



Besluit

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

Ons kenmerk : ACM/UIT/575894
Zaaknummer : ACM/21/051486
Datum : 28 april 2022

Samenvatting

In dit besluit stelt de ACM vast dat DGB Energie B.V. (DGB) consumenten heeft misleid bij de telefonische werving van nieuwe klanten. Consumenten werden misleid over het doel van het verkoopgesprek en over de identiteit van DGB. DGB heeft ook nagelaten om essentiële informatie over haar aanbod te vermelden.

Telefonische werving

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

Misleiding van de consument

In de telefoongesprekken werd niet aan consumenten meegedeeld wat het doel van het verkoopgesprek was. Er werd bijvoorbeeld gezegd dat de tarieven werden gecontroleerd of dat ervoor gezorgd kon worden dat mensen niet meer werden lastiggevallen met telefonische aanbiedingen voor een nieuw energiecontract. De intermediairs vermeldten niet of laat in het gesprek dat hun aanbod een aanbod van DGB was. Consumenten wisten dus niet namens wie zij werden opgebeld. Ook andere belangrijke informatie over het contract werd niet of op een te laat moment vermeld. Het ging hierbij over de looptijd van het contract, de opzegboete, de actievoorwaarden van het contract, het herroepingsrecht en informatie over de tarieven. Uit de beluisterde telefoongesprekken bleek dat consumenten daadwerkelijk zijn misleid. Als deze consumenten wel duidelijk en tijdig waren geïnformeerd hadden zij mogelijk het verkoopgesprek afgebroken of waren zij niet ingegaan op het aanbod van DGB. Als gevolg van de misleiding is het vertrouwen van consumenten in de energiemarkt geschaad. Consumenten hebben hinder ondervonden van de misleidende verkoopgesprekken. De gedragingen kunnen aan DGB worden toegeschreven.

De ACM legt een boete op aan DGB

De ACM vindt de misleiding door DGB ernstig en stelt vast dat consumentenregels zijn overtreden. Consumenten moeten goed worden geïnformeerd over de aanschaf van een product of over de dienst die zij willen afnemen. Dit geldt met name ook voor het aangaan van een energiecontract. De levering van energie is voor veel mensen een primaire levensbehoefte. Bovendien zijn energiecontracten complex en bestaan zij uit verschillende elementen die voor de consument van belang kunnen zijn bij de beslissing om het contract wel of niet af te sluiten. Het is daarom belangrijk dat energieleveranciers duidelijk zijn over het contract dat zij aanbieden. De ACM legt daarom een boete op aan DGB van 400.000 euro.

1 Verloop van de procedure

1. Op 21 mei 2021 heeft de ACM een onderzoeksrapport¹ opgemaakt, zoals bedoeld in artikel 5:48 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb). Uit het onderzoeksrapport volgt dat DGB oneerlijke handelspraktijken heeft verricht en daarmee in strijd heeft gehandeld met de Wet handhaving consumentenbescherming (hierna: Whc). Op 13 juli 2021 heeft de ACM inzage gegeven in het rapportdossier door de toezending daarvan aan de gemachtigde van DGB.²
2. Op 6 november 2021 heeft DGB schriftelijk haar zienswijze³ op het onderzoeksrapport gegeven en op 16 november 2021 heeft de ACM een hoorzitting gehouden. Op de hoorzitting is DGB verschenen. Zij heeft zich laten bijstaan door haar gemachtigden. DGB heeft mondeling haar zienswijze toegelicht. Van de hoorzitting is een verslag gemaakt.⁴ Het verslag is op 9 december 2021 aan de gemachtigden van DGB verzonden.⁵
3. Naar aanleiding van de hoorzitting heeft de ACM nadere stukken aan DGB verstrekt.⁶ DGB heeft op 7 februari 2022 hierop haar schriftelijke zienswijze gegeven.⁷
4. DGB heeft op 21 januari 2022 opmerkingen bij het verslag van de hoorzitting gemaakt. De opmerkingen zijn toegevoegd aan het dossier.

2 Betrokken partij

5. DGB Energie B.V. is ingeschreven in het handelsregister van de Kamer van Koophandel onder KvK-nummer 08173412 en is statutair gevestigd te Hardenberg. DGB houdt zich bezig met de levering van elektriciteit en gas aan grootverbruikers en kleinverbruikers en beschikt sinds 8 april 2009 over een

¹ Document met kenmerk ACM/UIT/547914 (dossierstuk 57).

² Document met kenmerk ACM/UIT/558120.

³ Document met kenmerk ACM/IN/657501.

⁴ Document met kenmerk ACM/UIT/566193.

⁵ Document met kenmerk ACM/UIT/567142.

⁶ Documenten met kenmerk ACM/UIT/569019 en ACM/UIT/567196.

⁷ Document met kenmerk ACM/IN/675818.

vergunning voor de levering van elektriciteit en gas aan deze laatste groep.⁸
Energy B.V. is enig aandeelhouder en bestuurder van DGB Energie B.V.⁹

3 Onderzoeksrapport

6. In het onderzoeksrapport is uiteengezet dat de ACM onderzoek heeft verricht naar wervingspraktijken in de energiesector. Lopende dat onderzoek ontving de ACM een groot aantal meldingen van consumenten over wervingsactiviteiten van DGB. Naar aanleiding daarvan heeft de ACM een onderzoek ingesteld naar DGB en een rapport opgemaakt. In het rapport wordt vastgesteld dat DGB van 1 augustus 2019 tot en met 9 juli 2020 zich bij het telefonisch aanbieden van energiecontracten schuldig heeft gemaakt aan misleidende omissies en daarmee artikel 8.8 Whc heeft geschonden. DGB maakte gebruik van de diensten van intermediair [VERTROUWELIJK] voor de telefonische verkoop van energiecontracten. [VERTROUWELIJK] contracteerde op haar beurt verschillende intermediairs die ten behoeve van DGB energiecontracten telefonisch aanbod aan consumenten. In de verkoopgesprekken die deze intermediairs voerden, is essentiële informatie niet of niet duidelijk, begrijpelijk en ondubbelzinnig, dan wel laat aan de consument verstrekt. Als gevolg daarvan konden consumenten geen geïnformeerd besluit nemen over het aangeboden energiecontract. Het betreft informatie over het doel van het verkoopgesprek, de identiteit van de handelaar (DGB), de voornaamste kenmerken van het aanbod en de prijs.

4 Bevoegdheid ACM

7. De ACM is bevoegd om toezicht te houden op de naleving artikel 8.8 Whc. Dit volgt uit artikel 2.2 Whc en bijlage A van de Whc.
8. DGB is een rechtspersoon die handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf en kwalificeert daarmee als handelaar. Artikel 8.8 Whc verbiedt handelaren om oneerlijke handelspraktijken te verrichten, zoals bedoeld in afdeling 3A titel 3 boek 6 BW.
9. De ACM kan handhavend optreden als sprake is van een inbreuk op de Whc, zoals bedoeld in artikel 1.1, aanhef en onder f, Whc. Van een inbreuk is sprake als het een overtreding van de Whc betreft die schade toebrengt of kan toebrengen aan de collectieve belangen van consumenten. Indien de ACM van oordeel is dat er sprake is van een inbreuk, kan zij op grond van artikel 2.9 Whc een bestuurlijke boete opleggen.

5 Zienswijze DGB

⁸ Besluit vergunning levering elektriciteit met kenmerk 102551_1 / 14.BT1290 (<https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/11343/DGB-Energie-BV-mag-elektriciteit-leveren-aan-kleinverbruikers>) en besluit vergunning levering gas met kenmerk 102551_2 / 10.BT1290 (<https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/11324/DGB-Energie-BV-mag-gas-leveren-aan-kleinverbruikers>).

⁹ Document met kenmerk ACM/IN/567345 (dossierstuk 31).

10. DGB stelt in haar zienswijze dat het onderzoek van de ACM gebrekkig is geweest en de ACM onterecht is overgegaan tot onderhavig sanctietraject. Daartoe stelt zij het volgende:
 - de ACM heeft het verbod op vooringenomenheid geschonden. De ACM zou in het rapport onterecht hebben toegeschreven naar een overtreding en daarbij ontlastend materiaal niet hebben benoemd;
 - het is onduidelijk waarom de ACM een onderzoek naar DGB is gestart en heeft daarmee het gelijkheidsbeginsel geschonden. De dossierstukken die gaan over de selectie van DGB als onderzochte partij zijn onvoldoende duidelijk en controleerbaar en het dossierstuk met klachten over DGB bevat geen substantiëring of bestendinging van de cijfers die daar worden genoemd;
 - de ACM heeft het zorgvuldigheidsbeginsel geschonden door DGB onvoldoende inzicht te geven in het onderzoek en een aantal stukken niet te overleggen. Daarnaast zouden er een aantal onjuistheden staan in het rapport. Bovendien heeft de ACM DGB ten onrechte niet de kans gegeven om een reactie te geven op een door de ACM ontvangen klacht van een concurrerende leverancier over DGB, alvorens een onderzoek naar DGB in te stellen. De ACM zou hiermee zijn afgeweken van haar standaardpraktijk;
 - de door DGB gedane toezegging is onterecht afgewezen.

11. Ten aanzien van de in het rapport geconstateerde overtredingen stelt DGB, zakelijk samengevat, het volgende:
 - de bewijsvoering ten aanzien van de overtredingen is gebrekkig omdat de in het dossier opgenomen meldingen over DGB niet geverifieerd, onvolledig en geanonimiseerd zouden zijn. Daarnaast is niet duidelijk hoe er een filtering is gemaakt van de telemarketinggesprekken die voor het onderzoek zijn geselecteerd en geeft het voor het onderzoek gebruikte aantal van 42 gesprekken geen statistisch relevant beeld ten aanzien van de ruim 19.000 gesprekken die door DGB zijn aangeleverd.
 - DGB kan niet aansprakelijk worden gesteld voor het handelen van de wervende partijen;
 - de korte passages uit de onderzochte verkoopgesprekken die de ACM in het rapport citeert ter onderbouwing van de overtredingen geven slechts een beperkte weergave van het gehele gesprek. Hieruit kan niet volgen dat bepaalde informatie niet is gegeven. Bovendien vormen, anders de ACM stelt, de voicelogs wel bewijs voor het verstrekken van essentiële informatie;
 - DGB stelt verder dat het vermelden van het commerciële doel aan het begin van het gesprek ook besloten kan liggen in andere mededelingen van de verkoper.
 - DGB stelt dat de ACM niet heeft onderbouwd dat er een causaal verband is tussen het ontbreken van essentiële informatie en de keuzes van de consument.

6 Beoordeling – zienswijze over het onderzoek

6.1 Gelijkheidsbeginsel

12. DGB stelt dat de ACM het gelijkheidsbeginsel heeft geschonden doordat de aanleiding van het onderzoek onduidelijk is. Naar het oordeel van de ACM is de aanleiding van het onderzoek voldoende duidelijk gemaakt in het rapport: terwijl de ACM reeds onderzoek verrichtte naar de wervingspraktijken van energieleveranciers, ontving de ACM veel signalen van consumenten over de wervingspraktijken van DGB. Dit heeft de ACM doen besluiten om ook DGB in haar onderzoek te betrekken.¹⁰
13. In het rapportdossier zijn documenten opgenomen waaruit het aantal klachten en signalen over DGB blijkt. Naar aanleiding van vragen van DGB over de verhouding tussen deze documenten en de daarin genoemde aantallen klachten heeft de Directie Consumenten van de ACM een aanvullende toelichting gegeven. Uit deze toelichting volgt genoegzaam waar de genoemde klachtaantallen uit blijken.¹¹

6.2 Zorgvuldigheidsbeginsel

14. De ACM is van mening dat het onderzoek naar DGB zorgvuldig heeft plaatsgevonden. Voor zover DGB heeft gewezen op feitelijke onjuistheden in het onderzoeksrapport, worden deze in dit besluit hersteld.
15. De ACM heeft daarnaast alle op de zaak betrekking hebbende stukken verstrekt door toezending van het dossier en nazending van ontbrekende stukken na de hoorzitting. De door DGB verlangde stukken die de ACM van intermediairs zou hebben verkregen, bestaan niet. De ACM heeft in het kader van het onderzoek namelijk geen stukken opgevraagd bij intermediairs. De door DGB genoemde onderliggende stukken waarin uiteengezet wordt welke essentiële informatie bij het aanbieden van een energiecontract moet worden verstrekt, zijn niet aan het dossier toegevoegd omdat dit op de website van de ACM gepubliceerde en dus openbare informatie betreft.¹²
16. Over de klacht van een concurrent van DGB overweegt de ACM het volgende. De voornaamste aanleiding voor het instellen van een onderzoek naar DGB waren de grote aantallen meldingen van consumenten. De klacht kwam daarbij en paste in het beeld dat bij de ACM op basis van de meldingen van consumenten was ontstaan, namelijk dat mogelijk sprake was van overtredingen bij de werving voor DGB. Gelet op deze omstandigheden lag het niet in de rede om de klacht eerst met DGB te bespreken. Het zorgvuldigheidsbeginsel vereist dat naar het oordeel van de ACM niet. Verder heeft DGB in het kader van deze sanctieprocedure op de inhoud van de klacht kunnen reageren.

6.3 Vooringenomenheid

17. DGB heeft onvoldoende aannemelijk gemaakt dat sprake is van vooringenomenheid. Het onderzoek naar de gedragingen van DGB heeft op

¹⁰ Document met kenmerk ACM/INT/407301 (dossierstuk 3).

¹¹ Document met kenmerk ACM/IN/665636 en ACM/UIT/569019 met verwijzingen naar ACM/INT/407301 (dossierstuk 3), ACM/UIT/549810 (dossierstuk 50) en ACM/INT/420717 (dossierstuk 51).

¹² In randnummer 48 van het onderzoeksrapport wordt verwezen naar de vindplaats van deze openbare informatie.

zorgvuldige en objectieve wijze plaatsgevonden. De stelling dat ontlastend bewijsmateriaal niet wordt benoemd, kan de ACM niet volgen. DGB heeft niet duidelijk gemaakt om welk ontlastend bewijsmateriaal het zou gaan en zij heeft deze stelling ook niet verder onderbouwd.

6.4 Afwijzing toezegging

18. Over de afwijzing van de aanvraag tot bindend verklaren van de toezegging overweegt de ACM het volgende. Zoals in het besluit tot afwijzing van de toezegging is overwogen, kan een toezeggingsbesluit alleen voor bindendverklaring in aanmerking komen als de ACM dit doelmatiger acht dan het opleggen van een boete.¹³ Bij de beoordeling van de doelmatigheid kunnen onder meer een rol spelen: de fase waarin het onderzoek zich bevindt, de ernst van de (vermoede) overtredingen en de bereidheid van de overtreder om de gevolgen van de overtreding ongedaan te maken. Het enkel beëindigen van de overtreding zal niet snel doelmatig worden geacht. DGB heeft maatregelen toegezegd waarmee overtredingen in de toekomst worden voorkomen; hiermee gaat DGB echter niet verder dan waartoe zij wettelijk verplicht is. Daarnaast heeft DGB willen toezeggen om door de overtredingen geraakte consumenten een compensatie aan te bieden. DGB heeft echter niet goed kunnen uitleggen hoe op een objectieve manier kan worden vastgesteld welke consumenten voor compensatie in aanmerking kunnen komen. Verder is de ACM van oordeel dat de toezegging van DGB geen recht doet aan de aanzienlijke schade die de overtredingen hebben kunnen toebrengen aan het vertrouwen in de geliberaliseerde energiemarkt. De ACM is dan ook van oordeel dat haar besluit om de toezegging niet te accepteren, rechtmatig is.

7 Beoordeling – misleidende omissies

19. In dit hoofdstuk beoordeelt de ACM of in de telefonische verkoopgesprekken sprake is geweest van misleidende omissies. Daartoe gaat de ACM in paragraaf 7.1 in op de gebruikte bewijsmiddelen en hetgeen DGB daarover in haar zienswijze heeft aangevoerd. In paragraaf 7.2 wordt het toetsingskader geschetst. In het toetsingskader wordt uiteengezet welke informatie essentieel is en op welke wijze deze in een telefonisch verkoopgesprek moet worden gegeven. Vervolgens wordt in paragraaf 7.3 beoordeeld welke informatie niet of niet op de juiste wijze wordt weergegeven. Paragraaf 7.4 bevat de conclusie ten aanzien van de misleidende omissies in de verkoopgesprekken.

7.1 Bewijsmiddelen: opnames van 42 telefoongesprekken

Inhoud en verloop van de telefoongesprekken

20. De in het onderzoeksrapport vastgestelde overtredingen zijn vastgesteld op grond van de beoordeling van 42 telefoongesprekken. De ACM stelt vast dat met de verkoopgesprekken wordt beoogd aan de consument een contract voor bepaalde tijd voor de levering van energie door DGB, aan te bieden. De ACM stelt verder vast dat het verloop van alle verkoopgesprekken kan worden verdeeld in twee fases. De eerste fase bestaat uit een gesprek waarin de

¹³ Document met kenmerk ACM/UIT/553097 (dossierstuk 55).

consument wordt uitgenodigd een leveringsovereenkomst voor energie met DGB aan te gaan. Als de consument op die uitnodiging ingaat volgt de tweede fase bestaande uit een zogenaamde voice log waarin het aanbod wordt samengevat en de consument zijn beslissing om een leveringsovereenkomst met DGB aan te gaan bevestigt. De voice log wordt altijd opgenomen als bewijs voor het bestaan van de leveringsovereenkomst tussen de consument en DGB.¹⁴

Beoordeling zienswijze over de gebruikte telefoongesprekken

21. Anders dan DGB veronderstelt zijn de meldingen van consumenten niet gebruikt als bewijs voor de in het rapport vastgestelde overtredingen. De meldingen zijn alleen aanleiding geweest om een onderzoek in te stellen naar de gedragingen van DGB.
22. De stelling van DGB dat de 42 telefoongesprekken geen representatief of statistisch relevant beeld geven afgezet tegen het totale aantal van de 19.000 gesprekken die door DGB zijn aangeleverd, treft geen doel. Om een inbreuk vast te stellen waarvoor een boete kan worden opgelegd, moet het gaan om een inbreuk waardoor de collectieve belangen van consumenten kunnen worden geschaad.¹⁵ Een enkel incident volstaat daarvoor niet. Maar – anders dan DGB lijkt te veronderstellen – is niet vereist dat de ACM aantoonde dat met alle verkoopgesprekken of het overgrote deel ervan wettelijke bepalingen worden geschonden. Het gaat erom dat met de inbreuk meerdere consumenten worden getroffen en dat is hier het geval. De ACM heeft immers 42 met verschillende consumenten gevoerde verkoopgesprekken beoordeeld en stelt vast dat in al deze gesprekken inbreuken zijn gepleegd. Daar komt nog bij dat die verkoopgesprekken zijn gevoerd door verschillende intermediairs en gedurende een periode van ongeveer een jaar; de ACM leidt daaruit af dat de 42 beoordeelde telefoongesprekken niet op zichzelf stonden.
23. De ACM overweegt verder dat de wijze waarop de 42 gesprekken zijn geselecteerd, voor DGB voldoende inzichtelijk is gemaakt in het rapportdossier¹⁶ en in een aanvullende toelichting naar aanleiding van de hoorzitting.¹⁷ De ACM benadrukt dat een belangrijk uitgangspunt is geweest dat alleen volledige gesprekken zijn geselecteerd om de gedragingen van DGB zorgvuldig te beoordelen.

7.2 Toetsingskader

24. Van een misleidende omissie is sprake wanneer essentiële informatie die de gemiddelde consument nodig heeft om een geïnformeerd besluit over een transactie te nemen, wordt weggelaten, verborgen wordt gehouden of op onduidelijke, onbegrijpelijke, dubbelzinnige wijze dan wel laat wordt verstrekt, waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen. Bij de beoordeling of essentiële

¹⁴ Kort voor, of tijdens de voice log wordt daarnaast de leveringsovereenkomst aan de consument gezonden waarbij – in het kader van het schriftelijkheidsvereiste – de consument wordt gevraagd om deze nog tijdens het telefoongesprek te ondertekenen.

¹⁵ Zie artikel 1.1, aanhef en onder f, Whc. c

¹⁶ Document met kenmerk ACM/INTNZP/010128 (dossierstuk 28).

¹⁷ Document met kenmerk ACM/IN/665636 en ACM/UIT/569019.

informatie is weggelaten of verborgen is gehouden worden de feitelijke context, de beperkingen van het communicatiemedium en de maatregelen die zijn genomen om de informatie langs andere wegen ter beschikking van de consument te stellen, in aanmerking genomen (artikel 6:193d BW).

25. Ten aanzien van een uitnodiging tot aankoop en commerciële communicatie is bepaald wat in ieder geval als essentiële informatie moet worden beschouwd. Dit volgt uit artikel 6:193e BW en artikel 193f BW.

Uitnodiging tot aankoop en commerciële communicatie

26. Gelet op hetgeen hiervoor in randnummer 20 is vermeld, zijn de verkoopsgesprekken commercieel van aard en wordt de consument in staat gesteld om een aankoop te doen.
27. De ACM concludeert dat de verkoopsgesprekken kunnen worden aangemerkt als een uitnodiging tot aankoop (artikel 6:193a, onder g, BW). en dat de verkoopsgesprekken als commerciële communicatie kunnen worden aangemerkt (artikel 3:15e, derde lid, eerste zin, BW).

Essentiële informatie

28. Bij een uitnodiging tot aankoop is onder meer de volgende informatie essentieel: (i) de voornaamste kenmerken van het product, (ii) de identiteit van de handelaar, zijn handelsnaam en de identiteit van de handelaar namens wie hij optreedt, (iii) de prijs en (iv) het recht op herroeping.
29. Voor commerciële communicatie geldt dat de handelaar in ieder geval aan het begin van het gesprek zijn identiteit moet vermelden en de identiteit van de persoon namens wie hij belt. Daarnaast moet de handelaar aan het begin van het gesprek het commerciële doel van het gesprek vermelden (artikel 6:193f BW onder b juncto artikel 6:230v, zesde lid, eerste zin, BW).

7.3 Beoordeling van de bewijsmiddelen – essentiële informatie

7.3.1 Het commerciële doel van het gesprek

30. Het commerciële doel van de beoordeelde telefoongesprekken is het sluiten van een energiecontract met DGB. In geen van de onderzochte gesprekken wordt het commerciële doel aan het begin van het gesprek vermeld. In de gesprekken blijkt het commerciële doel ook niet duidelijk uit de context die wordt geschetst. Integendeel, er wordt bewust onduidelijkheid gecreëerd over het commerciële doel.¹⁸ Veelal worden consumenten gebeld met de mededeling dat er klachten zijn binnengekomen over de wervingspraktijken van een energiemaatschappij en dat de medewerker ervoor gaat zorgen dat de consument niet meer wordt lastiggevallen. Andere aanleidingen voor het telefoongesprek die worden gegeven zijn de mededeling dat de consument is overgestapt naar een verkeerde energiemaatschappij en een verlaging voor gas en stroom die nog berekend moet worden [gesprek 3].¹⁹

¹⁸ Document met kenmerk ACM/INT/412678 (dossierstuk 22) en ACM/UIT/546549 (dossierstuk 32), kolom R.

¹⁹ Gedeeltelijke uitwerking van de opname van dit verkoopsgesprek is als bijlage II gevoegd bij dit besluit.

31. In een verkoopgesprek moet het commerciële doel duidelijk blijken. Tevens moet het commerciële doel aan het begin van het gesprek worden vermeld.²⁰ Het moet voor de consument dus voldoende duidelijk zijn dat hij wordt opgebeld met het oog op het sluiten van een energiecontract.²¹ Uit de 42 beoordeelde gesprekken blijkt dat het voor geen van de consumenten onmiddellijk duidelijk was dat zij werden gebeld met het oogmerk om een leveringscontract met DGB af te sluiten. Daardoor hebben consumenten het gesprek mogelijk voortgezet, terwijl zij dat niet gedaan hadden als zij wel op de hoogte waren van het commerciële doel van het telefoongesprek.
32. Op grond hiervan stelt de ACM vast dat het commerciële doel van het verkoopgesprek niet aan het begin van de telefoongesprekken is vermeld en ook verder onvoldoende bleek uit (de context van) die telefoongesprekken.

7.3.2 Identiteit van degene namens wie wordt gebeld

33. De handelaar moet aan het begin van het gesprek zijn identiteit en de identiteit van de persoon namens wie hij belt mededelen.²² DGB heeft de telefonische verkoop van energiecontracten uitbesteed aan intermediairs.²³ In de 42 beoordeelde telemarketingsgesprekken wordt niet vermeld dat de medewerker namens DGB belt. In meerdere gesprekken wordt ook niet duidelijk vermeld voor welke intermediair de medewerker werkt.²⁴ In veel andere gesprekken wordt daar onduidelijkheid over gecreëerd.²⁵ Zo wordt in een verkoopgesprek door een medewerker gezegd dat hij van '[VERTROUWELIJK]' is van de Consumentenbond.²⁶
34. Het is voor consumenten van belang te weten door wie en namens wie zij worden gebeld met een commercieel aanbod. Alleen dan kan de consument een geïnformeerde beslissing nemen over bijvoorbeeld de vraag of hij het gesprek wil voortzetten.
35. Op grond hiervan stelt de ACM vast dat de identiteit van de handelaar en met name van degene namens wie de consument werd opgebeld (in dit geval: DGB), niet aan het begin van het gesprek werd vermeld. Het was voor de consument onduidelijk met wie hij van doen had.

7.3.3 Voornaamste kenmerken van het product

Voornaamste kenmerken van het product: looptijd

36. Leveringsovereenkomsten voor energie kunnen worden aangegaan voor bepaalde of onbepaalde tijd. Als een leveringsovereenkomst voor bepaalde tijd wordt aangeboden, is de looptijd van de leveringsovereenkomst één van de voornaamste kenmerken van het product. Om een geïnformeerd besluit over

²⁰ Artikel 6:193d, derde lid, BW en artikel 6:193f sub b jo. 6:230v, zesde lid, eerste zin, BW.

²¹ *Kamerstukken II* 2012/13, 33520, nr. 3, p. 52 (*MvT*).

²² Artikel 6:193e aanhef, onder b, BW en artikel 6:193art. 6:193f sub b jo. 6:230v, zesde lid, eerste zin, BW.

²³ Randnummer 17 en 18 van het rapport.

²⁴ Verkoopgesprekken met nummers: 31640, 83898, 046528 en 039602 in document met kenmerk ACM/INT/412678 (dossierstuk 22).

²⁵ Document met kenmerk ACM/INT/412678 (dossierstuk 22) en ACM/UIT/546549 (dossierstuk 32), kolom Q.

²⁶ Gedeeltelijke uitwerking van de opname van dit verkoopgesprek is als bijlage II gevoegd bij dit besluit.

een overeenkomst te nemen moet informatie over de looptijd tijdig en duidelijk verstrekt worden.

37. De contracten die DGB via telefonische werving aanbood betroffen telkens contracten voor bepaalde tijd.²⁷ De looptijd betrof meestal vijf en soms drie jaar.²⁸ In het overgrote deel (34 gevallen) van de 42 onderzochte telemarketinggesprekken werd de consument pas in de tweede fase van het gesprek (de voicelog) geïnformeerd over de looptijd van het contract.²⁹ Dit is te laat. De consument is er immers tijdens de eerste fase van het verkoopgesprek al toe bewogen een leveringsovereenkomst voor energie met DGB aan te gaan en de voicelog dient als een samenvatting van het aanbod en een bevestiging van de aanvaarding daarvan door de consument. Was de consument eerder geïnformeerd over de looptijd, dan was dit mogelijk een reden geweest om niet op het aanbod in te gaan. Dit geldt te meer nu de looptijd aanzienlijk (3 of 5 jaar) was en het aanvaarden van het aanbod tot gevolg heeft dat de consument gedurende die periode aan DGB gebonden is.

Voornaamste kenmerken van het product: opzegboete

38. In overeenkomsten voor de levering van energie voor bepaalde tijd, wordt vaak een clause opgenomen waarin staat dat de consument een opzegvergoeding verschuldigd is als hij de leveringsovereenkomst tussentijds opzegt. Ook DGB hanteert een dergelijke opzegvergoeding: in de algemene voorwaarden en de leveringsovereenkomst staat dat DGB bij tussentijdse beëindiging van de leveringsovereenkomst een opzegvergoeding in rekening kan brengen.³⁰ Een dergelijke opzegvergoeding is één van de voornaamste kenmerken van het product. De consument moet daarover tijdig en duidelijk worden geïnformeerd voordat hij het aanbod aanvaardt. Alleen dan kan de consument een weloverwogen keuze maken of hij al dan niet een leveringsovereenkomst voor energie voor bepaalde tijd met DGB wil aangaan.³¹ Het vermelden van de opzegboete is in dit geval met name van belang omdat de leveringsovereenkomsten die werden aangeboden een relatief lange looptijd hadden van 3 en 5 jaar. Gedurende die gehele looptijd kon de consument niet overstappen naar een andere energieleverancier zonder een opzegboete verschuldigd te zijn.
39. In vrijwel alle verkoopgesprekken wordt niets gezegd over de opzegvergoeding die DGB in rekening kan brengen.³² De ACM merkt ten overvloede op dat in de algemene voorwaarden en de leveringsovereenkomst slechts wordt vermeld dat een opzegvergoeding in rekening 'kan worden' gebracht. Dat het om een 'kan-bepaling' gaat doet er niet aan af dat de opzegvergoeding tot de voornaamste kenmerken van het product behoort.

Voornaamste kenmerken van het product: actievoorwaarden

²⁷ Zoals ook blijkt uit de algemene voorwaarden die DGB hanteerde. Zie ACM/IN/546498 (dossierstuk 16, bijlage 4).

²⁸ Document met kenmerk ACM/INT/412678 (dossierstuk 22).

²⁹ Document met kenmerk ACM/INT/412678 (dossierstuk 22) en ACM/UIT/546549 (dossierstuk 32), kolom AF.

³⁰ Document met kenmerk ACM/IN/546498 (dossierstuk 16), bijlage 4, Leveringsovereenkomst Energie, Algemene voorwaarden, artikel 21 (21.3).

³¹ Artikel 6:193d lid 3 BW. In het document "Informatievoorziening op de consumentenmarkt voor energie" | ACM.nl, paragraaf 3.3.1. wordt vermeld dat (onder meer) de opzegboete essentiële informatie is.

³² Document met kenmerk ACM/INT/412678 (dossierstuk 22) en ACM/UIT/546549 (dossierstuk 32), kolom AA.

40. Als aan consument een commercieel aanbod gedaan wordt in het kader van een actie om consumenten te werven, zijn de actievoorwaarden één van de voornaamste kenmerken van het product. Onderdeel van het aanbod van DGB is een actie waarbij DGB de opzegvergoeding compenseert indien de consument deze verschuldigd is aan zijn huidige energieleverancier wegens tussentijdse opzegging. Uit 31 van de 42 verkoopgesprekken blijkt dat de desbetreffende consumenten nog gebonden zijn aan een contract voor bepaalde tijd met hun huidige energieleverancier. De aanvaarding van het aanbod van DGB betekent voor hen dat de oude leverancier een opzegvergoeding in rekening brengt, en deze consumenten komen dan ook in aanmerking voor de door DGB aangeboden compensatie.³³
41. In de verkoopgesprekken vermeld dat DGB de opzegboete van de oude leverancier zal compenseren. Daarbij wordt evenwel niet vermeld dat die compensatie voorwaardelijk is en niet automatisch geschiedt. De compensatie geschiedt namelijk alleen op aanvraag van de consument en in termijnen gedurende de looptijd van de leveringsovereenkomst met DGB van drie dan wel vijf jaar. Uit hetgeen in de verkoopgesprekken hierover gezegd wordt, kan bij de consument de indruk ontstaan dat de compensatie onvoorwaardelijk is en zonder dat de consument er iets voor hoeft te doen ineens wordt uitbetaald. De consument moet over de belangrijkste van deze actievoorwaarden duidelijk en tijdig worden geïnformeerd. Alleen dan kan de consument een geïnformeerde keuze maken of hij al dan niet de leveringsovereenkomst met zijn oude energieleverancier tussentijds wenst te beëindigen om een leveringsovereenkomst voor energie met DGB aan te gaan.

Conclusie voornaamste kenmerken van het product

42. De ACM stelt vast dat in alle beoordeelde telefoongesprekken niet alle voornaamste kenmerken van het product zijn genoemd, dan wel dat zij niet tijdig werden genoemd. DGB heeft in het bijzonder de consument niet, niet volledig dan wel laat geïnformeerd over de looptijd van de aangeboden leveringsovereenkomst, over de opzegboete bij tussentijdse beëindiging van de leveringsovereenkomst en over belangrijke actievoorwaarden voor compensatie van opzegvergoedingen van de huidige leverancier.

7.3.4 Herroepingsrecht

43. De leveringsovereenkomsten voor energie met DGB die naar aanleiding van de 42 beoordeelde verkoopgesprekken zijn aangegaan, kwalificeren als overeenkomsten op afstand. Voor overeenkomsten op afstand geldt een bedenktijd van veertien dagen.³⁴ Het van toepassing zijn van de bedenktijd is essentiële informatie bij een uitnodiging tot aankoop³⁵ en bij commerciële communicatie.³⁶ De consument moet hierover worden geïnformeerd voordat hij een overeenkomst aangaat. In een groot aantal telefoongesprekken wordt de bedenktijd in ieder geval in de eerste fase van het verkoopgesprek niet genoemd.

³³ Document met kenmerk ACM/UIT/546549 (dossierstuk 32), kolom AD.

³⁴ Het recht om de overeenkomst binnen veertien dagen te ontbinden op grond van artikel 230o, eerste lid, BW.

³⁵ Artikel 6:193e, onder e, BW.

³⁶ Artikel 6:193f, onder b, juncto artikel 6:230m, onder h, BW.

44. In 18 van de 42 telefoongesprekken wordt de bedenktijd in de tweede fase van het verkoopsgesprek (de voicelog) genoemd.³⁷ Dit is evenwel te laat. De consument is er immers tijdens de eerste fase van het verkoopsgesprek al toe bewogen een leveringsovereenkomst voor energie met DGB aan te gaan en de voicelog dient als een samenvatting van het aanbod en een bevestiging van de aanvaarding daarvan door de consument. De consument moet voordat hij gebonden is aan een overeenkomst op afstand geïnformeerd worden over het herroepingsrecht.³⁸
45. De ACM stelt vast dat het herroepingsrecht (te) laat – namelijk nadat de consument al had besloten om het aanbod te aanvaarden – werd genoemd.

7.3.5 Prijs

46. De prijs inclusief belastingen, of de wijze waarop deze wordt berekend, is essentiële informatie. Deze informatie heeft de consument nodig om een geïnformeerd besluit te nemen over de transactie. De totaalprijs van gas en elektriciteit is opgebouwd uit verschillende kostencomponenten. Voor de consument moet onder meer duidelijk zijn wat het leveringstarief is. Ook moet het verwachte jaarbedrag worden vermeld. Het verwachte jaarbedrag moet worden berekend op basis van het gemiddelde en laatst bekende jaarverbruik van de consument.³⁹ Het jaarbedrag geeft de consument concreet inzicht in wat het nieuwe energiecontract voor zijn financiële situatie betekent.
47. De ACM stelt vast dat in een aantal van de beoordeelde verkoopsgesprekken de leveringstarieven pas in de voicelog worden genoemd. Daarnaast wordt in vrijwel alle gesprekken het jaarbedrag niet of pas in de voicelog genoemd.⁴⁰ Dat is te laat. Op het moment dat de voicelog wordt gestart heeft de consument immers al een keuze gemaakt om het aanbod van DGB te aanvaarden. De voicelog dient als samenvatting van het aanbod en als bevestiging van en bewijs voor de aanvaarding van het aanbod door de consument.⁴¹
48. De ACM stelt vast dat relevante informatie over de prijs niet of (te) laat in het telefoongesprek werd genoemd.

7.4 Beperkingen communicatiemedium, transactietoets en conclusie misleiding

Beperkingen communicatiemedium

49. De ACM moet bij de beoordeling of sprake is van een misleidende omissie, rekening houden met de beperkingen van het communicatiemedium (in dit geval: telefoon) en met de omstandigheid dat de informatie langs andere weg aan de consument is verstrekt. Het per telefoon aanbieden van een leveringsovereenkomst voor energie, staat er naar het oordeel van de ACM niet aan in de weg dat de hiervoor in paragraaf 7.3 genoemde essentiële informatie wordt verstrekt. De informatie is weliswaar ook aan de consument verstrekt in

³⁷ Document met kenmerk ACM/UIT/546549 (dossierstuk 32), kolom AG.

³⁸ Artikel 230m, eerste lid, onder h, BW.

³⁹ Informatievoorziening op de consumentenmarkt voor energie | ACM.nl, paragraaf 3.3.2..

⁴⁰ Document met kenmerk ACM/INT/412678 (dossierstuk 22) en ACM/UIT/546549 (dossierstuk 32), kolom T, U, V en W.

⁴¹ Document met kenmerk ACM/INT/412678 (dossierstuk 22) en ACM/UIT/546549 (dossierstuk 32), kolom T, U, V en W.

de leveringsovereenkomst die per e-mail of sms-bericht aan de consument werd verzonden, maar dit acht de ACM onvoldoende. De leveringsovereenkomst werd namelijk verstuurd tijdens de tweede fase (voice log) van het telefoongesprek. Zoals hiervoor is overwogen dient de voice log slechts ter bevestiging van de aanvaarding van het aanbod van de consument en de consument had op dat moment dus feitelijk al besloten het aanbod van DGB te aanvaarden.

Transactietoets

50. De ACM is van oordeel dat alleen al de misleidende omissies ten aanzien van elk van de hiervoor genoemde onderwerpen afzonderlijk, van dien aard zijn dat zij de gemiddelde consument kunnen beletten een geïnformeerd besluit te nemen over een leveringsovereenkomst met DGB. Omdat in alle beoordeelde verkoopgesprekken misleidende omissies voorkomen ten aanzien van meerdere van de genoemde onderwerpen, staat vast dat door de misleidende omissies de gemiddelde consument een besluit over een leveringsovereenkomst met DGB kan nemen, dat hij anders niet genomen had. In dit verband stelt de ACM vast dat de gemiddelde consument, indien hij correct was geïnformeerd over het commerciële oogmerk dan wel de identiteit van DGB, had kunnen besluiten het verkoopgesprek af te breken. Of dat de gemiddelde consument, als deze zich een goed beeld had kunnen vormen van alle kenmerken van het product, de prijs en de actievoorwaarden, mogelijk zou hebben afgezien van het aangaan van een leveringsovereenkomst met DGB.

Conclusie misleidende omissies

51. De ACM concludeert dat in de 42 beoordeelde verkoopgesprekken sprake is van misleidende omissies als bedoeld in artikel 6:193d, tweede en derde lid, BW. De verkoopgesprekken hebben plaatsgevonden in de periode 1 augustus 2019 tot en met 9 juli 2020. Misleidende omissies kwalificeren als oneerlijke handelspraktijk. Het verrichten van oneerlijke handelspraktijken levert een schending op van 8.8 Whc. Gelet op het aantal van 42 verkoopgesprekken waarin overtredingen zijn begaan, gaat het om een inbreuk van de Whc die schade kan toebrengen aan de collectieve belangen van consumenten.

8 Overtrederschap

52. De ACM is van oordeel dat DGB als (functioneel) pleger van de hiervoor vastgestelde inbreuk en daarmee als overtreder kan worden aangemerkt. De ACM verwerpt het standpunt van DGB dat zij niet aansprakelijk kan worden gehouden voor oneerlijke handelspraktijken die niet door haar, maar door de intermediairs zijn verricht. De ACM overweegt daarover het volgende.
53. Op grond van artikel 5:1, tweede lid, Awb kan als overtreder worden aangemerkt degene die de overtreding pleegt of medepleegt. Volgens het derde lid kunnen overtredingen worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen. Artikel 51, tweede en derde lid, van het Wetboek van Strafrecht (hierna: Sr) is van overeenkomstige toepassing. Dader of pleger is in de eerste plaats degene die de verboden handeling fysiek verricht. Daarnaast kan in bepaalde gevallen degene die de overtreding niet zelf feitelijk begaat, doch aan wie de handeling is toe te rekenen, voor de overtreding

verantwoordelijk worden gehouden en derhalve als overtreder worden aangemerkt.⁴²

54. De jurisprudentie neemt hierbij in het algemeen het zogeheten ‘drijfmasterrest’ van de Hoge Raad tot uitgangspunt.⁴³ In het drijfmasterrest overweegt de Hoge Raad dat het antwoord op de vraag of een overtreding aan een rechtspersoon kan worden toegerekend, afhankelijk is van de concrete omstandigheden van het geval. Daartoe behoort onder meer de aard van de verboden gedraging. De Hoge Raad overweegt ook dat een algemene regel zich bezwaarlijk laat formuleren. Maar, een belangrijk oriëntatiepunt bij de toerekening is of de gedraging heeft plaatsgevonden dan wel is verricht in de sfeer van de rechtspersoon. Als dat het geval is, kan de gedraging in beginsel worden toegerekend aan de rechtspersoon.
55. Van een gedraging in de sfeer van de rechtspersoon zal sprake kunnen zijn indien zich een of meer van de navolgende omstandigheden voordoen:
- het gaat om een handelen of nalaten van iemand die hetzij uit hoofde van een dienstbetrekking hetzij uit anderen hoofde werkzaam is ten behoeve van de rechtspersoon;
 - de gedraging past in de normale bedrijfsvoering van de rechtspersoon;
 - de gedraging is de rechtspersoon dienstig geweest in het door hem uitgeoefende bedrijf;
 - de rechtspersoon vermocht erover te beschikken of de gedraging al dan niet zou plaatsvinden en zodanig of vergelijkbaar gedrag werd blijkens de feitelijke gang van zaken door de rechtspersoon aanvaard of placht te worden aanvaard. Onder bedoeld aanvaarden is mede begrepen het niet betrachten van de zorg die in redelijkheid van de rechtspersoon kon worden gevergd met het oog op de voorkoming van de gedraging.
56. De ACM overweegt dat de misleidende omissies zijn begaan door intermediairs die werkzaamheden verrichtten ten behoeve van DGB. Dit leidt de ACM af uit de omstandigheid dat de intermediairs met de verkoopgesprekken beoogden dat consumenten leveringsovereenkomsten aan zouden gaan met DGB. Aan de werkzaamheden lag een overeenkomst ten grondslag tussen DGB en één intermediair. De gedragingen – het voeren van telefoongesprekken om nieuwe klanten te werven – passen in het normale bedrijfsvoering van een energieleverancier als DGB. De gedragingen zijn DGB ook dienstig geweest nu zij DGB nieuwe klanten en dus extra omzet hebben opgeleverd.
57. De ACM is ook van oordeel dat DGB erover kon beschikken dat en met name ook hoe de gedragingen plaatsvonden. DGB was immers de opdrachtgever en was in de positie om de intermediair te instrueren over de wijze waarop de verkoopgesprekken zouden worden gevoerd en over de (wettelijke) vereisten waaraan deze zouden moeten voldoen. DGB heeft nagelaten om dit op afdoende wijze te doen. Daarmee heeft DGB niet de zorg betracht die in redelijkheid van haar als handelaar jegens consumenten mocht worden verwacht. De – naar zeggen van DGB – coulante omgang met klanten die zich over de werving beklagden, doet daaraan niet af. Hiermee werd immers niet

⁴² ABRvS 22 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:90; ABRvS 4 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:288, r.o. 3.1; ABRvS 15 oktober 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BF8999.

⁴³ HR 21 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7938.

voorkomen dat in de verkoopgesprekken misleidende omissies werden verricht. Ook de omstandigheid dat – zoals DGB heeft gesteld – de intermediair op haar beurt de wervingsactiviteiten uitbesteedde aan verschillende derde intermediairs, kan niet afdoen aan de verantwoordelijkheid van DGB. De overeenkomst tussen DGB en de intermediair stond immers nadrukkelijk toe dat de intermediair derden inschakelt in het kader van de uitvoering van de overeenkomst.

58. De ACM concludeert dat de hiervoor in paragraaf 7.2 vastgestelde inbreuk op artikel 8.8 Whc juncto artikel 6:193d, tweede en derde lid, aan DGB kan worden toegerekend.

9 Boete

9.1 Bepalen basisboete

59. Voor de hiervoor vastgestelde overtredingen legt de ACM aan DGB een boete op. Bij het vaststellen van de boetehoogte houdt de ACM rekening met de verwijtbaarheid van de overtreder, de ernst van de overtreding en de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd.⁴⁴ De op te leggen boete moet daarnaast evenredig zijn⁴⁵ en voldoende afschrikwekkend voor zowel de overtreder als voor (potentiële) andere overtreders.
60. De Boetebeleidsregel ACM 2014 (hierna: Boetebeleidsregel) bevat nadere regels over de wijze waarop de ACM invulling geeft aan haar bevoegdheid om bestuurlijke boetes op te leggen.⁴⁶ Op grond daarvan stelt de ACM eerst een basisboete vast⁴⁷. Daarna kijkt de ACM of sprake is van boeteverhogende of boeteverlagende omstandigheden. Ten slotte toetst de ACM de evenredigheid van de op te leggen boete.

9.1.1 Verwijtbaarheid

61. De ACM kan geen boete opleggen als de overtreding de overtreder niet kan worden verweten. Verder houdt de ACM bij beboeting rekening met de mate van verwijtbaarheid.⁴⁸ De ACM concludeert op grond van het navolgende dat de geconstateerde overtredingen DGB volledig kunnen worden verweten.
62. Voorop staat de eigen verantwoordelijkheid van marktpartijen om de toepasselijke regelgeving na te leven. Daarom geldt als uitgangspunt dat DGB zelf verantwoordelijk is voor de misleiding van consumenten in de verkoopgesprekken. Zoals de ACM hiervoor in hoofdstuk 8 heeft overwogen moeten de overtredingen aan DGB worden toegerekend. De omstandigheid dat

⁴⁴ Op grond van artikel 2.9 en 2.15 Whc, jo. 5:41, 5:46 Awb.

⁴⁵ Artikel 3:4 Awb.

⁴⁶ Beleidsregel van de Minister van Economische zaken van 4 juli 2014, nr. WJZ/14112617, met betrekking tot het opleggen van bestuurlijke boetes door de Autoriteit Consument en Markt (Boetebeleidsregel ACM 2014), Stcrt.2014, 19776. De Boetebeleidsregel 2014 is van toepassing op overtredingen waarvoor rapport is opgemaakt vanaf 1 augustus 2014, gewijzigd bij Beleidsregel van de Minister van Economische Zaken van 28 juni 2016, nr. WJZ/16056097, houdende wijziging van de Boetebeleidsregel ACM 2014, Stcrt. 2016 nr. 34630.

⁴⁷ Op grond van artikel 2.8 van de Boetebeleidsregel.

⁴⁸ Op grond van artikel 5:41 en 5:46 Awb.

de misleiding feitelijk werd begaan door de intermediairs die de telefoongesprekken voerden, doet aan de verwijtbaarheid van DGB niet af.

9.1.2 Ernst van de overtreding

63. Bij de bepaling van de ernst van de overtreding is allereerst relevant dat de Whc en de bepalingen over oneerlijke handelspraktijken in het BW, beogen een hoog niveau van consumentenbescherming te bewerkstellingen en het consumentenvertrouwen te bevorderen. Het niet naleven van deze regels kan grote schade toebrengen aan individuele consumenten, maar ook aan het consumentenvertrouwen in het algemeen. Consumenten kunnen het vertrouwen in de energiebranche en de in deze branche gehanteerde verkoopkanalen verliezen wanneer energieleveranciers de consumentenregelgeving niet naleven. Dit kan eraan bijdragen dat de bereidheid van consumenten tot het afsluiten van een nieuw energiecontract afneemt en consumenten minder snel overstappen naar een andere energieleverancier. Een goed vertrouwen in de consumentenmarkt voor energie acht de ACM te meer van belang in het licht van de energietransitie. Bij de vaststelling van de boetehoogte moet worden uitgegaan van een boete die in verhouding staat tot deze factoren.
64. DGB heeft zich schuldig gemaakt aan misleiding door consumenten niet adequaat⁴⁹ te informeren over het doel van het telefoongesprek, haar identiteit en meerdere andere essentiële elementen van het aanbod. Uit de telefoongesprekken blijkt dat consumenten die specifiek vroegen naar bijvoorbeeld het doel van het gesprek, de identiteit of andere essentiële informatie, ontwijkende of onvolledige antwoorden kregen. De ACM leidt uit het geheel van de beoordeelde 42 gesprekken af dat DGB welbewust haar eigen commerciële belangen heeft gesteld boven die van de consumenten die zij benaderde. Hierdoor zijn consumenten daadwerkelijk misleid en is hen informatie onthouden die de gemiddelde consument nodig heeft om een geïnformeerd besluit over een transactie te kunnen nemen. Bijvoorbeeld een besluit over de vraag of hij het telefoongesprek al dan niet wilde voortzetten, of hij bereid was voor een overstap naar DGB het contract met zijn oude energieleverancier tussentijds te ontbinden en of hij al met al het aanbod van DGB wel wilde aanvaarden. In het kader van de beoordeling van de ernst van de overtreding is mede van belang dat het gaat om energiecontracten en dat dat complexe 'producten' zijn waarbij een groot aantal factoren voor de consument van invloed is om wel of niet een nieuw contract aan te gaan. Zoals een goed inzicht in de tarieven, terwijl die tarieven complex zijn omdat zij uit meerdere elementen zijn opgebouwd en het voor de consument moeilijk te overzien is wat voor gevolgen een aangeboden energiecontract heeft voor zijn portemonnee. Verder is van belang dat DGB leveringscontracten aanbod met een relatief lange looptijd van drie of vijf jaar; de consument was gedurende die looptijd in beginsel gebonden aan DGB. Daarnaast is de voorziening van energie een primaire levensbehoefte van de consument.

⁴⁹ Met adequaat wordt in dezen bedoeld dat de informatie niet, niet op begrijpelijke en ondubbelzinnige wijze, dan wel laat is verstrekt.

65. Met name ernstig is dat DGB bekend moet zijn geweest met de uitwerking van haar wervingspraktijken. Uit het dossier blijkt dat niet alleen de ACM, maar ook DGB zelf grote aantallen klachten ontving over de telefonische werving. Uit het interne klachtenoverzicht van DGB blijkt dat het merendeel van deze klachten de volgende omschrijvingen heeft: “niet duidelijk dat het een overstap betreft”, “gesprek zou informatief zijn” en “contractperiode niet afgesproken”.⁵⁰ Hieruit blijkt dat DGB minst genomen had kunnen vermoeden dat haar wervingspraktijken niet deugden. Deze klachten hebben zich gedurende de gehele overtredingsperiode van 1 augustus 2019 tot en met 9 juli 2020 voorgedaan en van een afname van het aantal klachten is geen sprake geweest. De ACM heeft de overtreding weliswaar vastgesteld aan de hand van 42 telefoongesprekken, maar uit de grote aantallen klachten bij DGB en ook de bij de ACM ontvangen meldingen kan worden afgeleid dat de misleiding wijdverbreid moet zijn geweest en vele consumenten heeft geraakt. De maatregelen die DGB naar eigen zeggen genomen heeft om de intermediairs de wet- en regelgeving te doen naleven zijn dan ook ontoereikend geweest. In dit verband merkt de ACM op dat DGB in het in 2020 met intermediair [VERTROUWELIJK] gesloten contract is uitgegaan van een verouderde versie van de Gedragscode Consument en Energieleverancier.⁵¹
66. Tot slot overweegt de ACM dat de stelling van DGB dat zij coulant omging met consumenten die na de bedenktijd hun leveringscontract wensten te ontbinden, niet aan de ernst van de misleiding afdoet. Het initiatief om de schadelijke gevolgen van de misleiding ongedaan te maken lag immers volledig bij de consument die daarvoor de nodige moeite moest doen.
67. Op grond van het voorgaande kwalificeert de ACM de in dit besluit vastgestelde misleidende omissies als een ernstige overtreding.

9.1.3 Conclusie over basisboete

68. Op grond van de Boetebeleidsregel stelt de ACM een basisboete vast binnen de bandbreedte van de boetecategorie waarin de overtreden bepaling is ingedeeld.⁵² De overtreding waar het hierover gaat is ingedeeld in boetecategorie III. De bandbreedte waarbinnen de basisboete wordt vastgesteld is daarmee 150.000 euro tot 600.000 euro.⁵³ Gelet op de ernst van de gedragingen, de mate van verwijtbaarheid van DGB en de omstandigheden waaronder de overtredingen zijn gepleegd, stelt de ACM een basisboete vast van 400.000 euro.

⁵⁰ ACM/IN/546498, dossierstuk 16, bijlage 1 'Overzicht klachten'.

⁵¹ Deze gedragscode is in 2015 op een aantal belangrijke punten gewijzigd ten aanzien van de essentiële informatie die de consument moet krijgen tijdens een telemarketinggesprek en de manier waarop deze informatie verstrekt moet worden. Bovendien is in deze versie van de Gedragscode het “Aanbod op Maat” opgenomen. Via het Aanbod op Maat worden consumenten op een volledige en transparante manier informatie over de prijs van het energiecontract.

⁵² Zie hiertoe de in artikel 2.5, eerste lid van de Boetebeleidsregel gehanteerde categorieën, de bijlage bij artikel 2.5, tweede lid en artikel 2.7, derde lid, van de Boetebeleidsregel 2014. Bij de indeling van een wettelijke bepaling in een bepaalde boetecategorie is aansluiting gezocht bij het belang dat wordt beschermd door deze bepaling, in relatie tot de wet waarvan deze deel uitmaakt. Naarmate aan dit belang een groter gewicht moet worden toegekend, is een hogere boete gerechtvaardigd bij overtreding van de wettelijke bepaling die dit belang beschermt.

⁵³ Of een bandbreedte van 0,75 ‰ tot 7,5 ‰ van de omzet indien dat meer is. Nu DGB heeft aangegeven dat haar netto-omzet in 2020/2021 [VERTROUWELIJK] bedroeg, zijn deze promillages hier niet van toepassing.

9.2 Boeteverlagende of -verhogende omstandigheden

69. De ACM is niet gebleken van feiten of omstandigheden die de ACM nopen tot matiging van de basisboete.⁵⁴ Over de stelling van DGB dat zij alle medewerking aan de ACM heeft verleend, overweegt de ACM dat die medewerking niet verder ging dan waartoe DGB op grond van de wet gehouden was.

9.3 Evenredigheid

70. In het kader van een eventueel op te leggen bestuurlijke boete stelt DGB dat zij als kleine energieleverancier beschikt over een beperkte draagkracht. Een hoge boete zou daarom disproportionele gevolgen hebben. De ACM is van oordeel dat een onderneming met een jaaromzet in de orde van grootte van de door DGB genoemde omzet [VERTROUWELIJK], een boete van 400.000 euro moet kunnen dragen. Hoewel de ACM DGB heeft verzocht om nadere financiële stukken aan te leveren zodat de ACM zich een zo goed mogelijk beeld kon vormen van de financiële situatie van DGB, heeft DGB dat niet gedaan. Deze omstandigheid leidt daarom niet tot boetematiging.

⁵⁴ Artikel 2.9 en 2.10 van de Boetebeleidsregel.

10 Besluit

De Autoriteit Consument en Markt legt een boete op van 400.000 euro aan DGB Energie B.V., statutair gevestigd te Hardenberg, wegens overtreding van artikel 8.8 Whc jo. artikel 6:193d BW.

Den Haag, **28 april 2022**

Autoriteit Consument en Markt,
namens deze:

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

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

Bijlage I – Juridisch Kader

Instellingswet Autoriteit Consument en Markt

Artikel 12h, eerste lid

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

Wet handhaving consumentenbescherming

Artikel 1.1, aanhef en onder f

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

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

Artikel 2.9

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

Artikel 2.15

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

Artikel 8.8

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

Burgerlijk Wetboek

Artikel 6:193b, tweede lid

Een handelspraktijk is oneerlijk indien een handelaar handelt:

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

Artikel 6:193d

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

Artikel 6:193e

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

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

Artikel 6:193f, aanhef en onder b

Indien er sprake is van commerciële communicatie, reclame of marketing daaronder begrepen, is de informatie genoemd bij of krachtens de volgende artikelen in ieder geval essentieel als bedoeld in artikel 193d lid 2:

-
- b. artikel 230 lid1, onderdelen a, b en c, e tot en met h, o en p en 230v, leden 1 tot en met 3, alsmede lid 6, eerste zin, en lid 7 van Boek 6;

Bijlage II – voorbeelden verkoopgesprekken

Voorbeeld bij randnummer 31.

Verkoper: *“Een hele goedenamiddag, mevrouw [VERTROUWELIJK], u spreekt met meneer [VERTROUWELIJK] namens [VERTROUWELIJK]. Ik bel u niet voor een reclame, wees gerust, ik bel u namelijk, mevrouw [VERTROUWELIJK], omdat wij in Hilversum een belangrijk verzoek en enorme klachten hebben ontvangen op de postcode van de bewoners vandaar, dat de mensen daar een tijdje terug benaderd zijn geweest, telefonisch contact of aan de deur, om een overstap te doen naar een energiemaatschappij. In de [VERTROUWELIJK] woont u toch hè?”*

Consument: *“Ja.”*

Verkoper: *“Als ik mag vragen: heeft u van de jaar ook een benadering gehad aan de deur, of aan de telefoon...”*

Consument: *“Nou, aan de telefoon heb ik er diverse gehad, maar aan de deur geen een.”*

Verkoper: *“Oké. Dus daarom mag ik u na ons gesprek in het systeem zetten dat u nooit meer benaderd wordt. Maar heeft u een overstap gedaan van de jaar naar een energiemaatschappij, als ik mag vragen?”*

Consument: *“Ja.”*

Verkoper: *“En dat was via de telefoon zeker?”*

Consument: *“Ja.”*

Verkoper: *“En dat was voor de nieuwe jaar voor een driejarig contract, kan dat?”*

Consument: *“Ja.”*

Verkoper: *“Nu, daarom dat wij u bellen, want u heeft gelijk de andere mensen een verkeerde overstap gedaan, mevrouw. Ter informatie: u moet altijd weten, als u een overstap doet, mevrouw [VERTROUWELIJK], dan moet je dat altijd na de nieuwe jaar doen, want alle overheidsheffingen komen tot in december en na januari stappen de Nederlanders over, want sinds januari is namelijk de energiebelasting op gas verhoogd en op stroom verlaagd en ze hebben u gewoon een dure contract aangesmeerd om meer commissie te winnen. En als ik mag vragen: bij welke leverancier was dat? Weet u dat nog soms?”⁵⁵*

⁵⁵

Audio-opname van dit telemarketinggesprek is uitgewerkt, zie document ACM/IN/575468, bijlage 13.

Voorbeeld bij randnummer 34

Consument: *“Waarvoor belt u?”*

Verkoper: *“Met collega’s hebben aan het begin van het jaar met u contact gehad. Het gaat over die netbeheerders die ons ingeschakeld hebben om te controleren of wij met halve contacten nog wel contact willen opnemen of ze wel een eerlijk contact hebben afgesloten of niet.”*

Consument: *“Bij wie?”*

Verkoper: *“Dat u nog wel een eerlijk contract heeft of niet.”*

Consument: *“Een contract, maar bij wie bedoelt u?”*

Verkoper: *“Uw leverancier, energieleverancier. U heeft toch een energieleverancier?”*

Consument: *“Energie heb ik ja. Maar ik ga niet van de tak naar de tak. Want elke dag wordt ik gebeld om over te gaan op een andere .Dat wil ik niet hebben.”*

Verkoper: *“Ja, maar dat zijn wij dus niet. Wij zijn om dat te controleren en recht te zetten. Het kan zijn dat u met valse berekeningen een vals contract heb afgesloten. Dat u dadelijk bij moet betalen zelf.”*

Consument: *“Oh.”*

Verkoper: *“Netbeheerders hebben gezegd tegen ons jongens grijp maar in. Bel de consumenten maar op. Controleer ze allemaal. Als het niet klopt zet het recht. Snapt u dat?”*

Consument: *“Oké. Ja.”*

Verkoper: *“Daarom zijn wij er. De mensen die u bellen zijn allemaal lokkers zeg maar.”*

Consument: *“Ja, het zijn lokkers. Klopt.”*

Verkoper: *“Wij zijn van [VERTROUWELIJK]. Wij zijn een grote organisatie.”*

Consument: *“Ja.”*

Verkoper: *“Van de Consumentenbond zeg maar.”*

Consument: *“Oh.”*⁵⁶

⁵⁶ Gedeeltelijke uitwerking van opname telemarketinggesprek. Zie document ACM/IN/412678, audiobestand met nummer 034969.