middelen beschikt om de door consumenten betaalde voorschotten terug te betalen. In essentie rekent de energiemaatschappij dan immers ook onredelijke tarieven; de consument betaalt per saldo immers een te hoog bedrag, doordat zij haar voorschot niet terugkrijgt. Bovendien geldt dat de betrouwbaarheid van de energievoorziening wordt aangetast wanneer

¹² Zie toelichting bij het Besluit vergunning levering gas aan kleinverbruikers van 2 juni 2003, *Stb.* 2003, nr. 234, nr. 5.

¹³ Zie Commissie, ‘Een kaderstrategie voor een schokbestendige energie-unie met een toekomstgericht beleid inzake klimaatverandering’ (Mededeling), COM/2015/080 final.

¹⁴ Artikel 58 onder h Richtlijn 2019/944 en artikel 40 onder H richtlijn 2009/73/EG.

¹⁵ Zie S. Lavrijssen & F. de Vries, *Onderzoek naar interpretatie, toereikendheid en toepassing wettelijk kader voor toezicht op energieleveranciers* (rapport voor ACM), maart 2022, p. 13.

energiemaatschappijen in financiële problemen komen of zelfs failleren.

3 Vergunningverlening en toezicht op Flexenergie door de ACM

3.1 Hieronder volgt een beknopte chronologische weergave van de Vergunningverlening en het daaropvolgende toezicht op Flexenergie door de ACM.

Vergunningverlening

3.2 Op 28 mei 2013 is Flexenergie opgericht. Op 25 september 2013 dient Flexenergie een vergunningsaanvraag in bij de ACM. Zij verstrekt daarbij onder meer een business case en financiële analyses zoals een openingsbalans, resultatenrekening en een eindbalans, in de vorm van een zogeheten GRID formulier.

3.3 Op 8 oktober 2013 concludeert de ACM dat deze aanvraag incompleet is. Zij geeft aan dat een schatting van de verwachte afzet, een bevestiging van de aanmelding van Flexenergie bij de geschillencommissie, een overeenkomst gedragscode Energie Nederland, gegevens met betrekking tot de modelcontracten en vrije contracten en procesbeschrijvingen met betrekking tot de organisatorische kwaliteiten ontbreken.¹⁶ De ACM verzoekt Flexenergie daarom om meer informatie.¹⁷

3.4 Op 21 oktober 2013 dient Flexenergie aanvullende informatie in. Dit betreft onder meer een document met de volgende informatie over de AO/IC:¹⁸

Controletechnische functiescheidingen:

De aanmelding is geautomatiseerd proces, bij een modelcontract controleert de medewerker van EnergieFlex op ontvangst van ondertekend contract en ontvangst betaling borg. Maandelijks worden alle aansluitingen van modelcontracten gecontroleerd op aanwezigheid van de fysieke contracten en geparafeerd door directie.

Bij Aanmelding van klanten worden vooraf door medewerker van front-office beoordeeld (eventueel credit check) en goedgekeurd alvorens de klant definitief wordt geregistreerd in het KAS (klanten administratiesysteem) van EABO.

Controle op informatie, verbandscontrole:

De aanmelding van klanten is geen nieuw proces voor EABO en de werking van het proces is reeds voor andere klanten van EABO beoordeeld. De klantadministratie wordt maandelijks gecontroleerd met de centrale klanten administratie op juistheid van gegevens.

Controle op informatie, registers:

De contracten zijn doorlopend genummerd en worden digitaal opgeslagen. Via het EABO systeem kunnen alle contracten worden geraadpleegd.

¹⁶ Zie document ACM/IN-045455 bij de vergunningaanvraag.

¹⁷ Ons verzoek aan de ACM om deze informatie te ontvangen is afgewezen.

¹⁸ Zie document ACM/IN-045438 bij de vergunningaanvraag.

- 3.5 Flexenergie beschrijft slechts op algemene wijze hoe de controles zullen worden verricht. Flexenergie noemt geen concrete controleprocessen en legt geen controleprotocollen over. Ten aanzien van de klantenadministratie merkt Flexenergie bijvoorbeeld slechts op dat deze maandelijks op juistheid gecontroleerd wordt met de centrale klantenadministratie. Wat het verschil is tussen de klantenadministratie en de centrale klantenadministratie, hoe deze controle precies zou geschieden en door wie de controle zou worden verricht geeft Flexenergie niet aan.
- 3.6 Voorts noemt Flexenergie een aantal keer EABO (Energy Assets Back Office B.V.), een bedrijf waaraan Flexenergie een deel van de *back office* heeft uitbesteed, waaronder de facturatie. Flexenergie blijft evenwel eindverantwoordelijk en dient controle op de verleende diensten uit te oefenen. Ten aanzien van deze controle en de verwerking in haar financiële administratie verstrekt zij de volgende informatie aan de ACM:¹⁹

3.3.2 Proces facturatie en verwerking in de financiële administratie (geen prepaid)

De facturatie proces is volledig geautomatiseerd. EABO verzorgt de facturatie processen. Voor het modelcontract wordt het regulier proces gehanteerd door EABO. Middels voorschotten wordt de facturatie opgesteld en aan het eind van het jaar afgerekend middels een eindafrekening.

Voor het facturatie proces op producten op basis van werkelijk verbruik wordt eerst door ENEPA de slimme meters dagelijks of maandelijks (afhankelijk van de toestemming klant) uitgelezen en deze standen worden in geautomatiseerd proces aan EABO door gegeven. EABO verwerkt deze standen in KAS administratie. Op basis van deze standen wordt maandelijks factuur opgesteld. Alle facturen worden geautomatiseerd opgeboekt in de administratie.

Controletechnische functiescheidingen:

De medewerker op backoffice EnergieFlex controleert in KAS de juistheid en volledigheid van facturatie door maandelijks aantal facturen te controleren en deze worden geparafeerd door directie voor akkoord.

De metingen van slimme meters worden door een extern bureau verzorgd (Enepa), hiermee is functiescheiding gecreëerd tussen registratie en invoer van meterstanden in KAS administratie.

Controle op informatie, verbandscontrole:

CAR aansluiting moet overeenkomen met de klantadministratie Steekproefsgewijs controle op profiel met werkelijke capaciteit door medewerkers backoffice EnergieFlex. Aantal klanten is gelijk aantal facturatie op maandbasis.

¹⁹ Zie document ACM/IN-045438 bij de vergunningaanvraag.

Controle op informatie, registers:

Contracten zijn doorlopend genummerd en worden digitaal opgeslagen. Via het EABO systeem kunnen alle contracten worden geraadpleegd.

Normen:

Alle facturatie zijn via online portal te raadplegen vanaf de 10^e dag van de maand. Dagelijks worden meterstanden bijgewerkt (indien toestemming akkoord is) in de dagafschrift van de klant.

Risicobeheersing:

Maandelijks worden verschillende master (totaal verbruik en totale facturatiebedrag) rapportage uit KAS gedownload en vergeleken met de werkelijke facturatie en ontvangst betaling. Deze rapportages worden geparafeerd door directie voor akkoord.

- 3.7 Flexenergie geeft aan dat zij steekproefsgewijs controles zal uitvoeren met betrekking tot het facturatieproces. Daarnaast stelt Flexenergie dat een verbandscontrole zal worden verricht, maar niet hoe, wanneer en door wie.²⁰
- 3.8 Ditzelfde geldt voor de controles op de processen facturatie en verwerking in de financiële administratie van de prepaid overeenkomsten. Voor deze diensten heeft Flexenergie een “Overeenkomst voor backoffice diensten” gesloten met ENEPA. Hierover meldt Flexenergie het volgende aan de ACM:²¹

3.3.3 Proces facturatie en verwerking in de financiële administratie (prepaid)

De facturatie proces van prepaid klanten is nagenoeg gelijk aan het proces van de werkelijk verbruik klanten. Echter, het factuurbedrag van prepaid klanten wordt niet geïncasseerd echter dagelijks bijgewerkt van het energietegoed. De prepaid klanten kunnen de factuur via online portal raadplegen. Het energietegoed wordt daarnaast via het online portal geupdated. De facturen van prepaid klanten worden automatisch opgeboekt en achteraf afgeboekt met opwaarderingen. De opwaarderingen worden geautomatiseerd opgeboekt in de administratie.

Controletechnische functiescheidingen:

De medewerker op backoffice EnergieFlex controleert in het systeem de juistheid en volledigheid van verwerking van energietegoed saldo met de gemeten standen door maandelijks aantal klanten te controleren en deze worden geparafeerd door directie voor akkoord. De metingen van slimme meters worden door een extern bureau verzorgd (Enepa), hiermee is functiescheiding gecreëerd tussen registratie en invoer van meterstanden in KAS administratie. Aantal klanten dient in overeenstemming met aantal facturen op maandbasis en dit wordt door backoffice medewerker Energieflex maandelijks gecontroleerd.

²⁰ Een verbandscontrole is een controlemiddel, waarmee een oordeel kan worden verkregen omtrent de betrouwbaarheid van de cijfers binnen een onderneming. Een voorbeeld van een verbandscontrole is: Beginvoorraad + inkopen - eindvoorraad = verkopen. Met behulp van deze verbandscontrole kan worden gecontroleerd of de geregistreerde begin- en eindvoorraad correspondeert met de geregistreerde inkopen en verkopen.

²¹ Zie document ACM/IN-045438 bij de vergunningaanvraag.

Controle op informatie, verbandscontrole:

CAR aansluiting moet overeenkomen met de klantadministratie
Steekproefsgewijs controle op profiel met werkelijke capaciteit door medewerker
EnergieFlex. Het totale factuurbedrag prepaid klanten is gelijk aan afwaardering
energietergoed

Controle op informatie, registers: contracten zijn doorlopend genummerd en worden
digitaal opgeslagen. Via het EABO systeem kunnen alle contracten worden
geraadpleegd.

Normen: Alle facturatie zijn via online portal te raadplegen vanaf de 10^e dag van de
maand. Dagelijks worden meterstanden bijgewerkt in de dagafschrift van de klant.

Risicobeheersing: Maandelijks wordt vanuit master data verschillende controle
uitgevoerd om risico te beheersen. Deze rapportages worden geparafeerd door directie
voor akkoord.

- 3.9 Ook ten aanzien van deze controles geldt dus dat slechts sprake is van een
steekproefsgewijze controle op de facturatie. Ook de verbandscontrole is
steekproefsgewijs en wordt slechts summierlijk uitgewerkt.
- 3.10 Ook met deze aanvullende stukken concludeert de ACM dat de aanvraag
onvoldoende is om inhoudelijk in behandeling te nemen. Op 29 oktober 2013
schrijft zij het volgende aan Flexenergie:

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.

De ACM concludeert dus dat Flexenergie nog onvoldoende inzicht biedt in (i) de afzonderlijke processen en toepassing van de AO/IC en (ii) de overkoepelende onderdelen om de AO/IC te kunnen beoordelen.²² De ACM verzoekt Flexenergie nogmaals om de aanvraag aan te vullen.²³

3.11 De ACM merkt in haar verzoek van 29 oktober 2013 verder het volgende op:

“Ik wijs u erop dat de aanvulling voldoende moet zijn voor de beoordeling van de aanvraag zoals gesteld in artikel 2 van het Besluit vergunning levering elektriciteit en gas aan kleinverbruikers (hierna Bve/Bvg).

U heeft eerder de gelegenheid gehad om de stukken aan te vullen, deze heeft u ook binnen de afgesproken termijn aangeleverd. Omdat er sprake is van tweede verzoek willen wij u verzoeken om de verzochte stukken binnen vijf werkdagen aan te leveren. Bij het uitblijven van een tijdige en volledige reactie behoudt de Directie Consumenten van ACM zich het recht voor om de aanvraag niet in behandeling te nemen.”²⁴

Eind oktober 2013 is de ACM zich er dus van bewust dat (i) de aanvraag van Flexenergie niet voldoet aan de Vergunningsvoorwaarden en (ii) zij de aanvraag buiten behandeling kan (dan wel moet) laten indien Flexenergie de gebreken niet herstelt.

3.12 Op 4 november 2013 dient Flexenergie nogmaals aanvullende documenten voor de vergunningaanvraag in, waaronder een 23 pagina's tellend document getiteld 'Administratieve organisatie Flexenergie B.V.'.²⁵ De informatie en omschrijving van processen in dit document heeft (opnieuw) een hoog abstractiegehalte. Een eerste punt dat opvalt is dat alle controles (t.a.v. de klachtenafhandeling, administratie, sales, marketing, inkoop, backoffice EABO en backoffice ENEPA) zullen worden uitgevoerd door de algemeen directeur of commercieel directeur, tevens bestuurders van Flexenergie. Als Flexenergie inderdaad de groei maakt die deze bestuurders beloven, is dit een enorme klus voor twee personen die al een (fulltime) baan hebben als directeur. Bovendien hebben zij geen ervaring met de energiemarkt. Een tweede opvallend punt is dat een deel van de gevraagde informatie ontbreekt, zoals een regeling over de controle op uitbestede processen en/of de frequentie daarvan. Ook geeft Flexenergie bijvoorbeeld wel aan welke informatie in het controlerapport over de klachtenservice moet worden opgenomen en dat de controle wordt uitgevoerd door de commercieel directeur, maar niet hoe vaak de controle zal plaatsvinden en hoe de controle dan plaatsvindt.

²² Zie onder meer document ACM/IN/000633 bij de vergunningaanvraag (bijlage 50 bij oorzakenrapport).

²³ Zie document ACM/IN/000633 bij de vergunningaanvraag (bijlage 50 bij oorzakenrapport).

²⁴ Zie document ACM/IN/000633 bij de vergunningaanvraag (bijlage 50 bij onderzoeksrapport).

²⁵ Zie document ACM/IN/633-045511 bij de vergunningaanvraag (bijlage 51 bij onderzoeksrapport).

- 3.13 Verder merkt Flexenergie over de controle op de inkoop en verkoop van de energielevering en de slimme meter het volgende op:²⁶

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.
	Factuur transport	Controle 1	Totaal hoeveelheid actieve aansluitingen van gas en stroom * transportkosten = factuurbedrag transport	
Vrije contract	Inkoop factuur energie	Controle 1	Totaal hoeveelheid afgenomen gas en stroom gebaseerd op product * inkoopprijs = factuurbedrag gas en stroom	Meterstand wordt door ENEPA geleverd zowel aan PV partij als EnergieFlex
	Inkoop factuur energie	Controle 2	(Totaal ontvangsten van energielevering + debiteuren) – (belastingen + marge+transport) = factuurbedrag gas & stroom	Wordt op steekproef uitgevoerd.
	Factuur transport	Controle 1	Totaal hoeveelheid actieve aansluitingen van gas en stroom * transportkosten = factuurbedrag transport	
	Factuur slimme meter	Controle 1	Totaal ontvangen bedrag van slimme meter = totaal gefactureerde bedrag slimme meter	Alle betalingen van slimme via o.a. I-deal worden voorzien van een kenmerk.

Overige verband controles zijn:

- o Opbrengsten – kostprijs verkopen = brutomarge
- o Afboeking debiteuren = Opboeking liquide middelen.
- o Omzet volgens grootboek + Omzetbelasting = opboeking debiteuren
- o Afzet volgens registratie x geldende door de directie geautoriseerde brutoverkoopprijs = omzet volgens grootboek

- 3.14 Uit dit document blijkt dat Flexenergie geen algehele controle zal uitvoeren op de inkopen en verkopen van elektriciteit van gas. Er wordt immers gewerkt met steekproeven.
- 3.15 Daarnaast blijkt uit dit document dat Flexenergie geen daadwerkelijke verbandscontroles zal uitvoeren. Ten aanzien van de eerste verbandscontrole ('opbrengsten - kostprijs verkopen = brutomarge'), geldt dat deze identiek is aan de controle die gebruikt wordt in de resultatenrekening. In het model van de

²⁶ Zie document ACM/IN/633-045511, p. 20-21 bij de vergunningaanvraag (bijlage 51 bij onderzoeksrapport).

resultatenrekening wordt de brutomarge namelijk ook berekend door de opbrengsten te verminderen met de kostprijs. Doordat deze berekeningen hetzelfde zijn, zal het verband altijd 100% zijn. Een echte verbandscontrole zou hier als kernelement hebben gehad:

brutomarge = percentage winsttopslag inkoop energie x aandeel energie in de omzet + aantal aansluitingen in de maand x vastrechtstarief.

Voor een verbandscontrole is namelijk vereist dat een relatie wordt gelegd tussen twee grootheden die allebei een aparte bron hebben.

- 3.16 Ten aanzien van de tweede in het document genoemde verbandscontrole geldt ook dat deze niet werkt. Dit theoretische verband is te simpel weergegeven. In de verbandscontrole is namelijk niet meegenomen dat er ook stortingen van borg en prepaid betalingen binnenkomen die worden geboekt in liquide middelen. De controle zou dus via een complexere formule moeten plaatsvinden.
- 3.17 Van daadwerkelijke verbandscontroles is dus geen sprake. Het ontbreken van dergelijke controlemechanismen zou voor de ACM aanleiding moeten zijn om te twijfelen aan de organisatorische en financiële kwaliteit van Flexenergie.²⁷
- 3.18 Ook met deze nadere stukken blijft de vergunningsaanvraag onvolledig en onvoldoende om de aanvraag in behandeling te nemen, zo oordeelt de ACM. Op 14 november 2013 verzoekt de ACM - voor de derde keer - om aanvullende informatie. De ACM stelt maar liefst 39 (!) vragen aan Flexenergie. De ACM vraagt onder meer het volgende:
 - “1. U geeft aan dat er een register is voor de klantadministratie, verkoop contracten en klachtenadministratie. Echter, een register voor de incasso's ontbreekt. Kunt u aangeven op welke wijze u een overzicht met betrekking tot de incasso's heeft?
 2. Anode verzorgt de inkoop van EnergieFlex. Geef aan hoe vaak gerapporteerd wordt aan de directie.
 3. Geef aan hoe vaak een back-up gemaakt wordt van de schriftelijke (financiële) stukken van EnergieFlex.
 4. Van de hieronder genoemde processen ontbreken de normen. Verstrek deze en vermeld hierbij wie de uitvoering doet en wie eindverantwoordelijk is voor de controle op het behalen van de norm.
 - a) Aanmelding / registratie nieuwe klant
 - b) aanmelding slimme meter
 - c) facturatie
 - d) debiteurenbeheer

²⁷ En daarmee zou de ACM moeten hebben vermoed dat Flexenergie niet zal voldoen aan de Vergunningsvoorwaarden.

- e) einde levering
- f) melding van een storing van de slimme meter (plus oplossing)

5. Uitbetaling beëindiging overeenkomst

- a) Is er een norm vastgesteld van de tijdige uitbetaling van aan cliënten verschuldigde bedragen wanneer de overeenkomst wordt beëindigd?
(...)

- 6. Beschrijf op hoofdlijnen de methodiek om risico's tussen in- en verkoopprijzen te kunnen beheersen.
(...).

10. In de procesbeschrijving "opwaarderen online energietegoed" (bijlage 14 email 21 okt) wordt maar één betaalmogelijkheid genoemd. In de kwaliteitscriteria worden er ten minste twee vermeld, zoals wettelijk is vereist.

(...)"²⁸

Flexenergie heeft dus nog steeds niet genoegzaam kunnen aantonen dat zij haar AO/IC op orde heeft.

- 3.19 In de begeleidende e-mail bij dit informatieverzoek van 14 november 2013 schrijft de ACM het volgende:

"Omwille van de voortgang van de behandeling van de aanvraag is reeds gestart met de inhoudelijke beoordeling hoewel dit niet gebruikelijk is gezien het feit dat officieel de aanvraag pas in behandeling wordt genomen als deze compleet blijkt te zijn."²⁹

Het is onduidelijk waarom de ACM deze - in haar eigen woorden - niet gebruikelijke stap neemt en start met de inhoudelijke behandeling van de vergunningaanvraag.

- 3.20 Vervolgens nodigt de ACM Flexenergie uit voor een gesprek over de vergunningaanvraag. Dit gesprek zal op 26 november 2013 plaatsvinden.³⁰ De inhoud van dit gesprek lijkt niet te zijn vastgelegd.

- 3.21 Op 20 november 2013 heeft Flexenergie de door de ACM gestelde vragen beantwoord en een aantal documenten ingediend.³¹ Het gaat onder meer om offertes voor contracten met klanten, een integriteitsprotocol en de productvoorwaarden en kwaliteitscriteria voor contracten. De antwoorden van Flexenergie zijn grotendeels een herhaling van informatie die zij al eerder heeft

²⁸ Zie document ACM/IN-045616 bij de vergunningaanvraag (bijlage 53 bij onderzoeksrapport).

²⁹ Zie document ACM/IN-000635 bij de vergunningaanvraag (bijlage 52 bij onderzoeksrapport).

³⁰ Zie document ACM/IN-000635 bij de vergunningaanvraag (bijlage 52 bij onderzoeksrapport).

³¹ Zie document ACM/IN-000635 bij de vergunningaanvraag (bijlage 52 bij onderzoeksrapport).

verstrekt en is bovendien erg kort. Ter illustratie wordt ten eerste verwezen naar de beantwoording van de hierboven onder nr. 3.18 weergegeven vierde vraag sub c waar wordt gevraagd naar de normen voor de processen inzake facturatie, wie deze processen uitvoert en wie eindverantwoordelijk is voor de controle op het behalen van de norm:

c) Facturatie		Proces: EABO Norm: Uiterlijk voor de 10 ^e dag van de maand Uitvoering: EABO Controle Norm: Algemeen directeur EnergieFlex
---------------	--	---

Ten tweede wordt verwezen naar punt 10 over de procesbeschrijving “opwaarderen online energietegoed” waarbij de ACM opmerkt dat maar één betaalmogelijkheid wordt genoemd. In de kwaliteitscriteria worden er ten minste twee vermeld, zoals wettelijk is vereist. In haar (summiere) reactie geeft Flexenergie aan een fout te hebben gemaakt. Zij schrijft het volgende:

“Dit is een fout, we zullen dit aanpassen.”³²

- 3.22 Op 29 november 2013 verzoekt de ACM Flexenergie nogmaals om aanvullende informatie over een aantal punten toe te zenden.³³ Over een aantal punten van dit informatieverzoek verzoekt Flexenergie de ACM om opheldering. De ACM verstrekt deze opheldering op 4 december 2013.³⁴
- 3.23 Op 9 december 2013 dient Flexenergie voor de vijfde maal stukken in bij de ACM.³⁵
- 3.24 Een dag later, op 10 december 2013, stelt de ACM nadere vragen over (de verstrekte informatie over) de financiële kwaliteit van Flexenergie. Deze vragen zien op de financiële gegevens die reeds bij de eerste aanvraag op 25 september 2013 zijn ingediend.
- 3.25 Flexenergie verzoekt twee keer om uitstel van de termijn om deze vragen te beantwoorden. De ACM verstrekt het verzochte uitstel. Flexenergie beantwoordt de vragen uiteindelijk op 6 januari 2014, een dag na het verstrijken van de termijn. Ten aanzien van de door Flexenergie gegeven antwoorden stelt de ACM onder meer onderstaande vragen aan Flexenergie:

“3B Daarnaast verzoek ik u alle documenten te verstrekken die betrekking hebben op de achtergestelde lening.
(...)”

³² Zie document ACM/IN-045616 bij de vergunningaanvraag (bijlage 53 bij onderzoeksrapport).

³³ Dit blijkt uit het document “verzoek aanvulling informatie op correspondentie van 29 november 2013 EnergieFlex” bij de vergunningaanvraag. Het originele informatieverzoek heeft de ACM ons niet toegezonden.

³⁴ Zie document ACM/IN/000644 bij de vergunningaanvraag.

³⁵ Zie document ACM/IN/000644 bij de vergunningaanvraag.

3D In de exploitatiebegroting maak ik op dat achteraf wordt betaald aan de inkooppartner. Ik verzoek u de overeenkomst te verstrekken waarin dit is vastgelegd

vraag 4 De totaalsom van de aandelen in Flexenergie B.V. zoals deze is aangegeven op blz. 4 van de het aanvraagformulier (punt 3,1) bedraagt 95%. Ik verzoek de onderliggende documenten te verstrekken waaruit dit blijkt wie over de resterende 5% beschikt en hoe de overige aandelen zijn verdeeld.”³⁶

3.26 Het antwoord van Flexenergie op vraag 3B luidt als volgt:

“[vraag 3B] Achtergestelde lening is niet meer van toepassing, het vermogen is volledig vrij gemaakt t.g.v. Flexenergie B.V. Zie bankafschrift vraag 2.”³⁷

Ineens is dus geen sprake meer van een achtergestelde lening. De ACM stelt hier geen vervolgvragen over.

3.27 Vraag 3D beantwoordt Flexenergie in het geheel niet. De ACM krijgt dus geen nadere toelichting over de inkoopstrategie van Flexenergie. Dit is opvallend, omdat Flexenergie op grond van het Besluit vergunning levering gas aan kleinverbruikers (oud) dient aan te tonen dat zij over zodanige inkoop- en transportcontracten beschikt dat zij, 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. Onderdeel hiervan zal zijn dat de inkooppartner een betaling achteraf accepteert. Is dit niet het geval en schort de inkooppartner de levering van gas bijvoorbeeld op omdat ten onrechte niet vooraf betaald wordt, dan komt de levering immers in gevaar.

3.28 Ten aanzien van vraag 4 geeft Flexenergie aan dat zij een fout heeft gemaakt in het aanvraagformulier waardoor het totale aandelenbelang niet optelde tot 100%, maar tot slechts 95%.

3.29 Op 13 januari 2014 verzoekt de ACM opnieuw om aanvullende informatie. Zij geeft onder meer het volgende aan:

“De liquiditeitsprognose is ingevuld op basis van optimistische schatting van de groei van het aantal klanten. Om een beoordeling te kunnen maken van de financiële kwaliteit bij een minder snelle klantengroei verzoek ik u een liquiditeitsprognose met een minder positieve verwachting in te vullen waarbij u kunt uitgaan van scenario 3 uit uw Business Case. Ik verzoek u gebruik te maken van het bijgevoegde format en deze op dezelfde manier in te vullen zoals bij de reeds verstrekte prognose.”

³⁶ Zie document ACM/IN-045898 bij de vergunningaanvraag.

³⁷ Zie document ACM/IN-045898 bij de vergunningaanvraag.

“Ik verzoek u toe te lichten hoe u waarborgt dat de door de klanten betaalde borgstellingen daadwerkelijk en alleen maar beschikbaar zijn ter compensatie van de ontstane betalingsachterstanden bij met name de prepaid klanten.” [onderstrepingen adv.]

- 3.30 Op 16 januari 2014 reageert Flexenergie op dit verzoek door onder meer een liquiditeitsprognose in te dienen. Ondanks het expliciete verzoek daartoe van de ACM is deze prognose niet gebaseerd op scenario 3, maar op een onbekend model. In onderstaande tabel zijn deze verschillen tussen scenario 3 en dit onbekende model weergegeven:

	<u>Scenario 3</u>	<u>Model</u>	<u>Vershil</u>
# klanten	1.202	1.202	-
Omzet	432.207	448.798	16.591
Inkoopwaarde	-341.033	-340.603	430
Marge	91.174	108.195	17.021
Bedrijfskosten	-189.330	-196.980	-7.650
Aanloopkosten	-36.500		36.500
Verlies debiteuren	-20.956	-17.308	3.648
Netto winst	-155.612	-106.093	49.519
 Ultimo kassaldo	 127.916	 171.242	 43.326

- 3.31 Opvallend is dat in het nieuwe onbekende model wordt uitgegaan van een hogere omzet, maar een lager debiteurenverlies dan scenario 3. Flexenergie licht dit niet toe.
- 3.32 Een vergelijking van de business case en het nieuwe model toont nog een tweetal opvallende verschillen:
- Het model hanteert een marge van 10% op de energiekosten terwijl de business case een marge van 5% hanteert.
 - Het model rekent met een vastrecht van € 5,99 per maand per energiesoort (gas en elektriciteit), terwijl in de bijlage van de business case een vastrecht van € 0,22 per dag excl. BTW wordt genoemd. € 0,22 per dag komt neer op € 6,69 per maand. In het lichaam van de business case (dus niet in de bijlage) wordt dan weer een bedrag van € 5,99 per maand genoemd.

Ook deze verschillen worden niet benoemd of toegelicht.

- 3.33 De balans in de liquiditeitsprognose van het model wijkt op meer punten af van de balans in de business case (in het GRID-formulier³⁸). Deze verschillen zijn weergegeven in de volgende tabel:

Vergelijking balans ultimo 2014			
	Grid	Model	
	25-09-2013	16-01-2014	Vershil
DEBET			
Materiële vaste activa	46.500	6.000	-40.500
Debiteuren	39.408		-39.408
Overige activa	34.165	-	-34.165
Liquide middelen	220.150	171.242	-48.908
	340.223	177.242	-162.981
CREDIT			
Eigen vermogen:	148.905	84.713	-64.192
Crediteuren/Fiscus	191.318	92.529	-98.789
	340.223	177.242	-162.981

- 3.34 Opvallend is dat de post debiteuren in de balans van het nieuwe model ontbreekt. Dit klopt niet. Van de 1.202 klanten ultimo 2014 zijn er 494 (41%) met een prepaid contract, 502 (42%) klanten die afrekenen op basis van werkelijk verbruik (postpaid) en 206 klanten met een modelcontract (jaarprofiel op voorschot).³⁹ Er moet dus aan het eind van de maand een positie aan debiteuren zijn. Er ontstaan immers debiteurenvorderingen op de klanten met een postpaid- en modelcontract.
- 3.35 Tot slot bevat de liquiditeitsprognose een belangrijke onjuistheid. De omzet wordt volledig meegenomen in de prognose, aangezien de cashflow hiermee gelijk is gesteld. Dat is onjuist, gelet op het feit dat in de resultatenrekening een debiteurenverlies van circa € 17.000,- is opgenomen. Dit bedrag moet worden afgetrokken van de omzet en kan niet moeten worden meegenomen in de cashflow. Hierdoor is de prognose niet kloppend.
- 3.36 Op 24 januari 2014 heeft de ACM verzocht om nadere informatie over onder meer de contractvoorwaarden met consumenten en het afsluitbeleid.
- 3.37 Flexenergie beantwoordt deze aanvullende vragen op 27 januari 2014. Een dag later corrigeert Flexenergie haar antwoord door een aangepast document in te dienen. De verklaring voor deze aangepaste indiening is dat Flexenergie “een vergissing [heeft] gemaakt tussen prepaid- en modelcontract”.⁴⁰
- 3.38 Nog steeds ontbreekt er informatie volgens de ACM, zo blijkt uit haar informatieverzoek op 30 januari 2014. Zo zijn de door Flexenergie ingediende conceptherinneringsbrief en offertes niet conform de daaraan gestelde vereisten. In het verzoek brengt de ACM nauwkeurig in kaart hoe Flexenergie haar gebreken

³⁸ Het GRID-formulier is overigens ook geen directe uitwerking van één van de drie scenario's in de business case.

³⁹ Zie document ACM/IN-045940, p. 10 bij de vergunningaanvraag.

⁴⁰ Zie document ACM/IN-000653 bij de vergunningaanvraag.

dient op te lossen. Dit zou natuurlijk op de weg van Flexenergie zelf hebben moeten liggen. In dit verzoek meldt zij verder het volgende:

“Op dit moment zijn we bezig met de “final check” zodat deze vragen hoogstwaarschijnlijk de laatste vragen zijn, mits voldoende en volledig beantwoord. Dat lijkt mij goed nieuws voor u.”

- 3.39 Op 31 januari 2014 zendt Flexenergie informatie aan de ACM naar aanleiding van het verzoek van 30 januari 2014.⁴¹
- 3.40 Op 6 februari 2014 verleent de ACM de Vergunning aan Flexenergie. In de Vergunning stelt de ACM 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.

Toezicht na vergunningverlening

- 3.41 Na de vergunningverlening in februari 2014 staat Flexenergie als energiewaatschappij onder doorlopend toezicht van de ACM.
- 3.42 Begin 2015 start de ACM met een amtschalve controle bij Flexenergie op de naleving van het document ‘Informatievoorziening op de consumentenmarkt voor energie’.⁴² In het document wordt een overzicht gegeven van de regels voor de informatieverstrekking aan consumenten bij het aanbieden en leveren van energie.
- 3.43 Op 14 augustus 2015 stelt de ACM Flexenergie in kennis dat zij de volgende overtredingen heeft geconstateerd:

“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 bedenkt termijn). 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.”⁴³

⁴¹ Zie document “verzoek informatie op 30 januari 2014 Energieflex” bij de vergunningaanvraag.

⁴² Te raadplegen via <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/13480/Informatievoorziening-op-de-consumentenmarkt-voor-energie>.

⁴³ Zie Besluit ACM d.d. 14 september 2015 (bijlage 57 bij onderzoeksrapport).

Ook geeft de ACM aan voornemens te zijn om een last onder dwangsom op te leggen.

- 3.44 Op 27 augustus 2015 reageert Flexenergie op deze kennisgeving. Zij geeft toe dat in het verleden bepaalde verplichtingen niet (correct) zijn doorgevoerd. Flexenergie stelt dat zij de informatie op haar website op zeer korte termijn zal aanpassen.
- 3.45 In september 2015 beoordeelt de ACM de door Flexenergie getroffen maatregelen. De ACM concludeert dat Flexenergie de verplichtingen op dat moment slechts gedeeltelijk naleeft. Daarom legt de ACM bij besluit van 14 september 2015 een last op om de overtredingen te beëindigen op straffe van een dwangsom indien dat niet zou gebeuren binnen een termijn van twee weken.⁴⁴
- 3.46 Op 20 december 2016 brengt de ACM een onaangekondigd bedrijfsbezoek aan Flexenergie nadat zij signalen heeft ontvangen dat niet in alle gevallen een eindafrekening plaatsvindt met consumenten die hun contract bij Flexenergie opzeggen en dat de facturatie niet correct verloopt. Tijdens het bedrijfsbezoek worden diverse interviews gehouden. Uit de interviews blijkt onder meer het volgende:
 - 1 Flexenergie heeft geen retentiebeleid;
 - 2 Flexenergie heeft problemen met de facturatie, mede door een hoge werkdruk op de afdeling debiteurenbeheer;
 - 3 Flexenergie houdt geen klachtenrapportage bij;
 - 4 De bestuurder van Flexenergie die wordt geïnterviewd heeft onvoldoende kennis en is niet op de hoogte van (de omvang van) de problemen met betrekking tot de facturatie.
- 3.47 Tijdens en na afloop van het bedrijfsbezoek vordert de ACM een aantal documenten, waaronder het accountantsverslag bij de jaarrekening van 2014, een rapport van Zest Group getiteld 'Verbetervoorstel Energieflex'⁴⁵ over de informatieverstrekking van Flexenergie gedurende het klantcontact, de leveranciersprocessen en -systemen, eindnota's, MT verslagen, een rapport migratie klanten, documentatie over de IT-omgeving van Flexenergie, een rapport IT-omgeving van Flexenergie en mailboxen van de bestuurders en diverse medewerkers. Daarnaast vordert de ACM na afloop van het bezoek dat Flexenergie uiterlijk op 11 januari 2017 stukken ter beschikking stelt waaruit blijkt hoe de migratie van het oude backoffice systeem (EABO/KAS) naar het huidige backoffice systeem (Open-i/SalesForce/Fine) is opgezet en verlopen. De ACM geeft aan dat zij inzicht wil verkrijgen in de problemen die bij of als gevolg van deze migratie zijn opgetreden en hoe deze zijn aangepakt door Flexenergie.

⁴⁴ Zie Besluit ACM d.d. 14 september 2015 (bijlage 57 bij onderzoeksrapport).

⁴⁵ Zie bijlage 28 bij onderzoeksrapport.

3.48 De verstrekte jaarrekening over 2014 bevat de oordeelsonthouding van de accountant waarin, evenals in het rapport van Zest Group, wordt geconcludeerd dat Flexenergie haar AO/IC niet op orde heeft. De accountant noemt een viertal probleemgebieden bij de AO/IC en beschrijft de volgende bevindingen, risico's en aanbevelingen⁴⁶, waarbij hij vermeldt dat de urgentie om deze aanbevelingen op te volgen 'hoog' is:

3.3 Opbrengstverantwoording

		Urgentie: Hoog
Bevinding	Risico	Aanbeveling
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.	Wij adviseren om de boekingsgang dusdanig in te regelen dat bij de facturatie een (geautomatiseerde) boeking plaatsvindt in de financiële administratie waarbij gebruik wordt gemaakt van een debiteurenadministratie.
2. Ten behoeve van de balanscontrole heeft u een rondrekening 2014 opgesteld met betrekking tot de ingekochte energie (facturen Anode versus verantwoorde inkopen) waarbij de ingekochte energie (van de klanten die voorschotbedragen betalen), gebaseerd is op normbedragen uit het Centraal Aansluitingen Register (CAR).	De volgende risico's hangen samen met een niet tijdige rondrekening van de energie. • Onvolledige of onjuiste verantwoording van de post omzet en daarmee samenhangende balansposten debiteuren, nog te factureren omzet en vooruit gefactureerde omzet. • Onvolledige verantwoording van de kostprijs omzet en daarmee samenhangende balansposten af te dragen energie en gas (aan Anode), crediteuren en overige schulden. • Onvolledige afdracht en verantwoording van de post energiebelasting.	Wij adviseren om de rondrekening van de energie per kwartaal (en daarnaast cumulatief per jaar) op te stellen, hetzelfde interval als de aangifte energiebelasting. In deze rondrekening dienen minimaal de volgende aspecten aan bod te komen: • Een aansluiting van de "goederenbeweging" energie en gas, waaruit het totaal van het ingekochte energie en gas in aansluiting op de totaal verkochte energie en gas blijkt. • Een aansluiting van de "goederenbeweging" energie en gas, met een opgave van de belastingdienst ten behoeve van de volledigheid van de post te betalen energiebelasting. • Uit deze goederenbeweging dient te blijken dat de aansluitingen volgens het Centraal aansluitingen
3. In relatie met de omzetverantwoording op basis van het kasstelsel, hebben wij geconstateerd dat er gesteund wordt op de ontvangsten via Mollie en Sisow. Er vindt echter geen zichtbare controle plaats waardoor gewaarborgd wordt dat de tussenpartijen voor betalingsafhandelingen (Sisow en Mollie) de betalingen volledig doorstorten.	Het risico bestaat dat gelden niet volledig worden doorbetaald door de tussenpartijen en hierdoor de omzet te laag wordt verantwoord.	register met betrekking tot klanten van Flexenergie B.V. zijn opgenomen in de goederenbeweging. Wij adviseren om de ontvangsten via Sisow en Mollie af te stemmen met de facturatie om zo de volledigheid van de ontvangsten via Sisow en Mollie te waarborgen. Wij adviseren deze controle zichtbaar vast te leggen. Dit advies houdt verband met het opzetten van de debiteurenadministratie in de financiële administratie waarmee dit feitelijk wordt gerealiseerd.
4. Wij hebben geconstateerd dat er nog geen procedure beschrijvingen zijn opgesteld met betrekking tot het proces omtrent de opbrengstverantwoording.	Hierdoor ontstaan de volgende risico's: • Het risico bestaat dat de procedures intern niet duidelijk zijn en niet worden gevolgd. Hierdoor bestaat het risico dat vastlegging van informatie in de (financiële) administratie niet op een consistente wijze plaatsvindt. • Het risico bestaat dat er een te grote afhankelijkheid ontstaat van een aantal medewerkers doordat kennis van deze personen niet toegankelijk is voor eventuele opvolgers.	Wij adviseren om een procedurebeschrijving op te stellen met betrekking tot het proces omtrent de opbrengstverantwoording. Hieruit dient duidelijk naar voren te komen welke interne beheersingsmaatregelen er getroffen zijn om de kwaliteit van de AO/IB op een adequaat niveau te houden. In de procedurebeschrijving kunnen bovenstaande onderwerpen worden verwerkt.

⁴⁶ Zie accountantsverslag 2014, p. 10 (bijlage 17 bij onderzoeksrapport).

- 3.49 Op 21 april 2017 bezoekt de ACM Flexenergie opnieuw. Het doel van dit bedrijfsbezoek is blijkens de vooraankondiging in de brief van de ACM aan Flexenergie van 14 april 2017:

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.

- 3.50 Uit navraag van de Curator bij de ACM is gebleken dat de verzochte financiële prognose op hoofdlijnen niet is verstrekt en dat de ACM geen opvolging heeft gegeven aan haar verzoek.
- 3.51 Tijdens het bedrijfsbezoek van 21 april 2017 interviewt de ACM een aantal betrokkenen. In het interview met de algemeen directeur van Flexenergie geeft de ACM aan dat zij de mogelijkheid heeft om de vergunning in te trekken als zij van mening is dat Flexenergie niet voldoet aan de vergunningvereisten. Voorts geeft zij aan thans voornemens te zijn om de vergunning van Flexenergie aan te passen.
- 3.52 Op 24 april 2017 gebiedt de ACM Flexenergie onmiddellijk te stoppen met het in rekening brengen van kosten aan klanten bij het beëindigen van een leveringsovereenkomst voor onbepaalde tijd.
- 3.53 Op 4 mei 2017 meldt Flexenergie per 21 april 2017 te zijn gestopt met het in rekening brengen van de vergoeding en de algemene voorwaarden te hebben gewijzigd.
- 3.54 Op 29 juni 2017 deponeert Flexenergie haar jaarrekening over het boekjaar 2015.⁴⁷ De jaarrekening kent opnieuw een oordeelsonthouding. Voorts benadrukt de accountant de onzekerheid omtrent de continuïteit van Flexenergie. Uit de jaarrekening blijkt ook een negatief eigen vermogen van € 725.000,- en onvoldoende liquiditeit aangezien de kortlopende schulden, inclusief belastingen, € 5.033.000,- bedroegen ten opzichte van liquide middelen van € 3.108.000,-.
- 3.55 Op 17 juli 2017 brengt de ACM een derde bezoek aan Flexenergie en interviewt opnieuw betrokkenen. Tijdens het gesprek geeft de ACM aan dat Flexenergie op zowel op de voor de energievergunning vereiste financiële kwaliteit als op de organisatorische kwaliteit tekortschiet en dat dit mogelijk kan leiden tot een

⁴⁷ Zie bijlage 13 bij onderzoeksrapport (zie ook bijlagen 12 en 14 bij onderzoeksrapport voor de jaarrekeningen 2014 en 2016).

wijziging of intrekking van de vergunning:⁴⁸

“Schiet, want als wij kijken naar hoe het er nu voor staat en de antwoorden die wij nu krijgen, dan schieten jullie in ieder geval te korte op de financiële kwaliteit. Er wordt gezegd, wij hebben moeite met die meetverantwoordelijkheid en de prognoses. Die krijgen wij niet sluitend, dat is door jullie verklaard. Jullie verklaren tegelijkertijd over de organisatorische kwaliteit dat er nu bekend is dat jullie scoren bijvoorbeeld onder de norm van tijdigheid van facturatie en dat het er sterk op lijkt dat tot in Q1 2018 in ieder geval zakelijk en kleinverbruik door blijft gaan en dan moeten wij maar afwachten of dat op die manier dan opgelost wordt. Er zit ook een vooruitblik in dat de norm niet gehaald zal worden met zekerheid op korte termijn. Dat is eigenlijk overall de terugkoppeling die wij aan onze directeur willen geven, die moet uiteindelijk besluiten tot een vergunningswijziging of intrekking, in ieder iets met de vergunning dat moet zij doen, maar ons advies gaat zijn, op dit moment komen jullie op deze twee punten tekort.”

- 3.56 Op 18 juli 2017 vraagt de ACM aanvullende informatie op bij Flexenergie. Het is ons niet bekend of Flexenergie (volledig) aan dit informatieverzoek heeft voldaan.
- 3.57 Op 17 oktober 2017 heeft de ACM aan Flexenergie het informatieverzoek ‘Financiële positie vergunninghouders 2017’ toegezonden. De ACM vraagt om (i) een liquiditeitsprognose, (ii) een bondige toelichting op de financiële positie van de onderneming en (iii) het jaarverslag over 2016. Op 14 november 2017 dient Flexenergie de liquiditeitsprognose en een factsheet in bij de ACM. Op 29 december 2017 heeft de ACM de jaarrekening 2016 van Flexenergie ontvangen.⁴⁹ Ook bij deze jaarrekening geeft de accountant een verklaring oordeelonthouding af. De accountant concludeert dat er materiële onzekerheid bestaat over de continuïteit van Flexenergie.
- 3.58 Reeds op 30 oktober 2017 besluit de ACM al om de aan Flexenergie verstrekte vergunningen voor de leveringen van elektriciteit en gas te wijzigen, door te eisen dat Flexenergie binnen zes maanden moet voldoen aan het Toetsingskader AO/IC, haar gehele AO/IC moet beoordelen en daarover een assurance rapport op moet stellen. De reden voor dit besluit is dat de ACM heeft vastgesteld dat Flexenergie *“in ieder geval niet voldoet aan de drie getoetste aspecten, van de in totaal zeven aspecten, van het Toetsingskader AO/IC”*. In het besluit staat beschreven dat het de volgende drie aspecten van het Toetsingskader AO/IC betreft:⁵⁰
- (i) controle op informatie, registers;
 - (ii) verbandscontroles;
 - (iii) beheersing bedrijfsprocessen:
 - a. facturatie;
 - b. meetgegevens processen.

⁴⁸ Verslag gesprek ACM en Flexenergie d.d. 17 juli 2017 (bijlage 9 bij onderzoeksrapport).

⁴⁹ Zie bijlage 14 bij onderzoeksrapport.

⁵⁰ Zie bijlage 20 bij onderzoeksrapport.

- 3.59 In een brief van 28 augustus 2018 deelt de ACM Flexenergie mee dat de ACM onderzoek doet naar overtredingen met betrekking tot het in rekening brengen van afsluitkosten bij consumenten die een prepaid contract voor onbepaalde tijd hebben beëindigd. Op 2 oktober 2018 concludeert de ACM dat Flexenergie deze kosten ten onrechte in rekening heeft gebracht.
- 3.60 Op 11 oktober 2018 is aan Flexenergie voorlopige surseance van betaling verleend.
- 3.61 Op 15 oktober 2018 trekt de ACM de vergunning van Flexenergie in.
- 3.62 Op 22 oktober 2018 is de surseance omgezet in een faillissement met de aanstelling van de Curator als curator en met benoeming van mr. P.J. Neijt tot rechter-commissaris.
- 3.63 Het tekort in de boedel bedraagt circa € 23 miljoen. Meer dan 20.000 voormalige klanten van Flexenergie, de belastingdienst en handelscrediteuren hebben gezamenlijk afgerond € 28 miljoen te vorderen.

4 Verwijtbaar handelen ACM

- 4.1 Op grond van de hiervoor beschreven feiten en omstandigheden (zie voor een uitgebreidere weergave van het feitencomplex het onderzoeksrapport van de Curator van 24 november 2021, gepubliceerd op <https://www.wijnenstael.nl/media/cms/images/Onderzoeksrapport-inzake-faillissement-Flexenergie-BV.pdf>) achten wij goed verdedigbaar dat de ACM op meerdere momenten verwijtbaar heeft gehandeld.
- 4.2 Wij achten ten eerste goed verdedigbaar dat de ACM aan Flexenergie geen vergunning had mogen verlenen. Flexenergie heeft niet genoegzaam aangetoond over de benodigde organisatorische en financiële kwaliteiten te beschikken, en voldoet dus niet aan de Vergunningsvoorwaarden. Dit blijkt uit de volgende feiten en omstandigheden, in onderlinge samenhang gezien.
 - A Het verloop van de aanvraag van de Vergunning en de verstrekte informatie tonen aan dat Flexenergie onvoldoende is voorbereid op de uitvoering van haar taken als energieleverancier. Zo moet de ACM veel - zeer gedetailleerde - aanvullende informatieverzoeken doen en heeft Flexenergie veel tijd nodig om haar aanvraag compleet te krijgen. Onzes inziens kan worden verdedigd dat Flexenergie niet in staat was om op eigen kracht een complete vergunningaanvraag in te dienen. Uit het feitencomplex blijkt dat de aanvraag van Flexenergie hoogstwaarschijnlijk niet zou zijn toegewezen zonder de betrokkenheid van de ACM. De ACM heeft meerdere aspecten van de aanvraag 'voorgekauwd'.

- B Flexenergie heeft niet aangetoond dat zij beschikt over de vereiste financiële kwaliteiten. De aanvraag is namelijk gebaseerd op onrealistische financiële verwachtingen, en de ingediende documenten bevatten inconsistenties en fouten:
- (i) De ACM had moeten zien dat de door Flexenergie aangeleverde financiële stukken, waaronder de prognoses, uitgaan van onrealistische verwachtingen. Zo rekent Flexenergie met een hoog vastrecht, waardoor zij geen concurrerende prijs kan rekenen, maar verwacht zij nog steeds klanten te trekken in een markt waarin prijs de doorslaggevende factor is voor consumenten om over te stappen. Daarnaast rekent Flexenergie op een lage *churn rate*, overigens zonder een beleid voor klantbehoud. Hierop wordt niet gewezen door de ACM. Wel vraagt de ACM om een model waarin Flexenergie uitgaat van een lagere groei van het aantal klanten, conform het door Flexenergie worst case scenario (scenario 3) in haar business model. Het model dat Flexenergie vervolgens verschaft, gebruikt echter compleet nieuwe cijfers. Dit signaleert de ACM niet.
 - (ii) In de aanvraagdocumenten staan diverse inconsistenties en tegenstrijdigheden. Zo rekent Flexenergie met maar liefst drie verschillende hoogtes aan vastrecht, zonder te verklaren waarom deze telkens verschilt. Daarnaast komen de financiële data in de business case en de GRID niet overeen. Hiervoor geeft Flexenergie eveneens geen verklaring. Ook een nieuw model dat Flexenergie indient om te voldoen aan het verzoek van de ACM om een minder optimistische prognose op te stellen, gebruikt compleet andere waardes dan de eerder ingediende prognoses. De ACM stelt hier geen vragen over, terwijl de inconsistenties hoe dan ook reden zouden moeten zijn om te twijfelen of Flexenergie voldoet aan de financiële kwaliteiten die nodig zijn voor een goede uitvoering van haar taak.
 - (iii) Gedurende de aanvraag maakt Flexenergie fouten. Zo vergist zij zich in iets eenvoudigs als het weergeven van de aandelenverhouding; daarbij komt het totaal aantal aandelen op 95% in plaats van 100%. Ook worden er basale rekenfouten gemaakt. Zo vergeet Flexenergie dat de cashflow niet gelijk is aan de omzet als er een debiteurenverlies wordt geleden.
- C Gelet op de door Flexenergie verstrekte informatie zou de ACM sterke vraagtekens moeten plaatsen bij de levensvatbaarheid van Flexenergie en derhalve bij de vereiste financiële kwaliteiten waarover een energieleverancier moet beschikken. Flexenergie heeft bijvoorbeeld geen retentiebeleid teneinde te zorgen voor de door haar beoogde lage

churn rate. Dit is problematisch, omdat Flexenergie een risicovol bedrijfsmodel heeft door zich juist te richten op consumenten die vaak overstappen. Bovendien zijn de prognoses niet realistisch, nu zij uitgaan van een - in de woorden van de ACM - optimistische schatting van de groei van het aantal klanten en een zeer lage *churn rate*. Tezamen met de gebrekkige AO/IC is het zeer de vraag of Flexenergie ooit in staat zal zijn winst te genereren of - op zijn minst - break even te draaien.

- D Flexenergie heeft niet aangetoond dat zij beschikt over de vereiste organisatorische kwaliteiten. Zij heeft immers niet getoond dat zij beschikt over een goede administratieve organisatie, met inbegrip van de financiële administratie, en over een goede interne of externe controle hierop (AO/IC), op grond van de volgende omstandigheden:
- (i) Flexenergie werkt haar AO/IC niet materieel uit. Zij volstaat met het geven van abstracte en algemene omschrijvingen van (controle)processen, enkele voorbeelden of een verwijzing naar de bedrijven aan wie zij haar *back office* heeft uitbesteed. Er is geen inhoudelijke beschrijving van de risicobeheersing en er zijn geen controleprotocollen.
 - (ii) De verbandscontroles - een belangrijk controlemechanisme - voldoen niet aan de elementaire eisen die daarvoor gelden. Van daadwerkelijke verbandscontrole is geen sprake. Hierdoor laat de interne controle te wensen over.
 - (iii) Sommige essentiële informatie is in het geheel niet aan de ACM verstrekt, zoals een regeling over de (frequentie van de) controle op uitbestede processen.
 - (iv) Uit de verstrekte informatie blijkt dat Flexenergie geen controle zal uitoefenen op de inkopen en verkopen van energie.
 - (v) Belangrijke controles zullen bovendien slechts 'steekproefsgewijs' plaatsvinden.
 - (vi) Als klap op de vuurpijl blijkt uit de documenten dat Flexenergie voornemens is veel controles uit te laten voeren door de bestuurders van Flexenergie.
- E De bestuurders van Flexenergie hebben geen ervaring binnen de energiesector. Flexenergie heeft geen aandacht besteed aan de vraag hoe zij desondanks denkt te beschikken over de benodigde organisatorische, financiële en technische kwaliteiten voor de goede uitvoering van haar taak. Daarnaast hebben de bestuurders veel operationele taken. Zij zijn niet alleen eindverantwoordelijk voor

Flexenergie, maar hebben ook veel (controle)taken op het gebied van de AO/IC.

- 4.3 Ten tweede heeft de ACM onze inziens niet adequaat gehandeld in het toezicht op Flexenergie na de Vergunningverlening. Vanaf begin 2015 ontvangt de ACM aanhoudend signalen, zowel van consumenten als naar aanleiding van haar onderzoek, dat Flexenergie niet voldoet aan het consumentenrecht en de Vergunningsvoorwaarden. Desondanks grijpt de ACM op geen moment in door de Vergunning van Flexenergie in te trekken.⁵¹ Onze inziens is verdedigbaar dat de ACM op 1 juni 2017 in redelijkheid niet tot een andere conclusie had kunnen komen dan de Vergunning van Flexenergie in te trekken. Dat zij dit niet heeft gedaan, kan haar worden verweten, gelet op de volgende omstandigheden:
- A Op 1 juni 2017 heeft Flexenergie al geruime tijd haar AO/IC niet op orde. Hier is de ACM ten minste vanaf 20 december 2016 mee bekend, door de interviews met betrokkenen van Flexenergie. Zo zijn er problemen met de facturatie (onder meer door een transitie naar een nieuw systeem en onderbezetting) en is er geen klachtenrapportage. De problemen met de AO/IC blijken ook duidelijk uit de oordeelsonthouding van de accountant bij de jaarrekening over 2014, die de ACM uiterlijk 11 januari 2017 ontvangt. De accountant signaleert meerdere problemen en geeft aan dat de urgentie om deze aanbevelingen op te volgen hoog is. Ook Zest Group signaleert in haar rapport diverse problemen met betrekking tot de AO/IC. Ook dit rapport heeft de ACM uiterlijk 11 januari 2017 ontvangen. Een gebrekkige AO/IC leidt ertoe dat Flexenergie niet de organisatorische kwaliteiten beschikt die zijn vereist voor een Vergunning. Bovendien heeft dit tot gevolg dat Flexenergie geen inzicht heeft in haar rechten en verplichtingen. Dit heeft directe gevolgen voor de financiële positie van Flexenergie en derhalve voor de financiële kwaliteiten waarover een energieleverancier dient te beschikken ingevolge de Energie- en Gaswet.
 - B Flexenergie heeft geen retentiebeleid. Dit wist de ACM vanaf 20 december 2016, aangezien dit bleek uit interviews met betrokkenen. Hierdoor kan Flexenergie haar bestaande klanten, aan wie een energiemaatschappij het meest verdient, niet aan zich binden. Ook dit heeft direct gevolgen voor de financiële positie en derhalve de vereiste financiële kwaliteiten van Flexenergie.
 - C Dit geldt eveneens voor het feit dat de ACM er reeds sinds begin januari 2017 mee bekend is dat Flexenergie aanzienlijke verliezen lijdt. Dit blijkt namelijk uit de jaarrekening 2014 die de ACM uiterlijk op 11 januari 2017 heeft ontvangen.

⁵¹ Dit gebeurt pas nadat aan Flexenergie surseance van betaling is verleend.

- D De ACM heeft op 14 april 2017 de noodzaak gezien om de financiële positie van Flexenergie te controleren, aangezien zij op die datum Flexenergie verzoekt om een financiële prognose over de periode van mei 2017 t/m april 2018 te verstrekken. Deze prognose wordt door Flexenergie niet verstrekt. De ACM heeft deze prognose vervolgens niet nogmaals opgevraagd. Hiermee is de ACM nalatig geweest in haar toezicht, omdat Flexenergie onzes inziens nooit met een realistische prognose had kunnen komen waaruit bleek dat zij wel aan haar verplichtingen zou kunnen hebben voldaan, gelet op:
- de zeer slechte financiële situatie waarin zij in het tweede kwartaal van 2017 reeds verkeerde,
 - het sterk verlieslatende business model (met miljoenenverliezen op jaarbasis),
 - de deplorabele stand van de AO/IC, waardoor Flexenergie geen inzicht had in haar rechten en verplichtingen en
 - 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.
- E De ACM heeft op 21 april 2017 zelf aangegeven dat zij meent dat Flexenergie niet voldoet aan de Vergunningsvoorwaarden. Eerdere maatregelen en bedrijfsbezoeken hebben kennelijk niet tot de gewenste veranderingen geleid.
- F Flexenergie overtreedt vanaf 2015 doorlopend het consumentenrecht.⁵² Flexenergie is kennelijk niet in staat alle voor haar geldende verplichtingen te overzien en hieraan te voldoen. Dit beeld wordt bevestigd in gesprekken op 20 december 2016 met één van de bestuurders van Flexenergie, waaruit blijkt dat hij niet op de hoogte is van (i) de wettelijke verplichtingen waaraan Flexenergie dient te voldoen en (ii) (de ernst van) de problemen bij Flexenergie. Het besluit van de ACM van 14 september 2015 waarin de ACM aan Flexenergie een last oplegt om diverse overtredingen van het consumentenrecht te beëindigen op straffe van een dwangsom indien dat niet zou gebeuren binnen een termijn van twee weken heeft kennelijk niet tot de gewenste duurzame veranderingen bij Flexenergie geleid.

Op grond van de onder A tot en met F genoemde omstandigheden had de ACM moeten ingrijpen, 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.

⁵² Zie onder meer het besluit van de ACM van 14 september 2015.

4.4 Uit bovenstaand feitencomplex volgt dat er twee mogelijk onrechtmatige gedragingen zijn:

- 1 Het verlenen van de Vergunning op 6 februari 2014 terwijl Flexenergie aantoonbaar niet voldeed aan de Vergunningsvoorwaarden, de aanvraag incompleet was en er bovendien ernstige twijfels bij de ACM zouden moeten bestaan met betrekking tot de levensvatbaarheid en het bedrijfsmodel van Flexenergie (“**Vergunningverlening**”);
- 2 Het nalaten om de Vergunning op of omstreeks 1 juni 2017 in te trekken onder de hiervoor onder nr. 4.3 genoemde omstandigheden (“**Falend Toezicht**”).

5 Onrechtmatige gedragingen door ACM

5.1 Hieronder wordt nader toegelicht dat in casu sprake is van een doen (in geval van de Vergunningverlening) c.q. nalaten (in geval van het Falend Toezicht) in strijd met een wettelijke plicht c.q. een doen/nalaten in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt (schending van een zorgplicht).

a. Schending wettelijke voorschriften

Vergunningverlening

5.2 Voor het leveren van gas en elektriciteit aan consumenten zijn vergunningen daartoe van de ACM vereist.⁵³ De ACM verleent deze vergunningen slechts indien een energieleverancier voldoet aan de Vergunningsvoorwaarden. De ACM heeft geen beleidsvrijheid in de zin dat zij de Vergunning ook mag verlenen indien een energieleverancier niet aan de Vergunningsvoorwaarden voldoet. De rechter hoeft dus niet terughoudend te toetsen.⁵⁴

5.3 Er kan een vergelijking worden getrokken met de zaak *Alphen aan de Rijn*, waarin het ook ging over schade als gevolg van een onrechtmatig verleende vergunning.⁵⁵ In deze zaak stond de wetsschending vast, omdat de korpschef een wapenvergunning had verleend in strijd met de materiële eis in art. 28 lid 2 jo. art. 7 lid 1 WWM dat een aanvraag daartoe moet worden geweigerd indien de aanvrager een gevaar voor zichzelf en de openbare orde of veiligheid kan vormen of er reden is om te vrezen dat aan de aanvrager het onder zich hebben van

⁵³ Het is op grond van art. 95a lid 1 Elektriciteitswet 1998 en art. 43 Gaswet verboden zonder vergunning elektriciteit of gas te leveren aan kleinverbruikers. De bevoegdheid van de ACM om deze vergunningen te verlenen is gegeven in het Besluit vergunning elektriciteit aan kleinverbruikers (artikel 2) en het Besluit vergunning levering van gas aan kleinverbruikers (artikel 2).

⁵⁴ In HR 13 oktober 2006, NJ 2008/527 (*Vie d'Or/Verzekeringskamer*) komt naar voren dat het bestaan van beleidsvrijheid maakt dat de rechter terughoudend dient te toetsen of de toezichthouder onrechtmatig heeft gehandeld. Het gaat er niet om of, achteraf oordelend, een andere beslissing beter was geweest en of daardoor schade aan derden had kunnen worden voorkomen, maar of in de omstandigheden en met de kennis van toen de ACM in redelijkheid tot de desbetreffende beslissing heeft kunnen komen.

⁵⁵ Zie HR 13 oktober 2006, NJ 2008/527 (*Vie d'Or/Verzekeringskamer*) en HR 20 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1409 (*Schietincident Alphen aan den Rijn*).

wapens of munitie niet kan worden toevertrouwd of dat van de vergunning dan wel van wapens of munitie misbruik zal worden gemaakt. Ook in deze zaak kwam de vergunningverlener geen beleidsvrijheid toe, waardoor indringend kon worden getoetst.

- 5.4 Onzes inziens is goed verdedigbaar dat de ACM onrechtmatig heeft gehandeld door de Vergunning te verlenen aan Flexenergie in strijd met de wettelijke vereisten van art. 45 Gaswet, art. 95d Elektriciteitswet 1998, art. 3 Besluit vergunning levering gas aan kleinverbruikers (oud) en art. 3 Besluit levering elektriciteit aan kleinverbruikers (oud). Op grond van het feitencomplex kan worden betoogd dat de ACM ten tijde van de Vergunningverlening niet kon concluderen dat Flexenergie voldeed aan de Vergunningsvoorwaarden (zie §4). Immers, Flexenergie beschikte niet over de benodigde financiële kwaliteiten, beschikte niet over een goede AO/IC en zou de competitieve energiemarkt betreden met (relatief) hoge tarieven en zonder retentiebeleid en derhalve zonder haalbare business case. Kortom, Flexenergie voldeed niet aan de Vergunningsvoorwaarden, omdat zij niet genoegzaam kon aantonen dat zij beschikte over de benodigde organisatorische en financiële kwaliteiten voor een goede uitvoering van haar taak om op een betrouwbare wijze en tegen redelijke tarieven en voorwaarden zorg te dragen voor de levering van gas en elektriciteit.

Falend Toezicht

- 5.5 Wanneer de ACM overtredingen signaleert, zal zij moeten optreden vanwege de beginselplicht tot handhaving.⁵⁶ Uit het voorgaande feitencomplex volgt dat de ACM heeft opgetreden in de meeste gevallen waarin zij overtredingen van Flexenergie heeft gesignaleerd. Indien de ACM heeft opgetreden bij een overtreding, heeft zij de beginselplicht niet geschonden. De onrechtmatigheid bestaat dan uit het *verkeerd* of *onvoldoende* optreden. In de onderhavige casus wordt de ACM verweten dat zij de Vergunning van Flexenergie niet heeft ingetrokken.
- 5.6 Er is geen (wettelijke) verplichting van de ACM om een Vergunning onder bepaalde omstandigheden in te trekken. Uit de wet blijkt dat een vergunning *kan* worden ingetrokken indien, onder andere, (i) de houder van de vergunning de in de vergunning opgenomen voorschriften of opgelegde beperkingen niet nakomt, (ii) 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 of (iii) de houder van de vergunning naar het oordeel van de minister om andere redenen niet langer in staat moet worden geacht de vergunde activiteit of in de vergunning opgenomen

⁵⁶ Zie I. Giessen, *Toezicht en aansprakelijkheid. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de rechtvaardiging voor de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van toezichthouders ten opzichte van derden*, Deventer: Kluwer 2005, p. 117 en A.A. van Rossum, L.F.M. Verhey en N. Verheij, *Toezicht. Preadviezen van A.A. van Rossum, L.F.M. Verhey en N. Verheij*, Deventer: Kluwer 2005, p. 36. Als de toezichthouder niet of gebrekkig optreedt terwijl zij overtredingen signaleert, is er sprake van concreet toezichtsfalen. Zie o.a. HR 2 juni 2017, NJ 2017/372 (*Arbeidsinspectie en asbestverbod*).

voorschriften na te komen.⁵⁷ Het werkwoord ‘kunnen’ duidt erop dat de ACM in deze beleids- en beoordelingsvrijheid heeft.

- 5.7 De wetgever ziet intrekking als de zwaarst mogelijke sanctie en stelt dat intrekking in de praktijk zeer ingrijpend en moeilijk te bewerkstelligen is.⁵⁸ De ACM lijkt ook zeer terughoudend te zijn met het intrekken van vergunningen. De ACM heeft tot op heden alleen vergunningen ingetrokken omdat de vergunninghouder dit zelf heeft verzocht of de vergunninghouder failliet is verklaard of aan hem surseance van betaling is verleend.
- 5.8 Vanwege de ACM toekomstige beleidsvrijheid zal het niet mogelijk zijn met succes te stellen dat de ACM de wet heeft overtreden door niet gebruik te maken van de haar in Art. 47 Gaswet en art. 95f Elektriciteitswet 1998 toegekende bevoegdheid de Vergunning in te trekken. De wet legt immers geen *plicht* op om in bepaalde omstandigheden de Vergunning in te trekken. Wat betreft het Falend Toezicht zal dus een beroep moeten worden gedaan op de hierna besproken mogelijke schending van de zorgplicht.
 - b. *Schending (bijzondere) zorgplicht*
- 5.9 Er kan wat betreft de Vergunningverlening subsidiair en wat betreft het Falend Toezicht primair worden betoogd dat de ACM haar zorgplicht heeft geschonden.
- 5.10 Op elke toezichthouder rust een (algemene) zorgplicht. Dit geldt dus ook voor de ACM. Op sommige toezichthouders of instellingen rust daarnaast een bijzondere zorgplicht. In de wet, jurisprudentie of literatuur is echter nog niet eerder een bijzondere zorgplicht aangenomen voor de ACM.
- 5.11 De algemene zorgplicht voor toezichthouders is door de Hoge Raad ingevuld in het arrest *Vie d’Or*.⁵⁹ Het wettelijk kader uit dit arrest wordt hierna uiteengezet. Vervolgens wordt dit kader toegepast op de ACM wat betreft de Vergunningverlening en het Falend Toezicht.
- 5.12 Een toezichthouder handelt onzorgvuldig als hij, in aanmerking genomen de verscheidene relevante factoren die bij het uitoefenen van toezicht samenkomen, in redelijkheid niet tot het oordeel heeft kunnen komen te handelen of na te laten zoals hij heeft gedaan.⁶⁰ In het arrest *Vie d’Or* heeft de Hoge Raad overwogen dat het bij de beantwoording van de vraag of het toezicht zoals dat is uitgeoefend voldoet aan de eisen die aan een behoorlijk en zorgvuldig toezicht moeten worden gesteld, aankomt op alle omstandigheden van het geval.

⁵⁷ Art. 47 Gaswet en art. 95f Elektriciteitswet 1998.

⁵⁸ Zie *Kamerstukken II* 1997/98, 25621, nr. 3 (MvT Elektriciteitswet 1998), p. 9 en 49.

⁵⁹ Zie HR 13 oktober 2006, *NJ* 2008/527.

⁶⁰ Zie Asser/Sieburgh 6-IV 2019/73.

Daarbij zijn relevante gezichtspunten:⁶¹

- de aard en het doel van het toezicht,
- gegevens waarover de toezichthouder beschikte of had moeten beschikken,
- reeds getroffen maatregelen en hun (in)effectiviteit,
- eventuele beleids- en beoordelingsvrijheid waardoor de rechter terughoudend dient te toetsen en
- het bestaan van een eventueel toezichthoudersdilemma. Het toezichthoudersdilemma houdt in dat de toezichthouder zowel bij ingrijpen als bij niet-ingrijpen geconfronteerd zal worden met aanmerkelijke schade. Bij de beoordeling van de belangenafweging die speelt in het geval van het toezichthoudersdilemma zal de rechter onder meer moeten betrekken in hoeverre de toezichthouder zelf ertoe heeft bijgedragen dat dit dilemma ontstond, bijvoorbeeld doordat zij ongunstige ontwikkelingen van structurele aard op hun beloop heeft gelaten.⁶²

5.13 Uit het arrest *Arbeidsinspectie en asbestverbod* blijkt voorts dat de Hoge Raad onderscheid maakt tussen *algemeen* en *concreet* toezichtsfalen. Van algemeen toezichtsfalen is sprake wanneer de toezichthouder onvoldoende heeft gedaan om algemene controle uit te oefenen en om nog niet bekende overtredingen op te sporen. Van concreet toezichtsfalen is sprake wanneer de toezichthouder heeft nagelaten om adequate controle of toezicht uit te oefenen terwijl er concrete aanwijzingen waren dat regels niet werden nageleefd. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat van onrechtmatig handelen wegens onvoldoende toezicht door een toezichthouder met name sprake is indien de schade van de benadeelde in een concreet geval voor de toezichthouder voorzienbaar was en haar in redelijkheid had moeten nopen tot het nemen van maatregelen waarmee de overtreding die heeft geleid tot die schade, zou zijn voorkomen.⁶³ In de situatie van Flexenergie is sprake van *concreet* toezichtsfalen. Er waren immers (legio) signalen dat Flexenergie niet voldeed aan de Vergunningvoorwaarden.

5.14 Hierna wordt het toetsingskader uit *Vie d'Or* toegepast op achtereenvolgens de Vergunningverlening door de ACM aan Flexenergie en het Falend Toezicht op Flexenergie na de Vergunningverlening. Daartoe worden de aard en het doel van de vergunningverlening, de gegevens waarover de ACM beschikte, het ontbreken van beleids- en beoordelingsvrijheid en het ontbreken van het toezichthoudersdilemma besproken.⁶⁴

⁶¹ Zie HR 13 oktober 2006, NJ 2008/527.

⁶² Zie HR 13 oktober 2006, NJ 2008/527 (*Vie d'Or*).

⁶³ Zie HR 2 juni 2017, NJ 2017/372, rov. 3.4.4.

⁶⁴ De overige factoren uit *Vie d'Or* spelen met betrekking tot de Vergunningverlening geen rol van betekenis.

Vergunningverlening

- 5.15 De ACM verleent vergunningen met het doel te garanderen dat er alleen leveranciers op de energiemarkt actief zijn die een daadwerkelijk goede uitvoering kunnen geven aan de taak om op betrouwbare wijze en tegen redelijke tarieven energie te leveren aan consumenten.⁶⁵ De taak van de ACM is in dit geval dus preventief. Zoals hiervoor besproken, verleent de ACM geen vergunning indien een energieleverancier niet aan de wettelijke vereisten voor vergunningverlening voldoet. Haar komt dus geen beleidsvrijheid toe in de zin dat het de ACM vrijstaat ook vergunningen te verlenen indien niet aan de wettelijke vereisten is voldaan. Met betrekking tot de Vergunningverlening speelt daarom geen toezichthoudersdilemma.
- 5.16 Gelet op deze factoren en gelet op de eerdere conclusie dat de Vergunning is verleend terwijl de ACM niet genoegzaam had kunnen concluderen dat Flexenergie heeft voldaan aan alle vereisten, kan er onzes inziens gesteld worden dat de ACM haar zorgplicht heeft geschonden met de Vergunningverlening. De ACM had in redelijkheid niet tot het oordeel kunnen komen de Vergunning te verlenen. Door dit wel te doen, heeft zij de situatie in het leven geroepen waarin Flexenergie aanzienlijke schade heeft veroorzaakt.

Falend Toezicht

- 5.17 De ACM houdt toezicht met het doel te garanderen dat er alleen energieleveranciers op de energiemarkt actief zijn die een daadwerkelijk goede uitvoering kunnen geven aan de taak om op betrouwbare wijze en tegen redelijke tarieven energie te leveren aan consumenten.⁶⁶ Het toezicht is preventief van aard. De ACM heeft beleids- en beoordelingsvrijheid bij de wijze van uitoefening van haar toezicht. Deze beleids- en beoordelingsvrijheid brengt een terughoudende toetsing door de rechter mee. Het gaat er niet om of, achteraf oordelend, een andere beslissing beter was geweest en of daardoor schade aan derden had kunnen worden voorkomen, maar of in de omstandigheden en met de kennis van toen de toezichthouder in redelijkheid tot de desbetreffende beslissing heeft kunnen komen.
- 5.18 Onzes inziens is goed verdedigbaar dat de ACM in dit geval niet in redelijkheid tot de beslissing had kunnen komen om de Vergunning niet in te trekken. Ten tijde van het Falend Toezicht beschikte de ACM over veel gegevens waaruit bleek dat Flexenergie (al geruime tijd) niet voldeed aan de Vergunningsvoorwaarden. Dit concludeerde de ACM zelf ook in het interview met de algemeen directeur van

⁶⁵ Zie 'Wat doet de ACM op de energiemarkt?', te raadplegen via:

<https://www.acm.nl/nl/onderwerpen/energie/wat-doet-de-acm-op-de-energiemarkt#:~:text=De%20ACM%20controleert%20of%20energieleveranciers,hel%20een%20gesloten%20netwerk%20is.>

⁶⁶ Zie 'Wat doet de ACM op de energiemarkt?', te raadplegen via:

<https://www.acm.nl/nl/onderwerpen/energie/wat-doet-de-acm-op-de-energiemarkt#:~:text=De%20ACM%20controleert%20of%20energieleveranciers,hel%20een%20gesloten%20netwerk%20is.>

Flexenergie. Voorts wist de ACM dat in ieder geval de accountant en Zest Group (ernstige) vraagtekens plaatsten bij de gebrekkige AO/IC en de continuïteit van Flexenergie. De door de ACM eerder getroffen maatregelen laten zien dat de ACM ook meende dat ingrijpen noodzakelijk was. Echter, de reeds genomen maatregelen, zoals de diverse onderzoeken en bezoeken in de periode tussen 2015 en 2017, de last onder dwangsom⁶⁷ en de aanmaningen,⁶⁸ bleken ineffectief. In juni 2017 hadden de maatregelen immers nog steeds niet tot de gewenste veranderingen bij Flexenergie geleid. Met het nalaten de Vergunning in te trekken, liet de ACM een situatie in stand waarin een onderneming actief bleef op de energiemarkt die in essentie vanaf haar oprichting⁶⁹ niet in staat was een goede uitvoering te geven aan haar taak om op betrouwbare wijze energie te leveren. De financiële problemen van Flexenergie en de gebrekkige AO/IC hadden aanleiding moeten zijn om direct in te grijpen, nu de betrouwbaarheid van de levering van energie aan consumenten in gevaar was. De ACM heeft dit ingezien, aangezien zij het (kennelijk) noodzakelijk vond om te worden voorgelicht over de financiële prognose van Flexenergie. In dit verzoek ligt besloten dat de ACM op de hoogte was van de (mogelijke) problemen. Naar onze mening kan worden gesteld dat de ACM de op haar rustende zorgplicht heeft geschonden door de Vergunning niet in te trekken op of omstreeks 1 juni 2017.

- 5.19 De ACM zou zich kunnen verweren met de stelling dat zij de Vergunning niet zou hebben kunnen intrekken, gelet op het toezichthoudersdilemma waarin zij zou hebben verkeerdt. Het intrekken van de Vergunning zou immers ook leiden tot schade voor consumenten. Consumenten zouden gezien het faillissement wellicht immers geen betaling meer ontvangen op hun (in faillissement concurrente) vordering op Flexenergie. Dit betoog is echter niet steekhoudend. Onzes inziens kan worden betoogd dat de ACM dit toezichthoudersdilemma (mede) zelf in het leven heeft geroepen. De ACM heeft de Vergunning verstrekt ondanks dat er vraagtekens geplaatst hadden moeten worden bij het businessmodel van Flexenergie en heeft na de Vergunningverlening ongunstige ontwikkelingen van structurele aard op hun beloop gelaten, door niet (effectief) in te grijpen nadat zij signalen ontving dat Flexenergie niet voldeed aan de Vergunningsvoorwaarden en de continuïteit van Flexenergie in gevaar was. Hierdoor werd de door Flexenergie veroorzaakte schade alleen maar groter met de tijd. Bovendien geldt dat de schade voor consumenten in juni 2017 beperkt zou zijn geweest als de ACM toen had ingegrepen. Consumenten betalen immers steeds een voorschot voor hun energie. In de winterperiode is dit voorschot in de meeste gevallen lager dan het daadwerkelijke gebruik. Dit heeft als gevolg dat de energiemaatschappij na de wintermaanden een vordering heeft op de consumenten. Na de zomermaanden geldt een spiegelbeeldige situatie, waarin consumenten een vordering hebben op de energiemaatschappij, omdat zij meer hebben betaald dan dat zij daadwerkelijk hebben gebruikt. Het is voor consumenten dus gunstiger als een vergunning wordt ingetrokken na de winterperiode.

⁶⁷ Bij besluit van 14 september 2015 (zie bijlage 57 bij onderzoeksrapport).

⁶⁸ Onder meer op 14 augustus 2015 en 24 april 2017.

⁶⁹ Flexenergie is altijd verlieslijdend geweest.

Conclusie

- 5.20 Gezien het bovenstaande is onzes inziens goed verdedigbaar dat de ACM onrechtmatig heeft gehandeld door de Vergunningverlening en het Falend Toezicht. Aan het eerste vereiste van art. 6:162 BW, de onrechtmatigheid, is onzes inziens dus voldaan.

6 Toerekenbaarheid

- 6.1 Om de ACM met succes aansprakelijk te kunnen stellen, dienen de hierboven beschreven onrechtmatige daadsacties aan de ACM te kunnen worden toegerekend. Dit kan op grond van art. 6:162 lid 3 BW op drie manieren: op grond van schuld, de wet en de verkeersopvattingen. Toerekening op grond van schuld is de regel: dat betekent dat vereist is dat de ACM wist of behoorde te weten dat haar gedraging in strijd was met het geschreven of ongeschreven recht.
- 6.2 Wij menen dat de ACM de onrechtmatige Vergunningverlening en het Falend Toezicht op grond van schuld aan de ACM kunnen worden toegerekend. Wij zien geen aanwijzingen op basis waarvan de ACM zou kunnen stellen dat dit niet het geval is.

7 Causaliteit

- 7.1 Voor de vaststelling van de aansprakelijkheid van de ACM is vereist dat er een *condicio sine qua non* (*csqn*)-verband bestaat tussen de normschendingen en de schade die daardoor is geleden.⁷⁰ Dit houdt in dat aannemelijk moet zijn dat de schade niet zou zijn ingetreden zonder de normschendingen. Er dient dus een vergelijking te worden gemaakt tussen de feitelijke situatie mét de normschendingen van de ACM en de hypothetische situatie waarin de normschendingen worden weggedacht. Hieronder wordt deze vergelijking gemaakt voor achtereenvolgens de Vergunningverlening en het Falend Toezicht.

Vergunningverlening

- 7.2 Indien de ACM in de hypothetische situatie de wettelijke Vergunningsvoorwaarden en/of haar zorgplicht niet had geschonden door de aanvraag van Flexenergie in 2014 af te wijzen, dan zou Flexenergie geen stroom of gas hebben mogen leveren aan consumenten. In dat geval zou Flexenergie nooit een (inherent verliesgevende) onderneming hebben geëxploiteerd op de energiemarkt. Hierdoor zou zij geen overeenkomsten tot de levering van stroom en gas hebben kunnen sluiten met consumenten. Tussen de Vergunningverlening en de schade bestaande uit de schuld van Flexenergie aan consumenten bestaat dus een *csqn*-verband.

⁷⁰ Zie I. Giessen, *Toezicht en aansprakelijkheid. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de rechtvaardiging voor de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van toezichthouders ten opzichte van derden*, Deventer: Kluwer 2005, p. 171.

Falend Toezicht

- 7.3 In het geval dat de ACM aansprakelijk kan worden gesteld voor het onbehoorlijk houden van toezicht, gaat het om een aansprakelijkheid wegens nalaten.⁷¹ De causaliteit zal beoordeeld worden door de vraag te beantwoorden of de schade ook zou zijn ingetreden zijn als de ACM de Vergunning wél had ingetrokken.
- 7.4 In dit kader is relevant *wanneer* de ACM de Vergunning zou hebben ingetrokken. Wij achten goed verdedigbaar dat dit uiterlijk 1 juni 2017 zou zijn geschied. Reeds eind 2016/ begin 2017 had de ACM al veel informatie ontvangen waaruit bleek dat Flexenergie niet voldeed aan de Vergunningsvoorwaarden. Dat werd nog eens bevestigd tijdens het bedrijfsbezoek van 21 april 2017 en de in dat kader ontvangen documenten. Onzes inziens is het waarschijnlijk dat de ACM na dit bedrijfsbezoek in beraad zou zijn gegaan over door haar te nemen vervolgstappen. Vanwege de relevantie om snel op te treden teneinde te voorkomen dat Flexenergie nog meer schade zou veroorzaken, is het naar onze mening redelijk om aan te nemen dat de ACM maximaal binnen zes weken zou optreden. Hierdoor kan worden verwacht dat de beslissing om de Vergunning in te trekken uiterlijk op of omstreeks 1 juni 2017 genomen had moeten worden. De feitelijke situatie na 1 juni 2017 dient dus vergeleken te worden met de hypothetische situatie waarin de ACM de prognose op 1 juni 2017 zou hebben ontvangen.
- 7.5 Als gevolg van het intrekken van de Vergunning zou de onderneming van Flexenergie per 1 juni 2017 gestaakt zijn. De schade die in een csqn-verband staat met het Falend Toezicht is dan dat deel van de schulden aan consumenten dat is ontstaan als gevolg van het feit dat de onderneming gecontinueerd werd na deze datum.
- 7.6 Per datum faillissement bedroeg de schuld aan klanten € 13.488.000,-.⁷² Per 1 juni 2017 bedroeg de schuld aan consumenten € 2.471.302,- als uitgegaan wordt van de maandrapportage van Flexenergie destijds. Op grond van de administratie van Flexenergie is een herberekening uitgevoerd in opdracht van de Curator. Op grond van deze berekening bedroeg de schuld aan consumenten per 1 juni 2017 € 1.897.295,-. Wanneer Flexenergie per 1 juni 2017 was gestaakt met het leveren van stroom en gas aan consumenten, dan was de schuld aan consumenten dus veel lager geweest dan de schuld per faillissementsdatum. Bovendien geldt dat veel consumenten die nu een vordering hebben op Flexenergie geen klant zouden zijn geworden. In de zomer van 2017, na de onrechtmatige handeling van de ACM, zijn er immers 24.000 klanten bijgekomen, als gevolg van een door de

⁷¹ Zie daarover o.a. I. Giessen, *Toezicht en aansprakelijkheid. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de rechtvaardiging voor de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van toezichthouders ten opzichte van derden*, Deventer: Kluwer 2005, p. 172 en A.A. van Rossum, L.F.M. Verhey en N. Verheij, *Toezicht. Preadviezen van A.A. van Rossum, L.F.M. Verhey en N. Verheij*, Deventer: Kluwer 2005, p. 97 e.v.

⁷² Zie bijlage 48 bij onderzoeksrapport.

- 7.7 Consumentenbond georganiseerde veiling.⁷³ De gehele schade bestaande uit de schuld aan deze consumenten staat in een csqn-verband met het Falend Toezicht. Concluderend kan worden gesteld dat naar verwachting de schade van consumenten die is ontstaan na 1 juni 2017 in een csqn-verband staat met het Falend Toezicht. Voor veel consumenten geldt dat zij in het geheel geen schade zouden hebben gehad wanneer de ACM de vergunning zou hebben ingetrokken uiterlijk op 1 juni 2017 en dus geen sprake was van Falend Toezicht. Zij waren dan immers geen klant geworden bij Flexenergie, omdat Flexenergie voor hun overstap (in de zomer van 2017) zou zijn opgehouden te bestaan als energiemaatschappij.

8 Schade

- 8.1 Art. 6:162 BW vereist dat de onrechtmatige daad schade tot gevolg heeft gehad. In art. 6:98 BW e.v. wordt vervolgens uitgewerkt welke schade voor vergoeding in aanmerking kan komen. Dat er in de onderhavige zaak sprake is van schade, staat vast. De klanten van Flexenergie hebben immers vorderingen op Flexenergie die Flexenergie niet meer zal betalen en die ook niet meer voldaan zullen worden, gelet op het tekort in faillissement. Eerder is uitgewerkt dat deze volledige schade in een csqn-verband staat met de Vergunningverlening en ten minste een deel van de schade in een csqn-verband staat met het Falend Toezicht.
- 8.2 Dat er een csqn-verband bestaat tussen (een deel van) de schade en de onrechtmatige daad, betekent nog niet dat de ACM voor alle schade aansprakelijk is. De ACM zal alleen aansprakelijk zijn voor de schade die haar op grond van art. 6:98 BW kan worden toegerekend. Op grond van deze bepaling komt voor vergoeding in aanmerking de schade die in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de ACM berust, dat zij haar als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend. Of dit het geval is, wordt beoordeeld aan de hand van een aantal objectieve factoren en subregels, zoals de aard van de schade, de aard van de aansprakelijkheid, de voorzienbaarheid van de schade, de aard van de overtreden norm, de aard van de gedraging, de verwezenlijking van een geschapen risico en de vraag of de schade niet in een te ver verwijderd verband staat tot de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust.⁷⁴ Deze factoren worden hieronder kort besproken met betrekking tot achtereenvolgens de Vergunningverlening en het Falend Toezicht.

Vergunningverlening

- 8.3 Een aantal factoren wijst erop dat de schade in voldoende verband staat met de Vergunningverlening om deze ruim toe te rekenen. Zo geldt dat de schade van klanten van Flexenergie voorzienbaar was voor de ACM. Naar objectieve maatstaven geldt dat de ACM had moeten inzien dat een energiemaatschappij als Flexenergie gezien het ontbreken van een goede AO/IC en haar intrinsiek verlieslatende bedrijfsmodel schade zou berokkenen aan consumenten. Hierbij

⁷³ Zie onderzoeksrapport, nr. 15.45.

⁷⁴ Zie *GS Schadevergoeding*, art. 6:98 BW, aant. 4.3.

speelt een rol dat de wijze waarop consumenten aan Flexenergie betalen een risico meebrengt voor die consumenten. Zoals eerder uiteengezet, betalen consumenten maandelijks een vast bedrag aan Flexenergie. Dit is een voorschot. In sommige maanden (de zomerperiode) zal dit voorschot hoger zijn dan het bedrag van de daadwerkelijk afgenomen energie, terwijl dit in de winter andersom is. Dit systeem, ook wel het badkuipmodel genoemd, heeft tot gevolg dat een energiemaatschappij die faillieert na de zomerperiode, zoals Flexenergie, grote schade kan toebrengen aan consumenten. De consumenten hebben dan in totaal immers meer voorschotten betaald dan het bedrag van de daadwerkelijk door hen afgenomen energie. Deze schade zullen zij, als concurrente schuldeisers, niet vergoed krijgen.

- 8.4 Een aantal factoren wijst er echter ook op dat een minder ruime toerekening van de schade van consumenten bepleitbaar is. Zo gaat het om zuivere vermogensschade (aard van de schade), secundaire aansprakelijkheid, want Flexenergie is de primaire dader (aard van de aansprakelijkheid), is er geen sprake van een geschonden verkeers- of veiligheidsnorm (aard van de overtreden norm) en is er geen sprake van grove schuld of opzet (aard gedraging). Tot slot zou door de ACM gesteld kunnen worden dat de schade in een te ver verwijderd verband staat van de onrechtmatige gedraging. Het gaat dan niet om de voorzienbaarheid van de schade (waarover nrs. 7.3-7.4 hiervoor), maar de lengte van de causale keten. De Vergunning is in 2014 verleend. In 2018 is Flexenergie gefailleerd en is de schade (definitief) ontstaan. Hiertussen zitten nog vele acties in de causale keten waar met name Flexenergie verantwoordelijk voor is geweest. Het is mogelijk dat een rechter daarom meent dat de ACM niet voor de (volledige) schade aansprakelijk is. Wij menen echter dat een rechter hier niet in mee zal gaan, nu de ACM nadrukkelijk tot taak heeft consumenten in de energiemarkt te beschermen.
- 8.5 Concluderend menen wij dat de schade bestaande uit de schuld aan consumenten ruim toegerekend kan worden.

Falend Toezicht

- 8.6 Voor het Falend Toezicht geldt grotendeels hetzelfde als hiervoor is opgemerkt over de Vergunningverlening. Ook hier was de schade voorzienbaar en was deze bovendien het gevolg van een door de ACM geschapen risico. De ACM liet immers na om de Vergunning in te trekken in een situatie waarin Flexenergie niet voldeed aan de Vergunningsvoorwaarden. Hierdoor heeft de ACM een situatie in het leven geroepen waarbij het risico op de uiteindelijk ontstane schade zeer voorzienbaar was. De schade is bovendien de verwezenlijking van het door de ACM genomen risico. Tot slot geldt dat de schade als gevolg van het Falend Toezicht minder snel in een te ver verwijderd verband zal staan van de onrechtmatige gedraging, dan de schade als gevolg van de Vergunningverlening. Er bevinden zich immers minder activiteiten in de causale keten van gebeurtenissen tussen het Falend Toezicht en het faillissement dan het geval is in de keten tussen de Vergunningverlening en het faillissement.

8.7 Een aantal factoren wijst er echter ook op dat een minder ruime toerekening van de schade voor de hand ligt. Zo wijzen ook met betrekking tot het Falend Toezicht de aard van de schade, de aard van de aansprakelijkheid, de aard van de overtreden norm en de aard gedraging op een minder ruime toerekening. Opnieuw merken wij op dat het mogelijk is dat een rechter daarom meent dat de ACM niet voor de (volledige) schade aansprakelijk is. Wij menen echter dat deze factoren niet van doorslaggevende betekenis zullen zijn, nu de ACM nadrukkelijk tot taak heeft consumenten in de energiemarkt te beschermen. Hierdoor ligt een ruime toerekening onzes inziens meer voor de hand.

8.8 Concluderend menen wij dat de schade die het gevolg is van het Falend Toezicht redelijk ruim toegerekend kan worden.

Eigen schuld?

8.9 De ACM zou zich tegen een veroordeling tot schadevergoeding kunnen verweren door een beroep te doen op eigen schuld van de benadeelden.⁷⁵ De benadeelden zijn immers - ondanks het toezicht van de ACM - ook zelf verantwoordelijk om schade te voorkomen. Daarbij kan een beroep worden gedaan op de uitspraak *Vereniging Belangenbehartiging Commandieten BeFra/AFM e.a.* In deze zaak spraken particuliere beleggers onder meer de AFM aan op grond van toezichtsfalen met betrekking tot stichting BeFra. Hoewel de rechtbank concludeerde dat de AFM inderdaad onrechtmatig had gehandeld, werd een deel van de schade aan eisers zelf toegerekend. De eisers hadden namelijk zelf gekozen voor de specifieke beleggingsvorm en hadden daarna geen of onvoldoende controle uitgeoefend op de administratieve verwerking van hun inleg en de wijze waarop BeFra daarmee omging. Uiteindelijk oordeelt de rechtbank om 1/3 van de schade aan de eisers zelf toe te rekenen.⁷⁶

8.10 Wij menen dat goed verdedigbaar is dat de ACM geen geslaagd beroep kan doen op eigen schuld aan de zijde van de consumenten. De consumenten beschikten niet over de informatie die noodzakelijk is om een oordeel te kunnen vellen over de mate waarin Flexenergie aan de Vergunningsvoorwaarden voldeed en de financiële gezondheid van Flexenergie. Hen kan onzes inziens niet verweten worden dat zij overeenkomsten zijn aangegaan met Flexenergie. De ACM bestaat immers juist om de reden dat de 'markt' en de consument beschermd moet worden; hieruit volgt onzes inziens reeds dat de consument in een situatie zoals de onderhavige geen eigen schuld heeft. De onderhavige situatie is niet vergelijkbaar met de hierboven besproken *BeFra*-zaak. In die zaak hadden de beleggers een veel actievere rol en waren zij nauw betrokken bij het in leven roepen, dan wel accepteren, van een risicovolle beleggingsvorm.

⁷⁵ Art. 6:101 BW.

⁷⁶ Zie Rb. Amsterdam 14 september 2005, NJ 2005/535 (*Vereniging Belangenbehartiging Commandieten BeFra/AFM e.a.*).