

Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

Nummer 103608/95

Betreft zaak: Sanctie Greenchoice colportage

Beslissing op bezwaar tegen het besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van 8 maart 2011 (nummer 103608/53), tot het opleggen van een bestuurlijke boete als bedoeld in artikel 77i van de Elektriciteitswet 1998 en artikel 60ad van de Gaswet aan Groene Energie Administratie B.V.

I. Verloop van de procedure

1. Bij besluit van 8 maart 2011, met kenmerk 103608/53 (hierna: 'het bestreden besluit'), heeft de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: "de Raad") aan Groene Energie Administratie B.V. (hierna: 'Greenchoice') een boete opgelegd van EUR 2.096.000 wegens overtreding van het bepaalde bij artikel 95m, derde lid, van de Elektriciteitswet 1998 (hierna: 'E-wet') en artikel 52b, derde lid, van de Gaswet.
2. Op 15 april 2011 heeft Greenchoice een bezwaarschrift ingediend tegen het bestreden besluit. Op 7 november 2011 heeft Greenchoice de gronden van bezwaar aangevuld. Op 31 januari 2012 heeft Greenchoice bijlage 4 aan het bezwaarschrift toegevoegd, bestaande uit een concept jaarbericht 2010 met daarin de opgemaakte, maar nog niet goedgekeurde jaarrekening, voorzien van een goedkeurende verklaring van de accountant.
3. Op 6 februari 2012 is Greenchoice verschenen op een hoorzitting ten kantore van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, waar zij haar bezwaren heeft toegelicht. Van deze hoorzitting is een verslag gemaakt dat op 6 maart 2012 is verzonden aan Greenchoice.

II. Wettelijk kader

4. Het wettelijk kader luidt, voor zover hier van belang:

Elektriciteitswet 1998

Artikel 77i:

"1. De raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit kan ingeval van overtreding van het bepaalde bij of krachtens:

a. (...)

b. de artikelen (...) en 95m de overtreder per overtreding een bestuurlijke boete opleggen van ten hoogste 10% van de omzet van de overtreder in het boekjaar voorafgaande aan de beschikking.

2. (...)

3. De berekening van de netto-omzet, bedoeld in het eerste lid, geschiedt op de voet van artikel 377, zesde lid, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek."

Artikel 77o:

"1. Een beschikking tot oplegging van een last onder dwangsom of een bestuurlijke boete wordt, nadat zij bekend is gemaakt, ter inzage gelegd bij de raad van bestuur van de mededingingsautoriteit.

2. Van de beschikking wordt mededeling gedaan in de Staatscourant."

Artikel 95a, eerste lid:

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

Artikel 95m, derde lid:

"Het is verboden voor de houder van een vergunning om op zodanige wijze afnemers als bedoeld in artikel 95a, eerste lid, te benaderen dat onduidelijkheid bestaat over het feit dat een contract is afgesloten, de duur van het contract, de voorwaarden voor verlenging en beëindiging van het contract, het bestaan van een recht op opzegging en de voorwaarden van opzegging."

Gaswet

Artikel 43, eerste lid:

"Het is verboden zonder vergunning gas te leveren aan afnemers die beschikken over een aansluiting op een net met een totale maximale capaciteit van ten hoogste 40 m³(n) per uur."

Artikel 52b, derde lid:

"Het is verboden voor de houder van een vergunning om op zodanige wijze afnemers als bedoeld in artikel 43, eerste lid, te benaderen dat onduidelijkheid bestaat over het feit dat een contract is afgesloten, de duur van het contract, de voorwaarden voor verlenging en

beëindiging van het contract, het bestaan van een recht op opzegging en de voorwaarden van opzegging.”

Artikel 60ad:

“1. De raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit kan ingeval van overtreding van het bepaalde bij of krachtens:

a. (...)

b. de artikelen (...) en 52b (...) de overtreder per overtreding een bestuurlijke boete opleggen van ten hoogste 10% van de omzet van de overtreder in het boekjaar voorafgaande aan de beschikking.

2. (...)

3. De berekening van de netto-omzet, bedoeld in het eerste lid, geschiedt op de voet van artikel 377, zesde lid, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek.”

Artikel 60aj:

“1. Een beschikking tot oplegging van een last onder dwangsom of een bestuurlijke boete wordt, nadat zij bekend is gemaakt, ter inzage gelegd bij de raad van bestuur van de mededingingsautoriteit.

2. Van de beschikking wordt mededeling gedaan in de Staatscourant.”

Boetebeleidsregels 2009

Artikel 1:

“In deze beleidsregels wordt verstaan onder:

(...);

c) jaaronzet: de netto-omzet van de overtreder, zijnde de opbrengst uit levering van goederen en diensten uit het bedrijf van de overtreder, onder aftrek van kortingen en dergelijke, alsmede van over de omzet geheven belastingen;

(...).”

Artikel 3:

“1. De raad bepaalt de hoogte van de bestuurlijke boete op basis van de boetegrondslag, die per geval wordt vastgesteld.

2. Na het bepalen van de boetegrondslag bepaalt de raad de basisboete door de boetegrondslag bij te stellen aan de hand van de ernst van de overtreding en, voor zover van toepassing, de basisboetetoeslag en het gewicht van de overtreder. Wanneer de boetegrondslag niet wordt bijgesteld aan de hand van de ernst van de overtreding, de basisboetetoeslag of het gewicht van de overtreder, is de basisboete het bedrag dat ook de boetegrondslag is.

3. Bij de vaststelling van de bestuurlijke boete neemt de raad voorts boeteverhogende of boeteverlagende omstandigheden in aanmerking en bepaalt in redelijkheid in hoeverre dergelijke omstandigheden tot een verhoging of verlaging van de basisboete leiden.”

Artikel 16:

“1. De raad stelt de bestuurlijke boete vast met inachtneming van:

- a. het wettelijk boetemaximum;
- b. zijn toezeggingen uit hoofde van de Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken tot vermindering van bestuurlijke boetes betreffende kartels;
- c. deze beleidsregels;
- d. de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

2. De raad kan van deze beleidsregels afwijken indien onverkorte toepassing ervan tot evidente onbillijkheden leidt.”

III. Het bestreden besluit

Aanleiding en onderwerp van onderzoek

5. Naar aanleiding van signalen van consumenten via ConsuWijzer¹ en de uitzending van het VARA-programma Kassa op 9 januari 2010, is de Nederlandse Mededingingsautoriteit (verder: ‘NMa’) een onderzoek gestart naar colportage door energiebedrijven. Onderzocht is of Greenchoice in de periode van 1 januari 2009 tot 1 juli 2010 het bepaalde bij artikel 95m, derde lid, van de E-wet en artikel 52b, derde lid, van de Gaswet heeft overtreden. Dezelfde omstandigheden gaven de Consumentenautoriteit (hierna: ‘CA’) aanleiding om een onderzoek naar colportageactiviteiten van Greenchoice te starten.
6. De colportageactiviteiten van Greenchoice werden exclusief uitgevoerd door Planeta Promotions B.V. (hierna: ‘Planeta’). Greenchoice heeft de samenwerking met Planeta op 31 augustus 2010 beëindigd.
7. Op 27 augustus 2010 heeft onderzoeksbureau Newcom Research & Consultancy B.V. (hierna: ‘Newcom’)² een onderzoeksrapport uitgebracht aan de NMa met de resultaten van een enquête uitgevoerd onder een representatieve steekproef van alle zogenaamde bruto-klienten³ van Greenchoice die in de periode van 1 januari 2010 tot en met 31 maart 2010 door

¹ ConsuWijzer is een samenwerkingsverband tussen de Consumentenautoriteit, de Nederlandse Mededingingsautoriteit en de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit.

² Newcom (www.newcomresearch.nl) is ISO 9001 gecertificeerd (norm voor kwaliteitsmanagement) en aangesloten bij de brancheorganisatie MarktOnderzoekAssociatie (MOA, zie: www.moaweb.nl).

³ Onder een bruto-klient wordt verstaan een klant die tijdens een verkoopgesprek aan de deur door middel van ondertekening van een contract heeft aangegeven klant te willen worden. Hierbinnen vallen derhalve ook de klanten die gebruik hebben gemaakt van de mogelijkheid binnen de afkoelperiode van artikel 25 van de Colportagewet de overeenkomst te herroepen.

middel van colportage zijn geworven.⁴ In haar onderzoeksrapport concludeert Newcom dat 34% van de steekproef (161 personen) op het moment van ondertekening van het contract niet wist dat hij een leveringscontract had getekend. Hiervan dacht 3% dat het om een informatiepakket ging, 15% dat hij slechts tekende voor lagere kosten of teruggave van geld bij de huidige leverancier, en 5% dat de klant of administratie werd overgenomen binnen de huidige leverancier. Verder gaf 56% van de steekproef (266 personen) aan dat de verkoper niet duidelijk heeft gemaakt wat de duur van het contract was. 53% van de steekproef (254 personen) gaf ten slotte aan dat de verkoper niet duidelijk heeft gemaakt wat de mogelijkheden tot opzegging van het nieuwe contract waren.

8. Op 23 september 2010 heeft de NMa een sanctierapport opgemaakt en verzonden aan Greenchoice. (hierna: het 'Rapport').

Conclusies van het bestreden besluit

9. In het bestreden besluit heeft de Raad geconcludeerd dat Greenchoice consumenten heeft benaderd op zodanige wijze dat onduidelijkheid bestond over het feit dat een contract werd afgesloten. Dit blijkt uit 63 unieke klachten over colportage door Greenchoice, uit de uitkomsten van het onderzoek uitgevoerd door onderzoeksbureau Newcom, de verklaringen van de colporteurs en de scripts, en wordt niet ontkracht door de zienswijze van Greenchoice, waaronder het onderzoeksrapport van Blauw Research. Tevens stelt de Raad in het bestreden besluit vast dat Greenchoice consumenten heeft benaderd op zodanige wijze dat onduidelijkheid bestond over de duur van het contract, het bestaan van een recht op opzegging en de voorwaarden voor verlenging en beëindiging (opzegging) van het contract. Dit volgt uit de onduidelijkheid dat een contract was afgesloten maar ook zelfstandig uit de bewijsmiddelen.
10. In het bestreden besluit heeft de Raad op grond van de conclusies uit het Newcom-onderzoek, in samenhang met de overige bewijsmiddelen, geoordeeld dat Greenchoice in strijd heeft gehandeld met het verbod opgenomen in artikel 95m, derde lid, van de E-wet en artikel 52b, derde lid, van de Gaswet. De Raad stelt vast dat de overtredingen door Greenchoice zijn begaan in de periode oktober 2009 tot en met april 2010 en dat slechts overtredingen begaan na 1 januari 2010 beboetbaar zijn.
11. Omtrent het vaststellen van de overtreding en de hoogte van de boete, heeft de Raad overwogen dat het onderzoek zorgvuldig is uitgevoerd en de rechten van verdediging van Greenchoice zijn gerespecteerd. Uit de bewijsmiddelen, waaronder het aantal klachten en de uitkomsten van het Newcom-onderzoek, blijkt voorts dat de overtreding het niveau van een incidenteel ongelukkig wervingsgesprek of een incidentele niet begrijpende consument

⁴ In de genoemde periode heeft Greenchoice 2.908 bruto-klanten door middel van colportage geworven. Newcom heeft de enquête afgenomen onder 478 bruto-klanten van Greenchoice.

overstijgt. In het bestreden besluit verwerpt de Raad de zienswijze van Greenchoice met betrekking tot het bewijs en de juridische kwalificatie daarvan.

Opgelegde boete

12. Een overtreding van artikel 95m van de E-wet en artikel 52b van de Gaswet valt in categorie VI van de Boetebeleidsregels 2009, dat bepaalt dat de boetegrondslag 15‰ van de totale jaaromzet bedraagt. De geschatte jaaromzet van Greenchoice bedroeg in 2010 EUR 310.573.982. De boetegrondslag bedraagt aldus EUR 4.658.609,73.
13. Voornamelijk vanwege de beperkte beboetbare duur van de overtreding heeft de Raad de ernstfactor vastgesteld op 0,5. Hiermee is de basisboete vastgesteld op EUR 2.329.304,87 voor zowel de overtreding van de E-wet als van de Gaswet.
14. De Raad heeft in de maatregelen van Greenchoice, bestaande uit de invoering van een 100% nabelbeleid en een klanttevredenheidsonderzoek, redenen gezien om de boete per individuele overtreding op grond van boeteverlagende omstandigheden met 10% naar beneden bij te stellen. Daarnaast heeft de Raad, gelet op de bijzondere (feitelijke en juridische) samenhang tussen de onderhavige overtredingen van de E-wet en de Gaswet, de boetebedragen gehalveerd en tot slot naar beneden afgerond op een veelvoud van duizend, hetgeen resulteert in een boetebedrag voor overtreding van artikel 95m, derde lid, van de E-wet van EUR 1.048.000, en voor overtreding van artikel 52b, derde lid, van de Gaswet van eveneens EUR 1.048.000.

IV. Bezwaargronden van Greenchoice

15. Het bezwaar van Greenchoice richt zich in de eerste plaats tegen de grondslag voor de bevoegdheid van de Raad om de artikelen 95m, derde lid, van de E-wet en artikel 52b, derde lid, van de Gaswet te handhaven. Daarnaast maakt Greenchoice bezwaar tegen zowel de methode van onderzoek als de conclusies uit het onderzoek van Newcom dat tot het bewijs van de overtreding heeft geleid. Tot slot betwist Greenchoice de hoogte en de motivering van de opgelegde bestuurlijke boete.
16. Greenchoice heeft in haar aanvulling bezwaargronden van 7 november 2011 (hierna aan te duiden als het 'bezwaarschrift'), ook verzocht om een afschrift van stukken die de CA naar aanleiding van haar verzoek van 3 augustus 2010 zou hebben toegezonden aan de NMa.

17. Met het oog op de leesbaarheid worden gronden van bezwaar die Greenchoice in haar bezwaarschrift heeft aangevoerd en zoals toegelicht op de hoorzitting, in het onderstaande samengevat weergegeven bij de beoordeling van iedere bezwaargrond.

V. Beoordeling

(i) Bevoegdheid van de Raad

18. Het primaire bezwaar van Greenchoice luidt dat het bestreden besluit niet in stand kan blijven omdat de Raad onbevoegd is om de verboden in de artikelen 95m, derde lid, van de E-wet en artikel 52b, derde lid, van de Gaswet te handhaven. Greenchoice betoogt dat deze bepalingen in strijd zijn met de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken (hierna: 'Richtlijn OHP')⁵ en daarom geen grondslag kunnen bieden voor het opleggen van een bestuurlijke boete door de Raad. De Richtlijn OHP kent naar de mening van Greenchoice een systeem van maximum harmonisatie. Nationale wetgeving die verdergaande eisen stelt dan de richtlijn dient, behoudens in de Richtlijn OHP genoemde uitzonderingen, daarom buiten toepassing te blijven. Naar het oordeel van Greenchoice bevatten de artikelen 95m, derde lid, van de E-wet en 52b, derde lid, van de Gaswet verdergaande eisen dan de Richtlijn OHP en doen zich de in de Richtlijn OHP genoemde uitzonderingen niet voor. De Raad zou daarom geen boete kunnen opleggen voor overtreding van deze bepalingen.

Verhouding met het Europees recht

19. De Raad volgt Greenchoice niet in haar stelling dat artikel 95m, derde lid, van de E-wet en artikel 52b, derde lid, van de Gaswet onverenigbaar zijn met het Europese recht.

Verhoudingen eisen E-wet en Gaswet tot de Richtlijn OHP

20. De artikelen 95m, derde lid, van de E-wet en 52b, derde lid, van de Gaswet bevatten eisen met betrekking tot consumentenbescherming. Deze eisen komen vrijwel geheel overeen met de eisen die in bijlage I van Richtlijn 2009/72/EG ('Derde Elektriciteitsrichtlijn') met de titel: 'voorschriften inzake consumentenbescherming'⁶ en bijlage I bij Richtlijn 2009/73/EG ('Derde Gasrichtlijn'), eveneens met de titel: 'voorschriften inzake consumentenbescherming'⁷ worden gesteld. De derde leden van artikel 95m E-wet en artikel 52b Gaswet vormen primair een implementatie van genoemde energierichtlijnen en de daaraan voorafgaande Tweede Elektriciteitsrichtlijn en Tweede Gasrichtlijn. Bij de implementatie van de Richtlijn OHP zijn de derde leden

⁵ Richtlijn 2005/29/EG betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt, PbEG L 149/05.

⁶ PbEG L 211/09.

⁷ PbEG L 211/09.

van de artikelen 95m E-wet en 52b Gaswet dan ook gehandhaafd. De wetgever merkte daarbij expliciet op dat deze bepalingen voortvloeien uit genoemde Tweede energierichtlijnen.⁸

21. Om te kunnen bepalen of de artikelen 95m, derde lid, van de E-wet en 52b, derde lid, van de Gaswet verdergaande eisen stellen dan de Richtlijn OHP, dient eerst nagegaan te worden of deze bepalingen vallen binnen de materiële en personele werkingssfeer van de Richtlijn OHP.⁹ De vraag is met andere woorden of genoemde artikelen materieel dezelfde materie regelen als de Richtlijn OHP, deze artikelen dezelfde normadressaat hebben als de Richtlijn OHP, en of het daarbij gaat om de bescherming van de belangen van dezelfde groep personen als in de Richtlijn OHP.

Materiële werkingssfeer

22. Artikel 2, aanhef en onder d, van de Richtlijn OHP kent een ruime definitie van wat onder het begrip 'handelspraktijk' moet worden verstaan. Blijkens de rechtspraak van het Hof van Justitie moet dit begrip breed worden opgevat.¹⁰ Gelet op de bewoordingen van de artikelen 95m, derde lid, van de E-wet en 52b, derde lid, van de Gaswet, met name de zinsnede "*afnemers (...) te benaderen*", moet ervan worden uitgegaan dat de in deze artikelen bedoelde handelingen vallen binnen de materiële werkingssfeer van de Richtlijn OHP.

Personele werkingssfeer

23. De normadressaat van de Richtlijn OHP bestaat, zo blijkt uit artikel 3, eerste lid van de Richtlijn OHP, uit ondernemingen die (oneerlijke) handelspraktijken toepassen. De Richtlijn OHP hanteert het begrip 'handelaar' dat in artikel 2, aanhef en onder b, is gedefinieerd als "*een natuurlijke persoon of rechtspersoon die handelspraktijken verricht die onder deze richtlijn vallen en die betrekking hebben op zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit, alsook degene die in naam van of voor zijn rekening optreedt*". Gelet op deze brede normadressaat van de Richtlijn OHP, concludeert de Raad dat houders van een vergunning als bedoeld in artikel 95m, derde lid, juncto artikel 95a, eerste lid, van de E-wet en artikel 52b, derde lid, juncto artikel 43, eerste lid, van de Gaswet, daaronder vallen. De artikelen 95m, derde lid, van de E-wet en 52b, derde lid, van de Gaswet vallen derhalve voor wat betreft de bepaling van de normadressaat binnen de reikwijdte van de Richtlijn OHP.
24. Voor wat betreft de vraag of de Richtlijn OHP en de artikelen 95m, derde lid, van de E-wet en 52b, derde lid, van de Gaswet de belangen van dezelfde groep personen beogen te

⁸ *Kamerstukken II 2006/2007*, 30928, nr. 3, p. 20.

⁹ Zie de conclusie van de A-G in HvJEG 9 november 2010, zaak C-540/08, NJ 2011, 54 (Mediaprint).

¹⁰ Zie bijvoorbeeld HvJEG 9 november 2010, zaak C-540/08, NJ 2011, 54 (Mediaprint).

beschermen, moet worden opgemerkt dat de groep personen die door de artikelen 95m, derde lid, van de E-wet en 52b, derde lid, van de Gaswet wordt beschermd, breder is dan de groep personen die door de Richtlijn OHP wordt beschermd. De Richtlijn OHP beschermt de consument, die in artikel 1, aanhef en onder a, wordt gedefinieerd als *"een natuurlijke persoon die handelspraktijken verricht die onder deze richtlijn vallen en die buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit vallen"*. De E-wet gaat uit van het begrip 'kleinverbruiker', dat in artikel 95a, eerste lid, wordt gedefinieerd als *"een afnemer die beschikt over een aansluiting op een net met een totale maximale doorlaatwaarde van ten hoogste 3*80 Ampère"*. De Gaswet gebruikt het begrip 'kleinverbruiker' niet, maar blijkens paragraaf 5.3a is deze van toepassing op afnemers als bedoeld in artikel 43, eerste lid van de Gaswet. Daarbij gaat het om afnemers die naar een op het verbruik in voorgaande jaren gegronde verwachting minder dan 170.000 m³ gas per jaar verbruiken.¹¹ Onder kleinverbruikers als bedoeld in de artikelen 95m, derde lid, van de E-wet en 52b, derde lid, van de Gaswet vallen, behalve consumenten, ook de groep kleinzakelijke verbruikers.

25. De Raad concludeert derhalve dat de artikelen 95m, derde lid, van de E-wet en 52b, derde lid, van de Gaswet voor wat betreft de materiële en personele werkingssfeer in beginsel ook vallen binnen de werkingssfeer van de Richtlijn OHP, die zich richt op de consument. Dit neemt niet weg dat de artikelen 95m, derde lid, van de E-wet en 52b, derde lid, van de Gaswet een breder bereik van te beschermen personen kennen. Dat vloeit voort uit de Europese Elektriciteits- en Gasrichtlijnen waar deze bepalingen een implementatie van zijn.

Verboden gedragingen van de Richtlijn OHP

26. De vraag is vervolgens of de derde leden van de artikelen 95m E-wet en 52b Gaswet verdergaande eisen (verboden) stellen dan de Richtlijn OHP. De eerste vraag daarbij is wat de Richtlijn OHP precies verbiedt. De Raad beziet daarbij naast de definitie van artikel 5, tweede lid, van de Richtlijn OHP met name de misleidende handelspraktijken die in de Richtlijn OHP worden genoemd. De gedragingen als bedoeld in de artikelen 95m, derde lid, van de E-wet en 52b, derde lid, van de Gaswet kennen naar het oordeel van de Raad een misleidend karakter, zodat toetsing van genoemde artikelen aan de bepalingen met betrekking tot misleidende handelspraktijken uit de Richtlijn OHP het meest in de rede ligt.

¹¹ In de memorie van toelichting bij de Gaswet (bij artikel 32 van het oorspronkelijke wetsvoorstel, zie *Kamerstukken II 1998/99*, 26 463, nr. 2 en nr. 3, p. 44) wordt ook deze groep aangeduid als 'kleinverbruikers'. Het begrip 'kleinverbruiker' in de Gaswet luidt na inwerkingtreding van artikel 4.3, tweede lid van het voorstel tot de Wet Wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet ter verbetering van de werking van elektriciteits- en gasmarkt: *"afnemers die beschikken over een aansluiting op een net met een totale maximale capaciteit van ten hoogste 40m3 per uur"*. Zie *Kamerstukken II 2008/09*, 31 374, A.

27. In dat verband merkt de Raad op dat Greenchoice bij haar stelling dat de artikelen 95m, derde lid, van de E-wet en 52b, derde lid, van de Gaswet verder strekken dan de Richtlijn OHP, uitgaat van een onjuiste lezing van de Richtlijn OHP.
28. Greenchoice wijst in productie 1 bij het bezwaarschrift, waarin een aan Greenchoice verstrekt juridisch advies van prof. dr. M.B.M. Loos¹² (hierna: het 'advies Loos') is opgenomen, op Bijlage I bij de Richtlijn OHP. Zoals uit artikel 5, vijfde lid, van de Richtlijn OHP blijkt, bevat Bijlage I een lijst van handelspraktijken die onder alle omstandigheden als oneerlijk worden beschouwd. Alleen deze handelspraktijken worden verondersteld oneerlijk te zijn zonder een individuele toetsing aan het bepaalde in de artikelen 5 tot en met 9 van de Richtlijn OHP, zo blijkt uit overweging 17 van de preambule bij de Richtlijn. Greenchoice wijst daarbij op het uitputtende karakter van deze lijst.¹³ Tot zover is hetgeen Greenchoice stelt juist.
29. Onjuist is echter de conclusie die daar door Greenchoice aan wordt verbonden. Greenchoice stelt: "*Een algemeen verbod op het gebruik van een handelspraktijk die niet genoemd is in de Bijlage is daarmee in strijd met de richtlijn, zelfs indien het verbod beoogt een hoger niveau van consumentenbescherming te verzekeren (...)*".
30. Niet alleen de gedragingen van ondernemingen en handelaren die zijn genoemd in artikel 5, vijfde lid, juncto Bijlage I van de Richtlijn OHP (de absolute verboden) zijn op grond van artikel 5 van deze Richtlijn verboden, maar evenzeer de overige in artikel 5 genoemde oneerlijke handelspraktijken. Hierbij geldt wel de aanvulling dat deze niet, zoals de gedragingen van Bijlage II, zonder meer verboden kunnen worden maar dat een individuele toetsing dient plaats te vinden aan het bepaalde in de artikelen 5 tot en met 9 van de Richtlijn OHP.¹⁴
31. Meer in het bijzonder verbiedt de Richtlijn OHP in artikel 5, tweede lid, een handelspraktijk die "*in strijd is met de vereisten van professionele toewijding die het economische gedrag van de gemiddelde consument die zij bereikt of op wie zij gericht is (...) met betrekking tot het product wezenlijk verstoort of kan verstoren*". Voorts verbiedt artikel 5, vierde lid, aanhef en onder a, handelspraktijken die misleidend zijn in de zin van de artikelen 6 en 7. Daarbij geldt dat deze praktijken zijn verboden wanneer zij, hun kenmerken en feitelijke context in aanmerking genomen, de gemiddelde consument ertoe brengen of kunnen brengen een besluit over een transactie te nemen dat hij

¹² Hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder Europees consumentenrecht, aan de Universiteit van Amsterdam.

¹³ Advies Loos, p. 12–13, randnummer 5.12.

¹⁴ Preambule Richtlijn OHP, overweging 17.

anders niet had genomen.¹⁵ Om een handelspraktijk als oneerlijk te kunnen kwalificeren kennen deze bepalingen, behalve een objectief element, de feitelijke gedraging, ook een subjectief element. Het gaat hier om handelspraktijken die onder omstandigheden verboden zijn. In essentie komen deze omstandigheden erop neer dat de handelspraktijk een (potentieel) verstorend effect moet hebben op de oordeelsvorming van de consument inzake het aangaan van een transactie met betrekking tot het product in kwestie. Deze handelspraktijken kennen derhalve een extra toets die niet geldt voor de handelspraktijken die onder alle omstandigheden als oneerlijk worden beschouwd en zijn opgenomen in Bijlage I bij de Richtlijn OHP. De Raad zal deze extra toets, waarbij aan de hand van de omstandigheden van het geval dient te worden nagegaan of sprake is van een misleidende handelspraktijk, hierna aanduiden als: het subjectieve element.

32. Daarmee zijn de andere misleidende handelspraktijken dan de absolute verboden echter niet minder verboden. Nationale wetgeving dient derhalve de misleidende handelspraktijken te verbieden die in de artikelen 5, tweede en vierde lid juncto de artikelen 6 en 7 van de Richtlijn OHP zijn opgenomen. Wel dient bij de toepassing van deze nationale wetgeving te zijn gewaarborgd dat de hiervoor genoemde extra toets wordt uitgevoerd. Het Hof drukt het aldus uit dat een nationaal verbod, ongeacht de specifieke omstandigheden van het concrete geval, niet is toegestaan.¹⁶

Herleiding artikelen 95b, derde lid van de E-wet en 52b, derde lid, van de Gaswet tot bepalingen van de Richtlijn OHP

33. De volgende vraag is of de gedragingen die in de artikelen 95m, derde lid, van de E-wet en 52b, derde lid, van de Gaswet worden verboden, zijn te herleiden tot gedragingen die in de Richtlijn OHP als verboden misleidende handelspraktijken zijn aangeduid.

Lex specialis

34. Naar het oordeel van de Raad is dit het geval. Daarbij tekent de Raad aan dat de artikelen 95m, derde lid, van de E-wet en 52b, derde lid, van de Gaswet als *lex specialis* dienen te worden beschouwd ten opzichte van de meer algemene bepalingen van de Richtlijn OHP en de Wet oneerlijke handelspraktijken¹⁷. Zoals de Raad hierna in randnummer 37 nog zal overwegen, brengt de nog vrij recente liberalisering van de energiemarkt met zich dat expliciete eisen tot uitdrukking worden gebracht met

¹⁵ Artikel 6, eerste lid, en artikel 7, eerste lid, Richtlijn OHP. Zie ook HvJEG 23 april 2009, gevoegde zaken C-262/07 en C-299-07, *Jur.* 2009, p. I-2949 (VTB-VAB/Total Belgium) r.o. 53–56 en HvJEG 14 januari 2010, zaak C-304/08, NJ 2010/268 (Plus Warenhandelsgesellschaft mbH) r.o. 43–45.

¹⁶ HvJEG 23 april 2009, gevoegde zaken C-262/07 en C-299-07, *Jur.* 2009, p. I-2949 (VTB-VAB/Total Belgium), r.o. 68.

¹⁷ Wet van 25 september 2008 tot aanpassing van de Boeken 3 en 6 van het Burgerlijk Wetboek en andere wetten aan de richtlijn betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt, Stb. 2008, 397, waarmee de Richtlijn OHP is geïmplementeerd.

betrekking tot handelspraktijken van leveranciers binnen de algemene verboden op oneerlijke handelspraktijken.

35. Het benaderen van afnemers als bedoeld in artikel 95a, eerste lid, van de E-wet (consumenten en kleinzakelijke gebruikers) op een zodanige wijze dat onduidelijkheid bestaat over het feit dat een contract is afgesloten, de duur van het contract, de voorwaarden voor verlenging en beëindiging van het contract, het bestaan van een recht op opzegging en de voorwaarden van opzegging is een handelspraktijk die bezwaarlijk anders kan worden gezien dan indruisend tegen de professionele toewijding als bedoeld in artikel 5, tweede lid, juncto artikel 2, aanhef en onder h, van de Richtlijn OHP.
36. In artikel 2, aanhef en onder h, van de Richtlijn OHP is de professionele toewijding gedefinieerd als: "*het normale niveau van bijzondere vakkundigheid en zorgvuldigheid dat redelijkerwijs van een handelaar ten aanzien van consumenten mag worden verwacht, overeenkomstig eerlijke marktpraktijken en/of het algemeen beginsel van goede trouw in de sector van de handelaar. Onder eerlijke marktpartijen en het algemeen beginsel van goede trouw dient in ieder geval te worden verstaan bij potentiële klanten geen onduidelijkheid laten bestaan over de essentialia van het contract, zoals het feit dat het tot stand gekomen is, de duur ervan, de voorwaarden voor verlenging en beëindiging van het contract, het bestaan van een recht op opzegging en de voorwaarden van opzegging.*"

Goede trouw in het licht van de energiesector

37. Voorts is in dit kader van belang dat het algemeen beginsel van goede trouw blijkens de definitie moet worden uitgelegd in het licht van de sector van de handelaar. De energiemarkt neemt in dit verband een bijzondere positie in. De markt voor de levering van energie aan afnemers als bedoeld in artikel 95a van de E-wet is in 2004 geliberaliseerd, wat vrij recent is. Het proces naar marktwerking is nog niet afgerond en de markt vormt zich nog. Dit brengt met zich dat consumenten nog niet volledig vertrouwd zijn met de wijze waarop deze markt functioneert en de positie die zij daarom ten opzichte van leveranciers innemen. Dit betekent dat er een informatie-asymmetrie bestaat tussen de leverancier enerzijds en de consument anderzijds. Het algemeen beginsel van goede trouw brengt met zich dat de leverancier zich mede hierdoor laat leiden bij het benaderen van consumenten met het oogmerk deze een contract voor de levering van energie te doen aangaan. Dit betekent dat een leverancier zich in die gevallen dient in te spannen om onduidelijkheid over de essentialia van de overeenkomst aan de zijde van de consument te voorkomen.

Vereiste van toetsing van het subjectieve element

38. De artikelen 95m, derde lid, van de E-wet en 52b, derde lid, van de Gaswet dienen daarbij de extra eis te bevatten die gesteld wordt in artikel 5, tweede lid, aanhef en onder b, van de Richtlijn OHP ('het subjectieve element'). Dat betekent dat de handelspraktijk "*het economische gedrag van de gemiddelde consument die zij bereikt of op wie zij gericht is (...) met betrekking tot het product wezenlijk verstoort of kan verstoren*". Dit subjectieve element moet in de wet tot uitdrukking zijn gebracht, daar anders sprake zou zijn van een absoluut verbod.
39. Dit subjectieve element is in de artikelen 95m, derde lid, van de E-wet en 52b, derde lid, van de Gaswet tot uitdrukking gebracht door de zinsnede "*dat onduidelijkheid bestaat over*". Het gaat in deze bepalingen immers over onduidelijkheid bij de afnemer/consument in de zin van artikel 95a van de E-wet respectievelijk artikel 43 van de Gaswet naar aanleiding van de wijze waarop deze door een energieleverancier is benaderd. Doel en strekking van deze bepalingen is te voorkomen dat een afnemer als in deze bepalingen bedoeld een overeenkomst aangaat, terwijl er bij hem onduidelijkheid bestaat over de essentialia daarvan. Met andere woorden: indien sprake is van een benaderingswijze als bedoeld in de artikelen 95m, derde lid, van de E-wet en 52b, derde lid, van de Gaswet zal dit het economisch gedrag van een consument (het aangaan van een contract) verstoren of kunnen verstoren. Dit element is in de wettekst tot uitdrukking gebracht. Daarmee is derhalve geen sprake van een absoluut verbod op een bepaalde handelspraktijk of, zoals het Hof het uitdrukt: "*een verbod ongeacht de specifieke omstandigheden van het concrete geval*".¹⁸ Steeds zal moeten worden nagegaan of de wijze waarop consumenten door een energieleverancier zijn benaderd van een zodanige aard is geweest dat er aan de zijde van de consument onduidelijkheid is komen te bestaan, waardoor diens economisch gedrag is verstoord, dan wel kan worden verstoord.
40. De Raad merkt hierbij op dat dit de wijze is waarop door hem in de onderhavige zaak toepassing is gegeven aan de artikelen 95m, derde lid, van de E-wet en 52b, derde lid, van de Gaswet. Nagegaan is welke effect de colportage door Greenchoice heeft gehad op de gemiddelde, in het onderzoek benaderde consument, en of deze daardoor in zijn economisch gedrag is verstoord door een overeenkomst te sluiten die hij anders niet of niet op deze voorwaarden zou hebben gesloten.

Conclusie

41. De Raad concludeert dat hetgeen door de artikelen 95m, derde lid, van de E-wet en 52b, derde lid, van de Gaswet wordt verboden, verenigbaar is met artikel 2, tweede lid, van de Richtlijn OHP. Hierdoor kan niet staande worden gehouden dat de artikelen 95m,

¹⁸ HvJEG 23 april 2009, gevoegde zaken C-262/07 en C-299-07, *Jur.* 2009, p. I-2949 (VTB-VAB/Total Belgium), r.o. 68.

derde lid, van de E-wet en 52b, derde lid, van de Gaswet verdergaande eisen stellen dan de Richtlijn OHP.

De verboden van artikelen 95m, derde lid, van de E-wet en 52b, derde lid, van de Gaswet zijn tevens misleidende handelspraktijken

42. Voorts wijst de Raad erop dat de verboden van de artikelen 95m, derde lid, van de E-wet en 52b, derde lid, van de Gaswet eveneens zijn te brengen onder de misleidende handelspraktijken als bedoeld in de artikel 5, vierde lid, juncto de artikelen 6 en 7 van de Richtlijn OHP.

Misleidende omissies

43. De Raad doelt daarbij met name op artikel 7 van de Richtlijn OHP (misleidende omissies). Blijkens artikel 7, eerste lid, van de Richtlijn OHP wordt als misleidende omissie beschouwd: "*een handelspraktijk die in haar feitelijke context, al haar kenmerken en omstandigheden en de beperkingen van het communicatiemedium in aanmerking genomen, essentiële informatie welke de gemiddelde consument, naar gelang de context, nodig heeft om een geïnformeerd besluit over een transactie te nemen, weglaat en die de gemiddelde consument ertoe brengt of kan brengen een besluit over een transactie te nemen dat hij anders niet had genomen*". Het tweede lid voegt daaraan toe dat als misleidende omissie voorts wordt beschouwd: "*een handelspraktijk die essentiële informatie als bedoeld in lid 1, rekening houdend met de in dat lid geschetste details, verborgen houdt, op onduidelijke, onbegrijpelijke, dubbelzinnige wijze, dan wel laattijdig verstrekt, of het commerciële oogmerk, indien dit niet reeds duidelijk uit de context blijkt, niet laat blijken, en de gemiddelde consument er zowel in het ene als in het andere geval toe brengt of kan brengen een besluit over een transactie te nemen dat hij anders niet had genomen*".

44. Naar het oordeel van de Raad is met een benaderingswijze als bedoeld in de artikelen 95m, derde lid, van de E-wet en 52b, derde lid, van de Gaswet, waarbij onduidelijkheid komt te bestaan bij consumenten, sprake van een misleidende omissie als bedoeld in artikel 7, eerste en tweede lid van de Richtlijn OHP. Zoals hiervoor reeds overwogen, behoren de elementen van het leveringscontract die in de artikelen 95m, derde lid, van de E-wet en 52b, derde lid, van de Gaswet worden genoemd tot de essentialia daarvan. Wanneer wordt aangetoond dat bij de gemiddelde energieconsument onduidelijkheid bestaat over deze elementen, zijn deze klaarblijkelijk niet op duidelijke, begrijpelijke en/of ondubbelzinnige wijze versteekt.

Bijlage II bij Richtlijn OHP: niet-limitatieve lijst en Bijlage I bij de energierichtlijnen

45. De Raad wijst in dit verband voorts nog op het vijfde lid van artikel 7 van de Richtlijn OHP in samenhang met bijlage II bij deze Richtlijn. Hierin wordt bepaald dat

overeenkomstig de communautaire wetgeving vereiste informatie met betrekking tot commerciële communicatie, inclusief reclame en marketing, als essentieel wordt beschouwd. Daarbij wordt verwezen naar een niet-limitatieve lijst die in bijlage II bij de Richtlijn OHP is opgenomen.

46. Tot deze overeenkomstig de communautaire wetgeving vereiste informatie met betrekking tot commerciële communicatie behoort ook het bepaalde in artikel 3, zevende lid, van Richtlijn 2009/72/EG ('Derde Elektriciteitsrichtlijn') juncto bijlage I bij deze richtlijn met de titel: 'voorschriften inzake consumentenbescherming'¹⁹ en artikel 3, derde lid, van Richtlijn 2009/73/EG ('Derde Gasrichtlijn') juncto bijlage I bij deze richtlijn, eveneens met de titel: 'voorschriften inzake consumentenbescherming'²⁰. Voor de inwerkingtreding van deze Richtlijnen werd deze materie geregeld in artikel 3, vijfde lid, van de Tweede Elektriciteitsrichtlijn²¹ en de daarin bedoelde bijlage A bij deze richtlijn en artikel 3, derde lid, van de Tweede Gasrichtlijn²² en de daarin bedoelde bijlage A bij deze richtlijn. Ten tijde van de totstandkoming en de inwerkingtreding van de artikelen 95m, derde lid, van de E-wet en 52b, derde lid, van de Gaswet waren de Tweede Elektriciteitsrichtlijn en de Tweede Gasrichtlijn van kracht.
47. In genoemde bijlage I bij de huidige energierichtlijnen is in artikel 1, aanhef en onder a, een opsomming opgenomen van elementen die het contract met de leverancier moet bevatten. Deze opsomming komt in essentie overeen met hetgeen de artikelen 95m, derde lid, van de E-wet en 52b, derde lid, van de Gaswet eisen. Daarbij is voorts bepaald dat contractuele voorwaarden eerlijk en vooraf bekend moeten zijn. In ieder geval zou deze informatie voorafgaand aan de ondertekening of bevestiging van het contract moeten worden vermeld, zo wordt in Bijlage I bepaald.
48. De hiervoor vermelde informatie uit Bijlage I bij de huidige energierichtlijnen behoort derhalve onmiskenbaar tot de overeenkomstig de communautaire wetgeving vereiste informatie met betrekking tot commerciële communicatie als bedoeld in artikel 7, vijfde lid, van de Richtlijn OHP. Artikel 3, zevende lid, van de Derde Elektriciteitsrichtlijn juncto bijlage I bij deze richtlijn en artikel 3, derde lid, van de Derde Gasrichtlijn juncto bijlage I bij deze Richtlijn zouden zonder meer passen in de (niet limitatieve) opsomming van bijlage II bij de Richtlijn OHP. De hiervoor genoemde informatie met betrekking tot het energiecontract is derhalve essentieel. Het niet-duidelijk, onbegrijpelijk dubbelzinnig dan wel laattijdig verstrekken van deze informatie levert misleiding op als bedoeld in artikel 7 van de Richtlijn OHP.

¹⁹ PbEG L 211/09.

²⁰ PbEG L 211/09.

²¹ Richtlijn 2003/54/EG, PbEG L 176/03.

²² Richtlijn 2003/55/EG, PbEG L 176/03.

49. Voorts merkt de Raad op dat het verbod van de artikelen 95m, derde lid, van de E-wet en 52b, derde lid, van de Gaswet, zoals hiervoor in randnummer 39 overwogen, een subjectief element bevat, waardoor geen sprake is van een verbod ongeacht de specifieke omstandigheden van het concrete geval. Met het oog op artikel 7 van de Richtlijn OHP biedt de zinsnede 'dat onduidelijkheid bestaat over', ruimte voor de in artikel 7 vereiste toets of de omissie in het verstrekken van essentiële informatie de gemiddelde consument er toe brengt of kan brengen een besluit over een transactie te nemen dat hij anders niet had genomen.

Conclusie

50. Samenvattend is de Raad van oordeel dat de artikelen 95m, derde lid, van de E-wet en 52b, derde lid, van de Gaswet blijven binnen de grenzen van de Richtlijn OHP en geen verdergaande eisen stellen. Deze bepalingen zijn derhalve verenigbaar met de Richtlijn OHP, zodat geen grond bestaat voor de Raad om deze buiten toepassing te laten.

Voor zover de artikelen 95m, derde lid, van de E-wet en 52b, derde lid, van de Gaswet niet binnen de Richtlijn OHP blijven, vallen deze onder het uitzonderingsregime of het overgangsrecht

51. De Richtlijn OHP kent in artikel 4, vierde lid, een uitzonderingsregime voor communautaire voorschriften die een lex specialis vormen ten opzichte van de Richtlijn OHP. Het vierde lid bepaalt dat in geval van strijdigheid tussen de bepalingen van deze richtlijn en andere communautaire voorschriften betreffende specifieke aspecten van oneerlijke handelspraktijken, de laatstgenoemde voorschriften prevaleren en deze van toepassing zijn op deze specifieke aspecten.
52. Voor zover deze strijdig zijn met de Richtlijn OHP, zijn artikel 3, zevende lid, van de Derde Elektriciteitsrichtlijn juncto bijlage I bij deze richtlijn en artikel 3, derde lid, van de Derde Gasrichtlijn juncto bijlage I bij deze richtlijn zodanige andere communautaire voorschriften. Deze voorschriften betreffen immers specifieke aspecten met betrekking tot de handelspraktijk rondom de overeenkomst tot levering van energie. Daar de artikelen 95m, derde lid, van de E-wet en 52b, derde lid, van de Gaswet terug te voeren zijn op en uitvoering geven aan genoemde voorschriften van de Derde Elektriciteitsrichtlijn en de Derde Gasrichtlijn, vallen de artikelen 95m, derde lid, van de E-wet en 52b, derde lid, van de Gaswet daarmee eveneens onder het uitzonderingsregime. Voor zover de artikelen 95m, derde lid, van de E-wet en 52b, derde lid, van de Gaswet verdergaande eisen stellen dan de Richtlijn OHP, is derhalve, gelet op het uitzonderingsregime, geen sprake van strijdigheid met de Richtlijn OHP.
53. Voorts wijst de Raad nog op het vijfde lid van artikel 4 van de Richtlijn OHP. Deze bepaling geeft lidstaten van de Europese Unie de bevoegdheid om gedurende een

periode van 6 jaar, te rekenen vanaf 12 juni 2007, op het bij de Richtlijn OHP geharmoniseerde gebied nationale bepalingen te blijven toepassen die strenger of prescriptiever zijn dan de bepalingen van deze richtlijn. Daaraan is wel een drietal voorwaarden verbonden:

- I. de bepalingen moeten uitvoering geven aan richtlijnen die clausules bevatten voor minimum harmonisatie;
- II. deze maatregelen moeten onontbeerlijk zijn om een toereikende bescherming van de consumenten tegen oneerlijke handelspraktijken te waarborgen, en
- III. evenredig zijn met dit doel.

54. De Derde energierichtlijnen gaan voor wat consumentenbescherming betreft uit van minimumharmonisatie. Artikel 3, zevende lid, van de Derde Elektriciteitsrichtlijn juncto bijlage I bij deze Richtlijn en artikel 3, derde lid, van de Derde Gasrichtlijn juncto bijlage I bij deze richtlijn, dragen de lidstaten op passende maatregelen te nemen, teneinde een hoog niveau van consumentenbescherming te waarborgen. Deze bepalingen laten de lidstaten beleidsruimte met betrekking tot de verdere invulling daarvan. De richtlijnen maken derhalve niet zelf alle beleidskeuzes. Daarmee is in de regel sprake van minimumharmonisatie.²³

De eisen uit de energierichtlijnen zijn onontbeerlijk naast de Richtlijn OHP

55. Ook aan de tweede voorwaarde is voldaan. Zoals hiervoor aangegeven zijn de derde leden van de artikelen 95m van de E-wet en 52b van de Gaswet te beschouwen als speciaal op de recent geliberaliseerde energiemarkt toegesneden consumentenbeschermingsbepalingen. *Conditio sine qua non* voor het welslagen van de liberalisering is het vertrouwen van de consument dat hij met een gerust hart kan overstappen naar een andere energieleverancier. Daarvoor is nodig dat de leverancier in de communicatie met consumenten enkele met naam en toenaam genoemde specifieke vereisten met betrekking tot de overeenkomst in acht neemt. De derde leden van de artikelen 95m van de E-wet en 52b van de Gaswet voorzien hierin en zijn derhalve onontbeerlijk voor het ontstaan van voldoende vertrouwen bij de consument bij het overstappen naar een andere energieleverancier. Steun voor deze opvatting vindt de Raad in het feit dat dezelfde eisen worden gesteld in zowel de Tweede als de Derde Elektriciteitsrichtlijn en Gasrichtlijn. Ook de Europese wetgever vindt klaarblijkelijk dat deze eisen onontbeerlijk zijn voor een voldoende hoog niveau van consumentenbescherming en heeft ze daarom expliciet in de energierichtlijnen opgenomen. De Nederlandse wetgever heeft niet meer gedaan dan daarin de Europese wetgever gevolgd.

²³ Vergelijk in dit verband Y. Hofhuis, *Minimumharmonisatie in het Europees recht*, Deventer, 2006, hfdst.2.

56. Overigens merkt de Raad nog het volgende op. De Derde Elektriciteitsrichtlijn en de Derde Gasrichtlijn dateren uit 2009. Op dat moment was de Richtlijn OHP reeds enkele jaren van kracht. Desondanks heeft de Europese wetgever naast de Richtlijn OHP opnieuw de eisen aan de overeenkomst tot levering van energie als genoemd in Bijlage I bij de energierichtlijnen opgenomen. Daaruit mag worden afgeleid dat de Europese wetgever deze eisen onontbeerlijk acht.
57. Ook aan de derde voorwaarde is voldaan. De derde leden van de artikelen 95m van de E-wet en 52b van de Gaswet noemen enkele elementen van de overeenkomst tot levering van energie die in ieder geval vooraf bij de consument bekend moeten zijn. Dit betreffen minimale vereisten. Het gaat om essentiële onderdelen van de overeenkomst, waaronder de zekerheid dat er een overeenkomst is gesloten. Duidelijkheid over deze essentialia is noodzakelijk voor het vertrouwen van de consument in de geliberaliseerde markt. De vereisten gaan ook niet verder dan de strikt essentiële onderdelen van de overeenkomst. Daarmee kan, anders dan Greenchoice stelt, niet worden staande gehouden dat de artikel 95m, derde lid, van de E-wet en 52b, derde lid, van de Gaswet, onevenredig zouden zijn in relatie tot het daarmee te dienen doel.

Conclusie

58. Samenvattend is de Raad van oordeel dat voor zover de artikelen 95m, derde lid, van de E-wet en 52b, derde lid, van de Gaswet niet binnen de Richtlijn OHP blijven, deze onder het uitzonderingsregime of het overgangsrecht van de Richtlijn OHP vallen.

Conclusie met betrekking tot de bevoegdheid

59. De Raad is van oordeel dat de artikelen 95m, derde lid, van de E-wet en 52b, derde lid, van de Gaswet verenigbaar zijn met de Richtlijn OHP. Voor zover deze artikelen meer zouden eisen dan waar de Richtlijn OHP in voorziet, vallen deze bepalingen onder het uitzonderingsregime of het overgangsrecht van de Richtlijn OHP. Daarmee kan niet worden aangenomen dat de artikelen 95m, derde lid, van de E-wet en 52b, derde lid, van de Gaswet onverbindend zijn wegens strijd met de Richtlijn OHP. Dientengevolge staat de Richtlijn OHP niet in de weg aan de bevoegdheid van de Raad om wegens overtreding van het bepaalde in artikel 95m, derde lid, van de E-wet en artikel 52b, derde lid, van de Gaswet handhavend op te treden jegens Greenchoice.

(ii) Ne bis in idem

60. Als tweede, subsidiaire grond van bezwaar stelt Greenchoice zich op het standpunt dat de Raad niet-ontvankelijk is omdat de beboeting door de NMa en door de CA bij haar

sanctiebesluit van 27 mei 2011, met kenmerk CA/NB/661/22²⁴, een dubbele beboeting is voor dezelfde gedraging. De gedragingen die door de Raad en de CA zijn beboet leveren, zowel wat betreft de doelstelling als de strekking van de gehandhaafde normen, volgens Greenchoice 'hetzelfde feit' op als bedoeld in artikel 68 van het Wetboek van Strafrecht.²⁵ Deze dubbele beboeting zou daarom in strijd zijn met artikel 5:43 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: 'Awb'). Met andere woorden: de Raad zou op grond van het beginsel '*ne bis in idem*' onbevoegd zijn het bestreden besluit te nemen.

61. Artikel 5:43 van de Awb bepaalt dat het bestuursorgaan geen bestuurlijke boete oplegt indien aan de overtreder wegens dezelfde overtreding reeds eerder een bestuurlijke boete is opgelegd. Met dit artikel is het eerder in artikel 68 Wetboek van Strafrecht neergelegde beginsel '*ne bis in idem*' voor bestuurlijke boeten gecodificeerd.
62. De Raad is van oordeel dat het *ne bis in idem*-beginsel hem niet tegengeworpen kan worden, nu de Raad als eerste van de twee toezichthouders, bij het bestreden besluit van 8 maart 2011 een boete heeft opgelegd, en de CA eerst op 27 mei 2011 is gevolgd met haar boete.
63. Voor zover van belang, is de Raad voorts van oordeel dat er in het onderhavige geval geen sprake is van 'hetzelfde feit' in de zin van artikel 68 van het Wetboek van Strafrecht. Dit vloeit voort uit de keuze van de wetgever om verschillende bestuursorganen met handhaving van de verschillende normen te belasten en daar verschillende strafmaxima aan te verbinden. Daarbij is de omstandigheid dat de door de CA gehandhaafde bepalingen en de onderhavige, door de Raad gehandhaafde bepalingen van de energiewetten verschillende belangen beogen te beschermen, hetgeen is ingegeven door uiteenlopende overwegingen en doelstellingen, relevant. De Raad is hier in het voorgaande, bij de beoordeling van de eerste bezwaargrond van Greenchoice, uitgebreid op ingegaan.

Evenredigheid van cumulerende sancties

64. Met betrekking tot de vraag of zich in onderhavig geval een samenloop met het sanctiebesluit van de CA heeft voorgedaan die noopt tot matiging van het boetebedrag door de Raad, overweegt de Raad dat zich door het feit dat zowel de Raad als de CA een boete hebben opgelegd zich geen onevenredigheid voordoet.

²⁴ Bij besluit van 20 december 2011, kenmerk CA/NB/661/57, heeft de CA beslist op de bezwaren van Greenchoice tegen dit sanctiebesluit. Hierbij zijn de bezwaren gedeeltelijk gegrond verklaard en is de boete verlaagd met EUR 100.000.

²⁵ De CA heeft Greenchoice beboet voor het overtreden van artikel 193c, eerste lid onder d en tweede lid onder b, artikel 193d, artikel 193e aanhef en onder e, en artikel 193g, aanhef en onder g, van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek ('BW'). Voor de leesbaarheid wordt naar deze artikelen van het BW verwezen als: 'Wet oneerlijke handelspraktijken'.

65. De Raad hanteert een strafmaat die aanzienlijk verschilt van die van de CA. Dit leidt ertoe dat een door de Raad opgelegde boete uit hoofde van de handhaving van de E-wet en de Gaswet een veel hogere grondslag kennen dan boetes die de CA kan opleggen. Dat verschil in strafmaxima leidt op zichzelf niet tot een onevenredigheid. De Raad, die als eerste Greenchoice een boete wegens colportagehandelingen heeft opgelegd, is niet gehouden om zijn boete te matigen.²⁶ De Raad merkt daarbij op dat de CA bij haar sanctiebesluit heeft afgezien van het opleggen van een boete voor overtreding van artikel 7 van de Colportagewet.²⁷ De Raad heeft in het bestreden besluit de hoogte van de boete zorgvuldig afgewogen en de evenredigheid van de boete bij het bestreden besluit is getoetst, en ziet dan ook geen aanleiding om de boete met het oog op de later opgelegde sanctie van de CA nog verder te matigen.

Strijd met algemene beginselen van behoorlijk bestuur

66. Voor het geval dat de Raad van oordeel is dat in zich in het onderhavige geval geen strijd voordoet met het ne bis in idem-beginsel, stelt Greenchoice zich op het subsidiaire standpunt dat de boete tot nihil gematigd zou moeten worden. Greenchoice stelt dat uit rechtspraak van de Hoge Raad²⁸ volgt dat dezelfde justitiabele niet tweemaal in zijn vermogen geraakt zou mogen worden voor een overeenkomstig feitencomplex. Onder omstandigheden stuit een dubbele beboeting af op de beginselen van een behoorlijke procesorde. In de ogen van Greenchoice dient daar bestuursrechtelijk onder te worden verstaan: de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Volgens Greenchoice laten de algemene beginselen van behoorlijk bestuur onder de omstandigheid dat Greenchoice voor een eensoortig feitencomplex tweemaal een zeer substantiële boete is opgelegd, niet toe dat de Raad zijn boete handhaaft.
67. Nu de Raad inderdaad van oordeel is dat het ne bis in idem-beginsel hem niet tegengeworpen kan worden, overweegt hij het volgende. De Raad begrijpt dat Greenchoice van mening is dat het bestreden besluit onzorgvuldig tot stand is gekomen, dan wel in strijd is met de evenredigheid door het feit dat Greenchoice tweemaal in haar vermogen wordt geraakt voor een overeenkomstig feitencomplex. Bij het vaststellen van de boete heeft de Raad evenwel het evenredigheidsbeginsel in acht genomen. De Raad heeft zijn boete immers gehalveerd vanwege samenloop van artikel 95m van de E-wet met artikel 52b van de Gaswet. De CA heeft rekening gehouden met de sanctie die de Raad heeft opgelegd en afgezien van beboeting van de overtreding van artikel 7 van de Colportagewet. Alles overwegend, ziet de Raad niet in dat door het achtereenvolgens opleggen van de boete door de Raad en de boete door de CA, de beginselen van een behoorlijke procesorde worden geschonden, nu zich geen

²⁶ Deze lijn is sedert het arrest van 13 februari 1968, zaak 14/68 (Walt Wilhelm) door het Hof van Justitie EG ingezet in mededingingszaken.

²⁷ Zie randnr. 46 van het besluit op bezwaar CA van 20 december 2011.

²⁸ HR 26 november 1996, NJ 1997/209.

strijd voordoet met enig algemeen beginsel van behoorlijk bestuur. De Raad heeft bij de vaststelling van de boete de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, met name de zorgvuldigheid en de evenredigheid, in acht genomen.

Conclusie met betrekking tot 'ne bis in idem'

68. De Raad concludeert dat, voor zover 'ne bis in idem' zich hier al zou voordoen, hij bevoegd moet worden geacht om op te treden tegen de geconstateerde overtredingen van de E-wet en Gaswet omdat hij als eerste een boete aangaande colportageactiviteiten heeft opgelegd. Buiten dat, is er geen sprake van een dubbele beboeting van 'hetzelfde feit'. Bij het bestreden besluit wordt geen onevenredige boete opgelegd. De Raad acht een behoorlijke procesorde gewaarborgd, en bij de vaststelling van de boete heeft hij geen algemeen beginsel van behoorlijk bestuur geschonden.

(iii) Bewijsmiddelen

69. Meer subsidiair voert Greenchoice als derde bezwaargrond aan dat de waardering van de bewijsmiddelen onzorgvuldig heeft plaatsgevonden en dat de gestelde overtredingen niet bewezen zijn. Greenchoice verwijt de Raad dat hij bij de beboeting niet, althans onvoldoende rekening heeft gehouden met de achtergrond waartegen Greenchoice als nieuwe toetreders de geliberaliseerde energiemarkt betrad. Verder stelt Greenchoice dat de Raad niet heeft kunnen komen tot het bestreden besluit omdat de bewijsmiddelen daarvoor onvoldoende basis bieden. Greenchoice voert in dit verband aan dat het bestreden besluit ten onrechte mede is gebaseerd op gestelde overtredingen die vóór 1 januari 2010 hebben plaatsgevonden, derhalve voor de inwerkingtreding van de bij het bestreden besluit toegepaste Richtsnoeren NMa informatieverstrekking energieleveranciers aan consumenten van 2010²⁹. Ook is Greenchoice van mening dat het op basis van de inlichtingenplicht van hoofdstuk 5 van de Awb verkregen bewijs, met het oog op artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden ('EVRM'), dient te worden uitgesloten van de procedure. Tevens doet Greenchoice in dit verband een verzoek om afschrift van stukken die de CA zou hebben toegezonden aan de NMa.

Onduidelijkheid op de energiemarkt

70. Greenchoice stelt in hoofdstuk 6 van haar bezwaarschrift dat door het ingrijpen van de wetgever in de energiemarkt met maatregelen als liberalisering van de kleinverbruikersmarkt, het scheiden van transport en levering, de splitsing van de energiebedrijven en het voorschrijven van een bepaald factureringsmodel, de consument de markt niet (meer) goed begrijpt. Greenchoice voert hierbij aan dat aan

²⁹ Stcrt. 2009, nr. 14172.

de hand van diverse Marktmonitors van de NMa blijkt dat er een gebrek aan inzicht en een laag vertrouwen van de consumenten in de energiemarkt bestaat. Tegelijkertijd zou Greenchoice, zoals vele nieuwe toetreders, uit kosten oogpunt zijn aangewezen op directe wervingsmethodes als colportage. Bovendien zou de NMa energieleveranciers ook hebben aangemoedigd tot grootschalige werving om consumenten aan te zetten tot switchen van energieleverancier. In dit verband geeft Greenchoice aan twee bezwaren te hebben tegen de wijze waarop de Raad de onduidelijkheid op de energiemarkt voor de consument heeft verdisconteerd in het bestreden besluit.

Verwarring in het colportagegesprek

71. Ten eerste is Greenchoice van mening dat haar ten onrechte door de Raad wordt verweten dat zij bij consumenten verwarring zou hebben gezaaid door het noemen van de handelsnamen van leveranciers en de namen van de netbeheerders. Greenchoice heeft naar eigen zeggen juist getracht de energiemarkt voor de door haar benaderde consumenten te verduidelijken door de spelers op die markt en hun rollen toe te lichten.
72. De Raad volgt Greenchoice niet in dit argument. In het bestreden besluit heeft de Raad geoordeeld dat in de colportagegesprekken verwarring is veroorzaakt doordat de naam van de leverancier is gebruikt wanneer blijkbaar de netbeheerder werd bedoeld. Greenchoice verwijt de Raad dat hij ten onrechte het in het colportagegesprek wegnemen van het verschil in kennisniveau omtrent de energiemarkt als criterium heeft gehanteerd. De Raad concludeert in randnummer 61 van het bestreden besluit dat hierdoor in strijd met de feitelijke situatie wordt gemeld, althans sterk wordt gesuggereerd, dat de consument bij zijn huidige leverancier blijft en dat geen sprake is van een overstap (en nieuw contract). Uit het bestreden besluit blijkt niet dat hierbij als criterium is gehanteerd dat Greenchoice in het colportagegesprek het verschil in kennisniveau tussen haar als energieleverancier en de consument als onkundige partij op dit gebied had moeten wegnemen.
73. Greenchoice betoogt dat zij ernaar streefde om er tijdens de colportagegesprekken onduidelijkheden op de energiemarkt voor consumenten weg te nemen. Uit het onderzoek naar het script en de verklaringen van de colporteurs blijkt dat Greenchoice daar, gezien de wijze waarop de gesprekken zijn gevoerd, niet in is geslaagd. Uit het uit artikel 95m, derde lid, van de E-wet en artikel 52b, derde lid, van de Gaswet voortvloeiende verbod om kleinverbruikers (waaronder consumenten) op een zodanige wijze te benaderen dat onduidelijkheid bestaat over onder meer het feit dat een leveringscontract wordt afgesloten, vloeit een zorgplicht voort voor de wel deskundige marktpartij – de energieleverancier – met betrekking tot de wijze waarop die in een wervingsgesprek informatie verstrekt. Dit is dan ook een inspanningsverplichting. In tijden van onduidelijkheid over de energiemarkt voor consumenten dient deze plicht nauwkeurig te worden nagekomen door de partijen voor wie deze bepalingen in het

leven zijn geroepen. De onduidelijkheid op de energiemarkt voor consumenten kan daarom geen excuus vormen voor Greenchoice om haar wettelijke zorgplicht onvoldoende na te komen.

74. Uit het onderzoek waarop het bestreden besluit is gebaseerd, blijkt genoegzaam dat Greenchoice zich onvoldoende rekenschap heeft gegeven van de uit het derde lid van de artikelen 95m van de E-wet en 52b van de Gaswet voortvloeiende verplichtingen voor Greenchoice omtrent informatieverstrekking aan kleinverbruikers. De Raad ziet daarom niet in dat het bestreden besluit op dit onderdeel in strijd is met het zorgvuldigheidsbeginsel.

Betrouwbaarheid van de consumentenverklaringen

75. In de tweede plaats maakt Greenchoice bezwaar tegen de beoordeling door de Raad van de betrouwbaarheid van de consumentenverklaringen van april en mei 2010 in het Newcom-rapport, en de beoordeling door de Raad van de antwoorden van de 37 door de NMa nagebelde consumenten die hadden geklaagd bij ConsuWijzer. Greenchoice is van mening dat de Raad hierbij geen, althans op onjuiste wijze rekening heeft gehouden met de beperkte kennis en het beperkte inzicht, alsmede de negatieve beleving van de gemiddelde consument van de energiemarkt en de rol en positie van nieuwkomers, zoals Greenchoice, in die markt. De Raad had de door de consumenten aangeleverde informatie niet kritiekloos en zonder enige correctie tegen de achtergrond van de onduidelijke energiemarkt en de beleving daarvan door de gemiddelde consument, mogen overnemen in het Rapport en in het bestreden besluit. Greenchoice acht het aannemelijk dat de onduidelijkheid en de beleving van de energiemarkt ook een rol spelen bij de beleving van een in het kader van het onderzoek benaderde consument. Dat heeft de Raad ten onrechte niet meegewogen in het bestreden besluit.
76. Zoals hiervóór overwogen in randnummer 73 blijkt, is de Raad van oordeel dat het op de weg van Greenchoice heeft gelegen om zich bij werving van klanten voldoende rekenschap te geven van onduidelijkheden op de energiemarkt en de beleving van de consumenten daarbij. Greenchoice dient zich als een professionele commerciële partij die werft onder in beginsel niet-deskundige consumenten, te realiseren dat consumenten juridische bescherming genieten bij colportageactiviteiten. De Raad ziet dan ook niet in dat hij bij het bestreden besluit onvoldoende rekening heeft gehouden met de perceptie van de consumenten op de energiemarkt, omdat deze factor – zo deze al de invloed op het besluit zou moeten hebben als Greenchoice zich voorstelt – geen afbreuk doet aan de constatering van de overtreding van het verbod van artikel 95m, derde lid, van de E-wet en artikel 52b, derde lid, van de Gaswet. Met andere woorden: de Raad ziet niet in dat een eventuele correctie tegen de achtergrond van de onduidelijke energiemarkt, waar deze correctie ook uit zou bestaan, zou leiden tot een

andere waarneming van de vastgestelde overtredingen. Derhalve faalt de bezwaargrond dat het besluit onzorgvuldig tot stand is gekomen omdat de Raad is uitgegaan van de klachten van de consumenten, zonder deze in het bestreden besluit op de een of andere wijze te corrigeren.

Conclusie

77. Resumerend, blijft de Raad bij haar oordeel dat Greenchoice verwijtbaar tekort is geschoten in de naleving van artikel 95m, derde lid, van de E-wet en artikel 52b, derde lid, van de Gaswet. Nadere overwegingen over de onduidelijkheid op de energiemarkt en de beleving van consumenten van die markt leiden niet tot het oordeel dat het bestreden besluit onzorgvuldig tot stand is gekomen. Op de waardering van de bewijsmiddelen gaat de Raad hieronder nader in.

Deugdelijkheid van de bewijsmiddelen

78. Greenchoice voert als bezwaar aan dat de onderzochte bewijsmiddelen zodanig ondeugdelijk zijn dat zij niet tot bewijs kunnen dienen. Hierdoor zou de Raad niet, althans onvoldoende, zorgvuldig tot het bestreden besluit zijn gekomen. Greenchoice heeft ter ondersteuning van deze bezwaargrond een rapport van prof. dr. P.J. van Koppen³⁰ overgelegd met diens beoordeling van de validiteit van de verklaringen van de door de NMa teruggebelde consumenten, van de verklaringen van de twee colporteurs en van het Newcom-rapport (hierna: 'Rapport Van Koppen').

Bevindingen Rapport Van Koppen

79. Naar aanleiding van het Rapport Van Koppen concludeert Greenchoice dat de bij het onderzoek gehanteerde methode van telefonische bevraging dermate onduidelijk is dat de vraag naar de validiteit en de betrouwbaarheid van de verklaringen die zijn verkregen door het nabellen van consumenten door de NMa niet kan worden beantwoord. De verhoren van de colporteurs geven slechts 'existentiebewijs' voor de overtredingen, en geen representatief beeld van de werkwijze van de colporteurs, terwijl dat volgens Greenchoice wel vereist is. Tot slot acht Greenchoice het Newcom-rapport te ondoorzichtig en onbruikbaar om iets te zeggen over het gedrag van de colporteurs. De resultaten van het Newcom-onderzoek zouden betekenisloos zijn omdat wordt uitgegaan van de betrouwbaarheid van telefonisch enquêteren als onderzoeksmethode, een onduidelijke en ongeschikte steekproef is gehanteerd, in het onderzoek een controlegroep heeft ontbroken, een onjuiste (suggestieve) insteek en vraagstelling is gehanteerd en de onderzoeksresultaten onjuist zijn gepresenteerd. Samengevat concludeert Greenchoice dat de onderzochte bewijsmiddelen niet kunnen bijdragen aan het bewijs dat ten grondslag ligt aan het besluit.

³⁰ Hoogleraar Rechtspsychologie aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Maastricht en de Vrije Universiteit te Amsterdam.

80. In het Rapport Van Koppen wordt het onderzoek nadrukkelijk benaderd vanuit het perspectief van de strafrechtelijke waarheidsvinding. Er wordt onderscheid gemaakt tussen het bewijs dat de overtreding bestaat ('existentiebewijs') en bewijs in hoeverre de onjuiste werkwijze werd toegepast. Het Rapport Van Koppen stelt dat de onderzoeksmethode op belangrijke punten ondeugdelijk is. Het Rapport Van Koppen gaat hiermee echter voorbij aan het uitgangspunt dat de Raad bij zijn beoordeling van de feiten moet uitgaan van zijn eigen vaststelling en waardering van de van belang zijnde feiten en omstandigheden. Voor het vaststellen van een overtreding van artikel 95m, derde lid, van de E-wet of artikel 52b, derde lid, van de Gaswet, hoeft niet uitputtend onderzoek te worden verricht naar de vraag of Greenchoice stelselmatig de betreffende overtredingen heeft begaan. Een aantal geconstateerde overtredingen is voldoende. Niet is vereist, zoals Greenchoice aanvoert, dat het bewijs een representatief beeld geeft van de werkwijze van Planeta of tenminste dat Planeta op grote schaal werkte op een manier die niet is toegestaan. De geschonden norm vereist geen grootschalige schending, zoals Greenchoice betoogt, en evenmin behoeft te worden aangetoond dat het een algemene werkwijze betreft. Overigens ontkent Greenchoice ook niet dat de overtredingen zijn begaan. De Raad acht het feit dat de geconstateerde overtredingen daadwerkelijk zijn begaan afdoende aangetoond.

De methode van onderzoek

81. Greenchoice bestrijdt met behulp van het Rapport Van Koppen de methode die ten grondslag is gelegd aan het onderzoek. Greenchoice lijkt daarbij te veronderstellen dat het onderzoek tot algemene strekking zou hebben het gedrag van Greenchoice jegens consumenten te onderzoeken en dat dit als enig bewijs ten grondslag zou liggen aan de overtredingen. Dit is onjuist. Het onderzoek heeft niet ten doel gehad om een representatief beeld te schetsen van de reputatie van Greenchoice bij haar colportagewerkzaamheden in het algemeen, de klanttevredenheid in het algemeen of de verhouding tussen tevreden klanten en ontevreden klanten van Greenchoice, maar het richtte zich op de ervaringen met colportage van consumenten die bij Greenchoice klant waren geworden in een bepaalde periode.
82. De Raad is van oordeel dat de gekozen methode van onderzoek logisch en rechtmatig is. Het gebruikmaken van klachten van kleinverbruikers, telefonische verklaringen en een telefonische enquête door een onafhankelijk onderzoeksbureau kunnen op zichzelf het bewijs leveren dat er sprake is van een overtreding. Bij het bestreden besluit leidde de Raad dit af uit de uitspraak van rechtbank Rotterdam van 26 april 2010 (UPC/ CA),³¹ hetgeen inmiddels is bevestigd in de uitspraak van dezelfde rechtbank van 14 juni 2012, inzake colportageactiviteiten van Energie:direct³².

³¹ LJN: BM3076.

³² Rb. Rotterdam 14 juni 2012, AWB 11/2337, LJN: BW8420.

Kwaliteit van het bewijs

83. De Raad baseert zich op de gegevens die door Newcom zijn verzameld. In combinatie met het overige bewijs wordt geconcludeerd dat Greenchoice de overtredingen heeft begaan. De bewijsmiddelen tonen aan dat de overtreding het niveau van een incidenteel ongelukkig wervingsgesprek of incidentele niet begrijpende consument overstijgt. De Raad wijst erop dat in de belronde 40 van de 47 personen die een klacht bij het meldpunt colportage hebben ingediend, aangaven dat hen niet duidelijk te kennen was gegeven dat de colporteur een contract kwam verkopen. Van 10 van deze personen is een schriftelijke verklaring afgenomen. In totaal heeft de Raad 63 unieke klachten over colportage door Greenchoice vastgesteld.
84. Greenchoice voert aan de hand van het Rapport Van Koppen aan dat aan het bewijs verkregen door het Newcom-onderzoek geen waarde gehecht kan worden omdat de methode van telefonische enquêtering op zichzelf al onvoldoende valide is. Verder acht zij de steekproeftrekking door Newcom ongeschikt en zouden de resultaten betekenisloos zijn omdat er een controlegroep ontbreekt. Ook heeft Greenchoice kritiek op de vraagstelling door Newcom en zouden de resultaten onjuist zijn gepresenteerd.
85. In het Rapport Van Koppen wordt naar het oordeel van de Raad miskend dat voor het vaststellen van een overtreding niet relevant is bij hoeveel consumenten Greenchoice zich wel aan de regels heeft gehouden. Waar het Rapport Van Koppen in belangrijke mate ingaat op hetgeen niet is onderzocht, blijft onverlet dat uit het onderzoek en de belronde wel degelijk een aantal overtredingen vast is komen te staan. De Raad merkt bij de kritiek van Greenchoice op de (afweging van) de bewijsmiddelen bovendien op, dat enkel de gevallen waarin een overtreding is begaan relevant zijn voor het bestreden besluit, en dat alleen deze gevallen dienen ter onderbouwing van het besluit.
86. Hier voegt de Raad aan toe dat de rechtbank Rotterdam in de zaak Energie:direct, waarbij gebruik is gemaakt van dezelfde onderzoeksmethode door Newcom, heeft geoordeeld dat de Raad voldoende heeft onderbouwd dat er bij de ondervraagde personen onduidelijkheid is blijven bestaan over de informatievereisten van artikel 95m, derde lid, van de E-wet en artikel 52b, derde lid van de Gaswet. Het geheugeneffect van vier maanden wordt door de rechtbank acceptabel geacht en dat geldt ook voor de responsverantwoording. Gelet op de omvang van de steekproef en de hoge respons, is er geen aanleiding om aan de representativiteit van het onderzoek te twijfelen. Bij het colportageonderzoek inzake Greenchoice is dit niet anders. Alles overwegende, is de Raad daarom van oordeel dat het Rapport Van Koppen niet af kan doen aan de conclusies van het bestreden besluit.
87. Tot slot benadrukt Greenchoice nog dat de Raad zich niet mag beroepen op het onderzoeksrapport van Blauw Research, nu in het Rapport Van Koppen wordt geconcludeerd

dat dit tegenonderzoek van Greenchoice evenmin als bewijs kan dienen. De Raad is evenwel van oordeel dat op grond van de som van alle bewijsmiddelen aannemelijk is gemaakt dat de overtredingen zijn begaan. In het bestreden besluit bedoelt de Raad zich niet (mede) te beroepen op de onderzoeksresultaten van Blauw Research, maar slechts te concluderen dat de zienswijze van Greenchoice, waaronder het onderzoeksrapport van Blauw Research, het bewijs van de overtredingen niet kan weerleggen.

Conclusie

88. Concluderend is de Raad van oordeel dat hij zorgvuldig heeft gehandeld door op basis van de geconstateerde overtredingen een boete op te leggen, omdat in het bestreden besluit afdoende is aangetoond dat deze overtredingen door Greenchoice zijn begaan. Daar voegt het onderzoek van Blauw Research niets aan toe en doet het Rapport Van Koppen niet aan af. De Raad ziet in het bezwaar van Greenchoice tegen de deugdelijkheid van de onderzochte bewijsmiddelen dan ook geen aanleiding om tot een ander besluit te komen.

Bewijsperiode voorafgaand aan 1 januari 2010

89. In het bestreden besluit heeft de Raad vastgesteld dat alleen overtredingen na 1 januari 2010 beboetbaar zijn. Greenchoice is van mening dat de opgelegde boete alleen kan worden gebaseerd op het bewijs van de overtredingen die plaatsvonden na 1 januari 2010 en maakt bezwaar tegen het feit dat de Raad de boete mede zou hebben gebaseerd op overtredingen van voor die datum.
90. De Raad is van oordeel dat ook de bewijsmiddelen die zien op colportagegesprekken van vóór 1 januari 2010, kunnen worden betrokken bij het bewijs. Uit de bewijsmiddelen over de gehele onderzochte periode blijkt immers op al deze colportagemomenten dat Greenchoice artikel 95m, derde lid, van de E-wet en artikel 52b, derde lid, van de Gaswet heeft overtreden. De bewijsmiddelen zien op de periode vóór en na 1 januari 2010 en hebben niet alleen betrekking op de beboetbare periode. Nu de Raad het bestreden besluit heeft gebaseerd op het feit dat uit de samenhang tussen de verschillende bewijsmiddelen volgt dat de norm is overtreden, kan het bestreden besluit mede steunen op de bewijsmiddelen die zien op overtredingen begaan voor 1 januari 2010.³³

Conclusie

91. De Raad concludeert dat de bewijsmiddelen die zien op de periode voor 1 januari 2010 mede kunnen dienen tot bewijs van het overtreden van de norm in de beboetbare periode.

Bewijsuitsluiting

³³ Zie in dit verband ook r.o. 4.3.5 van de uitspraak Rb. Rotterdam 14 juni 2012 inz. Energie:direct.

92. Greenchoice voert aan dat de op de voet van hoofdstuk 5 van de Awb door de Raad verkregen inlichtingen en de daarop gestoelde bewijsmiddelen moeten worden uitgesloten van de procedure. Gebruik ervan zou volgens Greenchoice een schending opleveren van de beginselen van *fair trial* en *nemo tenetur*, zoals neergelegd in artikel 6 van het EVRM.
93. Met haar standpunt dat de Raad de inlichtingenplicht van hoofdstuk 5 van de Awb gebruikt om het nemo tenetur-beginsel te doorkruisen, miskent Greenchoice dat de Raad op de voet van artikel 5:16 en 17 van de Awb gevraagd heeft om inzage in een deel van haar klantenadministratie. Deze handelingen van de Raad kunnen niet aangemerkt worden als een daad van vervolging. Derhalve komt het nemo tenetur-beginsel, dat van toepassing is wanneer er sprake is van vervolging, niet aan de orde.
94. Omtrent de wijze van vergaring van de informatie wijst de Raad op het feit dat het niet ging om informatie die er nog niet was. Greenchoice is niet gevraagd om informatie te fabriceren, maar om een overzicht van informatie te verstrekken die binnen het bedrijf voorhanden moest zijn. Het betreft dus wel degelijk informatie die onafhankelijk van de wil van Greenchoice voorhanden was. Het gebruik van deze informatie ontoedoet het in artikel 6 van het EVRM vervatte recht van Greenchoice om zichzelf niet te belasten derhalve geenszins van zijn betekenis.

Verzoek om kennisneming stukken

95. In vervolg op haar betoog omtrent bewijsuitsluiting verzoekt Greenchoice om een afschrift van stukken die de CA naar aanleiding van het verzoek van 3 augustus 2010 (met kenmerk 103413_1/75) heeft toegezonden aan de NMa. De Raad begrijpt Greenchoice aldus, dat zij van mening is dat het niet toevoegen van deze stukken aan het dossier leidt tot een schending van artikel 6 van het EVRM (fair trial-beginsel, waaronder *equality of arms*).
96. De CA heeft niet schriftelijk heeft gereageerd op het verzoek van de NMa, maar de bij de brief gevraagde informatie overhandigd. Het verzoek strekte zich uit tot stukken met CA-kenmerken CA/NB/515 en /518. De stukken met kenmerk CA/NB/518 betreffen een andere zaak. Wel is het bestreden besluit mede gebaseerd op stukken met kenmerk CA/NB/515. Dit betreft de stukken met de NMa-kenmerken 103413_3/24, 25, 26 en 27, welke zijn opgenomen in het dossier bij het bestreden besluit (primodossier). Greenchoice is in de gelegenheid gesteld om kennis te nemen van de relevante stukken bij het bestreden besluit. Een eventuele schending van artikel 6 van het EVRM is derhalve niet aan de orde. Aangezien Greenchoice reeds kopieën van de betreffende stukken heeft ontvangen, gaat de Raad niet in op het nadere verzoek in het bezwaarschrift om afschriften daarvan.

Conclusie

97. De Raad concludeert tot ongegrondverklaring van het bezwaar van Greenchoice met betrekking tot artikel 6 van het EVRM. De Raad is van oordeel dat het nemo tenetur-beginsel bij onderhavige informatieverzoeken geen toepassing vindt en dat ook overigens het recht om zichzelf niet te belasten niet is aangetast met de onderhavige informatieverzoeken. Voorts ontbreken in het dossier geen stukken waarop het bestreden besluit betrekking heeft.

Conclusies met betrekking tot het bewijs

98. Uit voorgaande overwegingen volgt dat de Raad van oordeel is dat de bezwaren tegen het verkregen bewijs en de daarop gestoelde bewijsmiddelen dienen te worden afgewezen. Het bestreden besluit is op dit punt zorgvuldig tot stand gekomen. De Raad acht de gebruikte bewijsmethode deugdelijk. Verder blijft de Raad bij zijn oordeel dat de bewijsmiddelen die zien op de periode voor 1 januari 2010 mede kunnen dienen tot bewijs van het overtreden van de norm in de beboetbare periode, dat de overtredingen afdoende zijn aangetoond en dat zich onder het bewijsmateriaal geen inlichtingen bevinden die van het bewijs moeten worden uitgesloten. Nu Greenchoice reeds beschikt over afschriften van stukken waarom zij in het bezwaarschrift nader heeft verzocht, wijst de Raad dit verzoek af.

(iv) Omvang van de boete

99. Als vierde grond maakt Greenchoice bezwaar tegen de omvang van de boete van EUR 2.096.000 die bij het bestreden besluit is opgelegd. Deze grond van bezwaar valt uiteen in de volgende onderdelen. Ten eerste is volgens Greenchoice onvoldoende gemotiveerd hoe de algemene en specifieke preventie precies gediend zijn met het opleggen van de boete en zou de weging van deze belangen in strijd met het evenredigheidsbeginsel hebben plaatsgevonden. Ten tweede verzet Greenchoice zich tegen de gehanteerde wijze waarop de boetegrondslag is berekend. Het uitgangspunt van de omzet uit levering aan kleinverbruikers en grootverbruikers, inclusief teruglevering aan Eneco, en het meerekenen van de netbeheerdersomzet, leidt volgens haar tot een evident onbillijk hoge boete. De gehanteerde boetegrondslag zou hiervoor gecorrigeerd moeten worden. Ten derde is Greenchoice van mening dat de Raad het gebruik van ongeoorloofde scripts door Planeta haar ten onrechte volledig heeft aangerekend. Ten vierde voert Greenchoice aan dat de Raad onvoldoende rekening heeft gehouden met een aantal boeteverlagende omstandigheden. Hieronder gaat de Raad in op deze argumenten.

Speciale en generale preventie

100. Volgens Greenchoice heeft de Raad in het bestreden besluit onvoldoende gemotiveerd hoe de algemene en specifieke preventie precies gediend zijn met het opleggen van de boete.

Door ten onrechte de speciale en de generale preventie mee te wegen is de beboeting volgens Greenchoice in strijd met het evenredigheidsbeginsel.

101. Met betrekking tot het preventieve karakter van het bestreden besluit, benadrukt de Raad dat sanctiebesluiten een bestuursrechtelijk aanvaard middel zijn om de naleving van gebodsbepalingen van de E-wet en de Gaswet te bevorderen. Dit karakter komt tot uitdrukking doordat met het opleggen van een boete enerzijds wordt bevorderd dat de betrokken onderneming (nogmaals) dezelfde of een vergelijkbare overtreding begaat (de speciale preventie) en anderzijds wordt voorkomen dat andere ondernemingen overtredingen van dezelfde of een vergelijkbare strekking begaan (de generale preventie).
102. De Raad volgt Greenchoice niet in haar standpunt dat de generale preventie al was gediend door de eerdere boetes van de OPTA aan de Nederlandse Energie Maatschappij en E.on wegens telefonische klantenwerving en het schenden van het bel-me-niet-register. Deze besluiten betreffen niet de handhaving van de E-wet en de Gaswet. De generale preventie is volgens de Raad wel degelijk gediend met de boete wegens colportageactiviteiten aan Greenchoice, omdat deze andere houders van energieleveringsvergunningen afschrikt dezelfde overtredingen te begaan.
103. In dit verband heeft Greenchoice aangevoerd dat meegewogen dient te worden dat zij op 31 augustus 2010 is gestopt met colportage. Het feit dat Greenchoice haar colportageactiviteiten heeft gestaakt en dat daardoor de kans op recidive bij haar gering is, is voor de generale preventieve werking van de opgelegde sanctie niet van belang. Met het oog op de speciale preventieve werking is de waarschijnlijkheid van het uitblijven van recidive bij Greenchoice geen reden voor boetevermindering. Het feit dat een boete wordt opgelegd voor een gedane overtreding, waarschuwt niet alleen de overtreder voor handhaving. De Raad wordt in dit standpunt bevestigd door de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 5 december 2006.³⁴
104. De Raad wijst erop dat in het bestreden besluit rekening is gehouden met de beperkte duur van de overtreding. Met het oog op de evenredigheid is de ernstfactor bepaald op 0,5, terwijl factor 2 kon worden toegepast. De Raad ziet in hetgeen door Greenchoice op dit punt is aangevoerd geen aanleiding om het bestreden besluit nader te motiveren, laat staan ten gunste van Greenchoice te wijzigen.

Conclusie

105. De Raad concludeert dat in het bestreden besluit het doel van de daarmee gemoeide preventie voldoende is gemotiveerd en dat het evenredigheidsbeginsel niet is geschonden.

³⁴ LJN: BA9824.

De Raad is dan ook van oordeel dat sprake is van evenredigheid tussen de sanctie en de ernst van de overtreding, en dat daarnaast in het bestreden besluit een behoorlijke belangenafweging heeft plaatsgevonden.

Berekening van de netto-omzet

106. Volgens Greenchoice is bij de berekening van de boete ten onrechte geen rekening gehouden met het feit dat de overtreden norm ziet op bescherming van de belangen van kleinverbruikers. Bij de berekening van de jaaromzet die als boetegrondslag is gebruikt, heeft de Raad echter de door Greenchoice namens de netbeheerder geïncasseerde netbeheiderskosten, de omzet uit levering aan grootverbruikers en de omzet uit teruglevering van elektriciteit aan Eneco in verband met de groencertificaten meegerekend als netto-omzet. Dit betekent volgens Greenchoice dat de door de Raad gehanteerde boetegrondslag evident onbillijk te hoog is vastgesteld en de Raad daarom gehouden zou zijn hiervan op de voet van artikel 16, tweede lid, van de Boetebeleidsregels 2009 af te wijken.
107. Op de voet van artikel 7:11 van de Awb, dient de Raad de door Greenchoice nieuw ingebrachte omzetgegevens uit de concept-jaarrekening in beginsel mee te wegen in de bezwaarfase. De Raad overweegt aangaande de klacht van Greenchoice over de berekening van de gehanteerde boetegrondslag daarom het volgende.
108. De wet geeft aan dat het boetemaximum wordt berekend op 10% van de netto-omzet van de overtreder en dat de netto-omzet wordt berekend op de voet van artikel 377, zesde lid, van Boek 2 BW.³⁵ Volgens die bepaling wordt onder de netto-opbrengst verstaan " *de opbrengst uit levering van goederen en diensten uit het bedrijf van de rechtspersoon, onder aftrek van kortingen en dergelijke en van over omzet geheven belastingen*".
109. Het uitgangspunt dat de omzetberekening in overeenstemming is met de vereisten daarvoor van het jaarrekeningenrecht, komt ook terug in de Boetebeleidsregels 2009, op grond waarvan de boeteomvang dient te worden bepaald op basis van de totale jaaromzet van de onderneming van Greenchoice. In de definitie van de 'jaaromzet' in artikel 1, onderdeel c, van de Boetebeleidsregels 2009, is voor de in aanmerking te nemen omzet aansluiting gezocht bij artikel 377, zesde lid, van Boek 2 BW.
110. Nu de netto-omzet, berekend op de voet van artikel 377, zesde lid, van Boek 2 BW blijkt uit de opgave die de onderneming doet in de jaarrekening, verlaat de Raad zich in beginsel op de omzetberekening die de betreffende onderneming zelf hanteert. Ten tijde van het tot stand komen van het bestreden besluit stond de omzet over 2010 nog niet vast. De Raad heeft

³⁵ Zie art. 77i lid 1, onder b, en lid 3 E-wet en art. 60ad, lid 1, onder b, en lid 3 Gaswet.

deze omzet daarom geschat aan de hand van een voorlopige opgave van Greenchoice van de jaaromzet over het boekjaar 2009. De Raad is in het bestreden besluit voor de omzet voor 2010 uitgegaan van het bedrag over 2009 van EUR 310.573.982. Daarbij heeft de Raad dus een conservatieve schatting gemaakt door niet uit te gaan van een omzetstijging in 2010.

111. Uit de interpretatie van het wettelijke begrip netto-omzet kunnen verschillende waarderingen van de omzet voortvloeien. Deskundigen (accountants) vinden steun voor deze interpretatie in de Richtlijnen voor de jaarverslaggeving.³⁶ Los van de vraag of de Raad gehouden is om de Richtlijnen voor de jaarverslaggeving toe te passen, vloeit daaruit voort dat – afhankelijk van het stelsel van verantwoording dat een onderneming hanteert – verschillende berekeningen van de netto-omzet kunnen worden gemaakt. Nu de Raad zich bij de vaststelling van de netto-omzet als boetegrondslag heeft verlaten op de destijds beschikbare (concept) jaarrekening 2009 van de onderneming, en die omzetberekening door een deskundige op basis van de geldende regels kan worden verantwoord, kan de Raad zich baseren op een berekening van de netto-omzet waar de netbeheiderskosten en andere elementen bij zijn inbegrepen. Daar doet het feit dat Greenchoice naderhand in een andere concept-jaarrekening een lagere netto-omzet hanteert niet aan af. De door de Raad gehanteerde omzetberekening is immers in overeenstemming met artikel 377, zesde lid, van Boek 2 BW.
112. Uit de toelichting bij artikel 3 van de Boetebeleidsregels 2009 blijkt dat een boete voor overtredingen als de onderhavige, wordt afgeleid uit de ‘totale jaaromzet’ omdat deze een indicatie vormt voor de economische macht van de overtreder. De boete moet in verhouding staan tot de totale omvang van de overtreder en daardoor afschrikwekkend zijn. In dat kader kan overwogen worden om elementen als de netbeheidersomzet, de omzet uit levering aan grootverbruikers en de omzet uit teruglevering aan Eneco al dan niet mee te rekenen in de jaaromzet van de Greenchoice, ongeacht de berekeningswijze die in de jaarrekening wordt gehanteerd. Er zij echter op gewezen dat het in deze sanctiezaak, anders dan in het mededingingsrecht, niet gaat om het vaststellen van de betrokken omzet van de betreffende energieleveranties. De Raad volgt Greenchoice daarom niet in haar standpunt dat de omzet die niet gerelateerd is aan levering aan kleinverbruikers buiten beschouwing moet blijven.
113. In de bezwaarfase, op 31 januari 2011, heeft de Raad een concept-jaarrekening over 2010 ontvangen. Dit concept bevat een netto-omzetopgave van Greenchoice van EUR 269.541.845. In de algemene toelichting op de concept-jaarrekening is aangegeven dat met ingang van 2010 de netto-omzet en kostprijs omzet zijn opgenomen exclusief de opbrengsten en kosten uit netbeheer. Namens de onderneming is verklaard dat deze wijziging is gemaakt om aan te

³⁶ Richtlijnen voor de jaarverslaggeving voor grote en middelgrote rechtspersonen, Editie 2011, uitgegeven vanwege de Raad voor de Jaarverslaggeving (RJ-bundel), Kluwer, Deventer 2011.

sluiten bij het stelsel van omzetverantwoording dat in de energiebranche (*retail*) gebruikelijk is.³⁷

114. De Raad is van oordeel dat de wet niet in de weg staat aan de bij het bestreden besluit vastgestelde boetegrondslag. De Raad wijst erop dat het feit dat de vaststelling van de boetegrondslag geschiedt op basis van (een promillage van) de jaaronzet, er niet toe leidt dat deze basis in onderhavig geval ook gelijk moet zijn aan de door Greenchoice na de vaststelling van het bestreden besluit opgegeven jaaronzet in zijn concept-jaarrekening 2010.
115. De Raad overweegt dat hij bij de omzetberekening in eerste instantie (bij schatting) is afgegaan op wat verschillende energieleveranciers, waaronder Greenchoice zelf, aan omzet opgeven in hun jaarrekening. Het is niet zo dat de Raad een omzet exclusief netbeheerderskosten te laag achtte als hanteerbare boetegrondslag en daarom een andere berekeningswijze heeft ontwikkeld. Met het oog op het belang van het vaststellen van een boetegrondslag die hoog genoeg is om economische macht van de overtreder in zijn markt te weerspiegelen, is de Raad geenszins gehouden om uit te gaan van een nader in de procedure ingebrachte lagere omzetberekening, ook al is die (eveneens) in overeenstemming met art. 377, zesde lid, van Boek 2 BW. Het gaat er in een boetebesluit als het onderhavige ook niet om dat er een betrokken omzet wordt gehanteerd met betrekking tot het marktsegment waar de overtreding op ziet (in casu kleinverbruikers). Het gaat er daarentegen om dat de boete die uit de vaststelling van de boetegrondslag voortvloeit, in verhouding moet staan tot de totale omvang van de overtreder en de ernst van de overtreding en daardoor afschrikwekkend is. Daarbij moet het wettelijke boetemaximum in het oog worden gehouden. De Raad acht dat het geval bij de boetegrondslag die in het bestreden besluit is gehanteerd.

Geen evidente onbillijkheid

116. Vervolgens komt de Raad op het argument van Greenchoice, dat hij – zo nodig onder toepassing van artikel 16, tweede lid, van de Boetebeleidsregels 2009 – gehouden zou zijn om uit te gaan van een lagere boetegrondslag omdat de berekening die de Raad in het bestreden besluit heeft gehanteerd zou leiden tot een evident onbillijk hoge boete.
117. Van de mogelijkheid om van de Boetebeleidsregels 2009 af te wijken op de voet van artikel 16, tweede lid, wordt alleen gebruik gemaakt in hoge uitzonderingssituaties, zoals het geval dat een boete tot faillissement van de onderneming leidt. In beginsel speelt de financiële positie van de overtreder geen rol bij de vaststelling van de hoogte van de boete, met dien verstande dat het opleggen van de boete niet het faillissement van een overtreder

³⁷ Zonder hier een oordeel aan te verbinden merkt de Raad op dat energieleverancier Energie:direct destijds ook netbeheerdersomzet meerekende in de omzet.

waarschijnlijk mag maken.³⁸ Greenchoice heeft geen beroep gedaan op de omstandigheid dat zij door de onderhavige boete voorzienbaar in de toestand komt te verkeren dat zij ophoudt te betalen, noch is sinds de oplegging van de boete van die omstandigheid gebleken en zijn ook overigens geen argumenten aangevoerd. Naar het oordeel van de Raad is er daarom geen aanleiding om het tweede lid van artikel 16 van de Boetebeleidsregels 2009 toe te passen.

Gelijkheidsbeginsel

118. Greenchoice heeft aangevoerd dat het meerekenen van de omzet van de grootverbruikers en de omzet van de teruglevering in strijd is met het gelijkheidsbeginsel. De Raad volgt dit standpunt niet. Greenchoice heeft in haar bezwaarschrift nagelaten aan te geven welke vergelijkbare gevallen zich hebben voorgedaan. Tijdens de hoorzitting heeft Greenchoice hierover opgemerkt dat dit een "*algemeen verweer*" betreft. Bij andere leveranciers speelt dit probleem niet, omdat daar een juridische scheiding is aangebracht tussen levering aan kleinverbruikers en de levering aan grootverbruikers. Desgevraagd heeft zij aangegeven dat haar geen eerdere gevallen bekend zijn waar zij zich op beroept. Nu er niet is gebleken van ongelijke behandeling van gelijke gevallen en gelet op de vrijheid voor de Raad om de boetegrondslag vast te stellen zoals hij heeft gedaan, kan het beroep van Greenchoice op het gelijkheidsbeginsel niet slagen.

119. Greenchoice doet hierbij wederom een beroep op de afwijkingsbevoegdheid van artikel 16, tweede lid, van de Boetebeleidsregels 2009. De Raad wijst erop dat hij bevoegd is – niet verplicht – om op deze basis af te wijken van de Boetebeleidsregels 2009. De Raad concludeert evenwel dat zich ten aanzien van Greenchoice geen evidente onbillijkheid voordoet indien de gehanteerde boetegrondslag wordt gehandhaafd. De boetegrondslag wordt niet onbillijk hoog door de toepassing van de gehanteerde uitgangspunten bij de bepaling ervan in het bestreden besluit.

120. De Raad baseert zich hiervoor ook op de rechtbank Rotterdam, die in haar uitspraak van 14 juni 2012 in de vergelijkbare zaak tegen Energie:direct aanleiding heeft gezien om de toepassing door de Raad van de Boetebeleidsregels 2009 ten aanzien van de hoogte van de boete, in overeenstemming met een redelijke beleidsbepaling te achten.³⁹

Conclusie

121. Gelet op het voorafgaande, concludeert de Raad dat er in heroverweging geen aanleiding is om terug te komen op zijn keuze om voor de berekening van de boetegrondslag de gehele jaaromzet van Greenchoice te nemen, inclusief netbeheerderskosten, omzet uit levering aan grootverbruikers en omzet van teruglevering aan Eneco. Daarnaast deelt de Raad niet het

³⁸ Zie de artikelsgewijze toelichting bij artikel 16 van de Boetebeleidsregels 2009, Stcrt. 2009, nr. 14079.

³⁹ Zie r.o. 7.1 en 7.2.

standpunt van Greenchoice dat een onverkorte toepassing van de Boetebeleidsregels 2009 in haar geval leidt tot een evidente onbillijkheid. Ook kan het beroep dat Greenchoice doet op het gelijkheidsbeginsel niet slagen. De Raad ziet derhalve geen aanleiding om op grond van vorengenoemde argumenten van Greenchoice de boete lager vast te stellen dan in het bestreden besluit is gebeurd.

De verwijtbaarheid

122. Greenchoice is van mening dat de gedragingen van Planeta haar niet één op één kunnen worden toegerekend. Zij geeft daarbij aan dat zij veel in het werk heeft gesteld om te voldoen aan de wettelijke eisen die gelden voor colportage en dat door Planeta ongeoorloofde scripts werden gehanteerd. Deze factoren zijn volgens Greenchoice ten onrechte niet meegenomen bij het bepalen van de verwijtbaarheid.

123. De Raad merkt hierbij op dat de door Greenchoice genomen maatregelen niet hebben geleid tot het voorkomen van de overtredingen. De inspanningen van Greenchoice hebben niet verhinderd dat de wet is overtreden en dit kan Greenchoice worden verweten.

124. Het feit dat de overtredingen zijn begaan door colporteurs van Planeta doet niets af aan de verwijtbaarheid van Greenchoice. Er zij op gewezen dat reeds uit artikel 6 van de Richtsnoeren NMa informatieverstrekking energieleveranciers aan consumenten van 2007⁴⁰ blijkt dat Greenchoice aansprakelijk is indien door een derde namens haar een overeenkomst wordt aangeboden of gesloten. In artikel 11 van de Richtsnoeren 2010⁴¹ is opgenomen dat artikel 95m, eerste tot en met derde lid, van de E-wet en artikel 52b, eerste tot en met derde lid, van de Gaswet inhouden dat de leverancier ervoor zorg dient te dragen dat ook aan deze verplichtingen wordt voldaan, indien door een derde namens de leverancier een overeenkomst wordt aangeboden of gesloten.

125. In het bestreden besluit heeft de Raad onder verwijzing naar jurisprudentie van de Hoge Raad reeds uiteengezet waarom de gedragingen van de colporteurs aan Greenchoice kunnen worden toegerekend. Ook in de vorengenoemde Energie:direct-zaak worden de handelingen van de colporteurs aan de opdrachtgever toegerekend.⁴² Voor Greenchoice is dit niet anders. De colporteurs van Planeta die de feitelijke overtredingen hebben begaan handelden uit naam en voor rekening van Greenchoice. Het sluiten van contracten voor de levering van energie behoort tot de normale bedrijfsuitvoering van Greenchoice en zij had ook zeggenschap over de wijze waarop colporteurs hun werkzaamheden uitvoerden. De Raad is

⁴⁰ Stcrt. 2007, nr. 246.

⁴¹ Bij besluit van 15 september 2009 heeft de Raad de Richtsnoeren van 2007 ingetrokken en de Richtsnoeren NMa informatieverstrekking energieleveranciers aan consumenten 2010 vastgesteld, zie Stcrt. 2009, nr. 14172.

⁴² Zie r.o. 5.3.

daarom van oordeel dat het handelen van de colporteurs in redelijkheid ten volle aan Greenchoice kan worden toegerekend.

126. Dat Greenchoice maatregelen heeft genomen en uiteindelijk de samenwerking heeft opgezegd maakt de verwijtbaarheid niet lichter: het kwaad was al geschied en Greenchoice heeft zich er ten tijde van de overtredingen onvoldoende van vergewist dat de Planeta-colporteurs hun opdracht overeenkomstig de wet uitvoerden. De Raad wijst er verder op dat hij de door Greenchoice genomen maatregelen in aanmerking heeft genomen als boeteverlagende omstandigheid en in verband daarmee de boete heeft verlaagd met 10%.⁴³

Heroverweging ten aanzien van de beëindiging van de colportageactiviteiten

127. Greenchoice is naar eigen zeggen met ingang van 1 september 2010 gestopt met colportage. In het bezwaarschrift voert Greenchoice aan dat de Raad ten onrechte heeft nagelaten dit feit mee te wegen bij de boetevaststelling. De Raad vat dit bezwaar op als een beroep op de boeteverlagende omstandigheid "*het uit eigen beweging beëindigen van een overtreding*", bedoeld in artikel 14, onderdeel b, van de Boetebeleidsregels 2009.

128. De Raad is van oordeel dat het beëindigen van de overtreding als boeteverlagende omstandigheid onvoldoende in aanmerking is genomen in de overwegingen van het bestreden besluit. In heroverweging vult de Raad de motivering van het bestreden besluit daarom aan en overweegt naar aanleiding van dit bezwaar als volgt.

129. De Raad is van oordeel dat hij het uit eigen beweging beëindigen van de overtreding ten onrechte niet volledig in aanmerking heeft genomen als een boeteverlagende omstandigheid. Anders dan in het bestreden besluit, is de Raad thans van oordeel dat de maatregelen die Greenchoice heeft genomen ten aanzien van Planeta niet enkel konden worden gezien als genomen ter vermindering van onduidelijkheden bij de consumenten. Door Greenchoice is voldoende aangetoond dat deze maatregelen in het licht stonden van de intentie van Greenchoice om de samenwerking met Planeta per 1 september 2010 te beëindigen en daarmee te stoppen met colportage. Deze beëindiging heeft plaatsgevonden zo snel mogelijk nadat een redelijke termijn om de relatie met Planeta af te bouwen in acht was genomen. Voor het gewicht dat aan deze omstandigheid toekomt, is bepalend dat Greenchoice de overtreding heeft beëindigd nadat de Raad het onderzoek is gestart en vóór het uitbrengen van het Rapport.

130. De Raad kent hierbij in heroverweging een verlaging van de boete toe van 20% in plaats van 10%. Hiermee past de Raad wegens alle in aanmerking te nemen boeteverlagende omstandigheden, inclusief het uit eigen beweging beëindigen van de overtreding, voor

⁴³ Zie randnummers 165–167 van het bestreden besluit.

Greenchoice een totale korting toe van 20% op de basisboete.

Conclusie

131. Het handelen van de Planeta-colporteurs is terecht ten volle toegerekend aan Greenchoice. Er is geen reden om zoals Greenchoice stelt op grond van artikel 5:46, tweede lid, van de Awb de boete te verlagen in verband met een verminderde verwijtbaarheid. Wel herroept de Raad het bestreden besluit in zoverre dat de omstandigheid van het uit eigen beweging beëindigen van de overtreding in aanmerking wordt genomen als boeteverlagende omstandigheid. Ten opzichte van de bij het bestreden besluit vastgestelde boete leidt dit tot een additionele verlaging van 10% op de basisboete.

Beoordeling van aangevoerde boeteverlagende omstandigheden

132. Vervolgens voert Greenchoice in haar bezwaarschrift aan dat de Raad onvoldoende rekening heeft gehouden met de omstandigheden waaronder de colportage is verricht, en de ondoorzichtigheid van de energiemarkt.

Onduidelijke situatie op de energiemarkt

133. Zoals de Raad ook hierboven in de randnummers 70 – 77 heeft betoogd, stelt hij zich wat betreft de conclusies die Greenchoice verbindt aan de onduidelijke situatie op de energiemarkt op het standpunt dat juist de constatering dat sprake is van een ondoorzichtige markt, met zich brengt dat energiebedrijven zeer zorgvuldig moeten zijn in het voorlichten van consumenten en dat Greenchoice daar juist in is tekort geschoten.

Disproportionaliteit van de boetegrondslag ten opzichte van de marge

134. Greenchoice meent verder dat er sprake is van disproportionaliteit van de boetegrondslag omdat de omzet van een energieleverancier hoog is in vergelijking met de marge die de leverancier maakt. Hierdoor zou de Raad ten onrechte geen rekening hebben gehouden met de impact van de boete op het resultaat van het bedrijf. Dit argument acht de Raad niet relevant. De financiële positie en de eventuele marge die een onderneming behaalt, spelen in beginsel geen rol bij de vaststelling van de hoogte van de boete. Het anderszins rekening houden met de financiële positie, de winstmarges of behaalde winsten van een onderneming zou (kunnen) neerkomen op het verschaffen van ongerechtvaardigd concurrentievoordeel aan ondernemingen die het minst zijn aangepast aan de eisen van de markt.⁴⁴ Alleen in de uitzonderingssituatie dat een aan een onderneming opgelegde boete haar faillissement waarschijnlijk maakt, wordt daar op grond van het evenredigheidsbeginsel rekening mee gehouden. Deze omstandigheid is echter gesteld noch gebleken.

⁴⁴ Zie bijvoorbeeld uitspraak rechtbank Rotterdam, 2 februari 2010, AWB 08/2341 MEDED-T1, LJN BL2968 en de beslissing van het CBb op het hoger beroep van 18 november 2011, AWB 10/248, LJN BU5581.

135. De Raad merkt in dit verband nog op dat het feit dat de boete een percentage is van de omzet reeds impliceert dat er rekening wordt gehouden met de impact van de boete op het resultaat van het bedrijf, alsmede dat de boete in een gepaste verhouding staat tot de totale omvang van de overtreder en daardoor afschrikwekkend is.

Dubbele beboeting

136. Voorts heeft Greenchoice opgemerkt dat zij twee keer is beboet voor dezelfde gedraging. Zij meent dat indien de Raad van oordeel is dat het ne bis in idem-beginsel niet wordt geschonden, dat in ieder geval zijn beslag had moeten krijgen in de boeteomvang.
137. Zoals reeds is geconcludeerd in randnummer 68 heeft de Raad niet gehandeld in strijd met het ne bis in idem-beginsel door de overtredingen te beboeten op grond van de E-wet en de Gaswet, naast het feit dat ook de CA een sanctie heeft opgelegd wegens colportageactiviteiten. De omstandigheid dat ten aanzien van dezelfde onderneming meerdere rapporten zijn uitgebracht waardoor cumulatie van sancties plaatsvindt, is op zichzelf geen reden om de boete te verlagen.
138. Daarnaast is met de bijzondere (feitelijke en juridische) samenhang tussen de onderhavige overtredingen van artikel 95m, derde lid, van de E-wet en artikel 52b, derde lid, van de Gaswet rekening gehouden bij de vaststelling van de boetebedragen. Hoewel in dergelijke gevallen de mogelijkheid bestaat om twee afzonderlijke boetes op te leggen, is vanwege de samenhang besloten de boetebedragen te halveren. Het feit dat ook de CA een boete heeft opgelegd doet hier niet aan af, nu de bepalingen die de CA handhaaft zijn gericht op bescherming van andere belangen en de CA bij de vaststelling van haar boete in bezwaar expliciet rekening heeft gehouden met de boete van de Raad. Het bezwaar van Greenchoice hieromtrent wordt daarom afgewezen.

Negatieve publiciteit

139. Tot slot beklagt Greenchoice zich erover dat zij twee keer negatief in de publiciteit is gekomen wegens haar colportageactiviteiten en dat de Raad dit als boeteverlagende omstandigheid zou moeten meewegen.
140. De Raad is van oordeel dat publicatie van besluiten een middel is om verantwoording af te leggen over zijn werkzaamheden en om het publiek daaromtrent te informeren. Met het oog op generale preventie is het van belang om boetebesluiten te publiceren. De Raad wijst erop dat hij op grond van de artikelen 77o van de E-wet en 60aj van de Gaswet verplicht is om boetebesluiten ter inzage te leggen en daarvan mededeling te doen in de Staatscourant. Als uitvloeisel van deze wettelijke plicht publiceert de NMa ook openbare versies van boetebesluiten op de website. Het belang bij openbaarmaking van het bestreden besluit is dat belanghebbenden bij de handhaving van de bepalingen waar het bestreden besluit op

ziet, zoals klagers over colportagehandelingen van energieleveranciers, er kennis van kunnen nemen dat aan hun klachten gehoor wordt gegeven.

141. Verder is de Raad van oordeel dat het feit dat er publiciteit is geweest naar aanleiding van het opleggen van een boete, op zichzelf geen boeteverlagende omstandigheid is. Met het oog hierop heeft de Raad richtlijnen en een werkwijze gepubliceerd over de wijze waarop zij het publiek voorlicht over haar werkzaamheden, besluiten en andere activiteiten in het kader van haar toezichts- en handhavingstaken.⁴⁵ De publicatie van het bestreden besluit is in overeenstemming met de vaste gedragslijn van de publicatie van sanctiebesluiten van de Raad, en de Raad ziet in dit geval geen reden om van die vaste gedragslijn af te wijken.
142. Voor zover Greenchoice de Raad verzoekt af te wegen of zij geen onevenredig nadeel lijdt als gevolg van de publiciteit, dient haar belang te worden afgewogen tegen het algemene belang dat met de openbaarmaking van het besluit en het persbericht wordt gediend. Hierbij moet aan het algemeen belang een groot gewicht worden toegekend.
143. Of sprake is van onevenredige benadeling hangt af van een oordeel over de rechtmatigheid van het boetebesluit. Ingevolge artikel 8:81 van de Awb bestaat daarom de mogelijkheid om hangende bezwaar met betrekking tot het boetebesluit een voorlopige voorziening te vragen met als argument dat het boetebesluit in bezwaar of beroep naar verwachting geen stand zal houden. Als voorlopige voorziening kan worden gevraagd dat het boetebesluit niet openbaar wordt gemaakt of op een bepaalde wijze openbaar wordt gemaakt. Nu Greenchoice geen voorlopige voorziening heeft gevraagd voorafgaande aan de publicatie van het bestreden besluit, is de Raad van oordeel dat het belang van het verstrekken van informatie als bedoeld in artikel 8, eerste lid, van de Wet openbaarheid van bestuur, niet dient te wijken ter voorkoming van een eventuele benadeling.⁴⁶
144. Tot slot brengt Greenchoice naar voren dat de negatieve publiciteit een forse sanctie op zich is. Daartegenover is de Raad van oordeel dat de publicatie van het boetebesluit, anders dan Greenchoice stelt, geen punitief karakter heeft.⁴⁷ Het bestreden besluit beoogt niet leed toe te voegen door het openbaar te maken.
145. Hier doet niet aan af dat de boetes aandacht hebben gekregen op televisie, in kranten of op andere mediafora. Uit de twee persberichten – van de NMa van 9 maart 2011 en van de CA van 31 mei 2011 – kan niet de conclusie worden getrokken dat Greenchoice na al beboet te zijn, in de woorden van Greenchoice: "*niks zou hebben geleerd en domweg opnieuw in de fout zou zijn gegaan*". Daarentegen kan uit de persberichten, afzonderlijk en in samenhang

⁴⁵ Stcrt. 2009, nr. 13732.

⁴⁶ Zie in dit verband de uitspraak van de Raad van State van 10 november 2010, LJN: BO3468, r.o. 2.5.

⁴⁷ Zie in dit verband de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 4 mei 2011, LJN: BQ3528, r.o. 2.13.

gelezen, door de lezer worden opgemaakt dat het gaat om dezelfde colportageactiviteiten. De Raad heeft in de persberichten een adequate toelichting verschaft. In de persvoorlichting is de Raad daarmee zorgvuldig omgegaan met de belangen die gemoeid zijn met de voorzienbare publiciteit naar aanleiding van het bestreden besluit. Voor wat betreft de publicitaire gevolgen kan de Raad overigens niet verantwoordelijk worden gehouden voor de wijze waarop persberichten door verschillende media worden weergegeven.

Conclusie

146. Gelet op vorenstaande overwegingen aangaande de door Greenchoice in bezwaar aangevoerde boeteverlagende omstandigheden, is de hoogte van de boete naar het oordeel van de Raad evenredig. Ook de omstandigheden van publiciteit voorafgaand en naar aanleiding van het openbaar maken van het bestreden besluit, geven de Raad geen aanleiding om de opgelegde boete te verlagen.

Conclusies met betrekking tot de bezwaren tegen de boeteomvang

147. Concluderend, blijkt uit voorgaande overwegingen dat de Raad het bestreden besluit ten aanzien van de omvang van de opgelegde boete, voldoende gemotiveerd acht. Ook de evenredigheid is voldoende in acht genomen als af te wegen belang bij het bepalen van de hoogte van de boete. Voorts heeft de Raad geconcludeerd dat de wijze waarop de boetegrondslag is vastgesteld in overeenstemming is met de relevante wettelijke bepalingen, in het bijzonder de Boetebeleidsregels 2009. De argumenten met betrekking tot de verwijtbaarheid van Greenchoice geven geen aanleiding tot heroverweging van de hoogte van de boete. Tot slot oordeelt de Raad dat geen van de door Greenchoice aangevoerde omstandigheden aanleiding geeft tot een nadere boeteverlaging, met uitzondering van het bezwaar dat de Raad het uit eigen beweging beëindigen van de overtreding niet, althans onvoldoende bij zijn beoordeling heeft betrokken. Op dit punt herroept de Raad het bestreden besluit, nu hij van oordeel is dat deze omstandigheid daarin onvoldoende is meegewogen.

VI. Conclusies met betrekking tot de bezwaargronden

148. Uit vorenstaande overwegingen volgt dat de door Greenchoice aangevoerde gronden van bezwaar ongegrond worden verklaard, behalve de klacht dat de Raad niet, althans onvoldoende, het feit dat Greenchoice uit eigen beweging met ingang van 1 september 2010 de overtreding heeft beëindigd, in zijn oordeel heeft betrokken.
149. De Raad herroept het bestreden besluit in die zin dat hij de omstandigheid dat Greenchoice de overtreding van artikel 95m, derde lid, van de E-wet en artikel 52, derde lid, van de Gaswet uit eigen beweging heeft beëindigd, mede in aanmerking neemt als een boeteverlagende

omstandigheid. De Raad acht voor de omstandigheid dat Greenchoice is gestopt met colportageactiviteiten en in het licht van de afbouw van de relatie met Planeta maatregelen heeft genomen, een boeteverlaging van 20% ten opzichte van de basisboete passend.

150. De Raad stelt, uitgaande van de basisboete van EUR 2.329.304,87, onder toepassing van een boeteverlaging van 20% en rekening houdend met halvering van de boete vanwege de samenloop van de overtredingen op basis van de E-wet en de Gaswet, het boetebedrag per overtreding van artikel 95m, derde lid, van de E-wet, respectievelijk artikel 52b, derde lid, van de Gaswet, opnieuw vast op (afgerond) EUR 931.000.

151. Dit vermindert de boete voor ieder der geconstateerde overtredingen met EUR 117.000.

152. Het verzoek om een afschrift van stukken die naar aanleiding van het verzoek van de NMa van 3 augustus 2010 door de CA zijn verstrekt wordt afgewezen nu de relevante stukken zich reeds in het dossier bevinden.

VII. Besluit

153. De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit:

- I. verklaart het bezwaar van Groene Energie Administratie B.V. met betrekking tot het beëindigen van de overtreding als boeteverlagende omstandigheid gegrond, en herroept het besluit van 8 maart 2011 met nummer 103608/53 voor zover het betreft de beoordeling van boeteverlagende omstandigheden en stelt daarbij een boeteverlaging vast van 20% van de basisboete;
- II. legt aan Groene Energie Administratie B.V. een boete op van EUR 931.000 voor overtreding van artikel 95m, derde lid, van de Elektriciteitswet 1998 en van EUR 931.000 voor overtreding van artikel 52b, derde lid, van de Gaswet;
- III. verklaart de overige bezwaren van Groene Energie Administratie B.V. ongegrond;
- IV. wijst het verzoek van Groene Energie Administratie B.V. om een afschrift van stukken die naar aanleiding van het verzoek van 3 augustus 2010 aan de NMa zijn verstrekt, af.

Datum: 2 oktober 2012

De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit,
namens deze,

W.g.
Chris Fonteijn
Voorzitter Raad van Bestuur

Tegen dit besluit kan degene wiens belang daarbij rechtstreeks is betrokken, binnen zes weken na bekendmaking beroep instellen bij de Rechtbank Rotterdam, Sector Bestuursrecht, Postbus 50950, 3007 BL Rotterdam.