



Besluit

Besluit dat geen boete wordt opgelegd

Ons kenmerk : ACM/UIT/560450
Zaaknummer : ACM/20/042580
Datum : 3 september 2021

1. Inleiding

1. Toezichhoudende ambtenaren van de Autoriteit Consument en Markt (hierna: de ACM) hebben onderzoek verricht naar een mogelijke overtreding van het verbod op marktmanipulatie als bedoeld in artikel 5 van Verordening (EU) nr. 1227/2011 van 25 oktober 2011 betreffende de integriteit en transparantie van de groothandelsmarkt voor energie (hierna: REMIT) door onderneming X. Onderneming X zou die overtreding hebben begaan op 16 en 17 juli 2017. De toezichhoudende ambtenaren hebben van hun bevindingen een rapport opgemaakt dat 9 oktober 2020 naar onderneming X is verzonden.
2. De ACM beoordeelt in dit besluit of een overtreding van artikel 5 REMIT is aangetoond waarvoor een boete kan worden opgelegd.

2. Het boeterapport

3. Het rapport beschrijft dat het landelijke gastransportnetwerk op 16 juli 2017 in onbalans raakt mede door een ongeplande uitval van de gasopslag in Grijpkerk. Het systeem wordt long; de druk in het gastransportnetwerk loopt op doordat er per saldo minder gas uit het systeem wordt onttrokken dan ingevoerd.
4. Het voorgaande leidt tot het uitvoeren van een zogenoemde restbalanceringsactie door de beheerder van het landelijk gastransportnetwerk, Gasunie Transport Services B.V. (hierna GTS) om de balans in het systeem te herstellen. In het kader van deze restbalanceringsactie kondigt GTS op het handelsplatform van ICE Endex Markets B.V. (hierna: ICE Endex) aan voornemens te zijn aanzienlijke volumes gas te willen verkopen in de vorm van TTF Next Hour-producten. Bij de handel in TTF Next Hour-producten vindt de levering plaats het eerstvolgende uur nadat de transactie heeft plaatsgevonden tot het uur daarna. Als bijvoorbeeld om 21:21 uur een transactie via het instrument Next Hour plaatsvindt, dan is de leveringsperiode van 22:00 tot 23:00 uur.
5. Voorafgaand aan de eerste balanceringsactie van GTS is de portfolio van onderneming X long; onderneming X voedt zelf meer gas in het systeem in dan zij daaraan onttrekt. Onderneming X heeft ook een flink aandeel in de totale onbalans van het systeem. Niettemin plaatst onderneming X tijdens de eerste balanceringsactie kooporders op ICE Endex voor grote volumes in TTF Next Hour-producten met een brede spreiding van de prijs waartegen zij bereid is te kopen. Deze

kooporders leiden ertoe dat onderneming X aanzienlijke hoeveelheden gas koopt van GTS in de vorm van TTF Next Hour-producten.

6. Onderneming X onttrekt het gekochte gas echter niet binnen hetzelfde uur aan het systeem nadat het aan haar is geleverd. Als gevolg hiervan neemt de onbalans van onderneming X verder toe en vermindert de totale onbalans van het systeem niet. Dit noodzaakt GTS tot het uitvoeren van een tweede balanceringsactie. Omdat onderneming X haar gedrag herhaalt en andere partijen evenmin voldoende gas aan het systeem onttrekken, is ook een derde, vierde en vijfde balanceringsactie van GTS nodig.
7. GTS is tot en met de vierde balanceringsactie genoodzaakt een steeds groter overschot aan gas te koop aan te bieden tegen de beste prijs die daarvoor wordt geboden. Dit voortdurend aanbod van gas in de vorm van TTF Next Hour-producten in de opvolgende balanceringsacties creëert een overaanbod van gas. Verder verwijderd onderneming X bij de derde, vierde en vijfde balanceringsactie enkele (tienden van) seconden voordat GTS overgaat tot transacties haar kooporders met de hoogste prijs. Door het geheel aan gedragingen, daalt de prijs over de balanceringsacties heen. Het rapport stelt dat onderneming X met dit handelsgedrag de prijs voor TTF NextHour producten op een kunstmatig laag niveau heeft gebracht en/of gehouden of heeft gepoogd dat te doen en daarmee de markt voor deze producten manipuleerde. Onderneming X heeft hiervan volgens het rapport kunnen profiteren door gebruik te maken van de Linepack Flexibility Service, waarna zij het gas weer duurder heeft kunnen verkopen op andere markten.

3. Beoordeling

8. In deze paragraaf beoordeelt de ACM of zij de door het rapport gestelde overtreding van het verbod op marktmanipulatie bewezen acht, mede in het licht van de zienswijze die onderneming X op het rapport heeft gegeven. De ACM komt daarbij tot de conclusie dat er onvoldoende bewijs is om een dergelijke overtreding vast te stellen en onderneming X een boete daarvoor op te leggen.
9. Het begrip marktmanipulatie wordt in artikel 2, tweede lid, REMIT op verschillende wijzen gedefinieerd. In deze zaak is de definitie van het begrip manipulatie van belang zoals opgenomen in artikel 2, tweede lid, onder a, sub ii). Op grond van deze definitie, voor zover hier van belang, wordt onder marktmanipulatie verstaan het aangaan van een transactie of het geven van een handelsorder om de prijs van één of meerdere voor de groothandel bestemde energieproducten op een kunstmatig niveau te houden.
10. In lijn met punt 13 van de considerans van REMIT is een prijs kunstmatig als deze niet wordt gerechtvaardigd door de marktwerking van vraag en aanbod. Een prijs is dus kunstmatig als deze niet het gevolg is van een integer proces van vraag en aanbod.¹ Om te bepalen in hoeverre er sprake is van een integer proces neemt de ACM de daadwerkelijke economische en financiële

¹ Rb. Rotterdam (vzr.), 30 april 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:3486, r.o. 7.1 en 8.2; zie ook Rb. Rotterdam, 26 januari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:1060, r.o. 6.6 (eerste aanleg) in samenhang met CBb, 19 maart 2018, ECLI:NL:CBB:2018:53 (bevestiging van de aangevallen uitspraak); Rb. Rotterdam, 26 januari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:1067, r.o. 5 en Rb. Rotterdam, 19 december 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:10239, r.o. 6 en r.o. 2.3. Het CBb heeft deze laatste uitspraak vernietigd vanwege een gebrek op een ander onderdeel en zich op dit punt niet inhoudelijk uitgesproken, zie CBb, 12 mei 2015, ECLI:NL:CBB:2015:150.

omstandigheden van het product in kwestie in ogenschouw.² Ook neemt de ACM in overweging wat van een redelijk handelend marktdeelnemer in de gegeven omstandigheden verwacht mag worden.³

11. Onderneming X heeft naar aanleiding van het rapport een uitvoerige schriftelijke en mondelinge zienswijze naar voren heeft gebracht. In deze zienswijze betoogt onderneming X dat zij de prijs van de TTF Next Hour producten niet op een kunstmatig laag niveau heeft gebracht tijdens de betreffende balanceringsacties. Meer in het bijzonder voert zij daartoe aan dat het balanceringsregime geen verplichting behelst om het gas dat zij in de vorm van TTF Next Hourproducten van GTS kocht, binnen het eerstvolgende uur aan het systeem te onttrekken. Omdat deze verplichting er niet is, kan volgens onderneming X ook niet worden gezegd dat zij van aankoop van deze producten tijdens de balanceringsacties had moeten afzien op de grond dat zij het daarmee verkregen gas niet binnen het eerstvolgende uur aan het systeem zou onttrekken. Onderneming X stelt daarom dat haar handelen een normale marktwerking van vraag en aanbod reflecteert.
12. De ACM overweegt dat zowel het in het rapport beschreven gedrag van onderneming X als het bereikte prijsniveau en het aantal noodzakelijke balanceringsacties uitzonderlijk waren. Ook constateert de ACM dat onderneming X met haar gedrag de prijs tijdens de betreffende handelsmomenten heeft beïnvloed. ICE Endex heeft naar aanleiding van dit gedrag bovendien een melding ingediend van verdacht handelsgedrag.
13. Het gedrag van onderneming X is naar het oordeel van de ACM ook tegengesteld aan het gedrag dat van marktdeelnemers in de gegeven omstandigheden, en meer specifiek binnen de context van het balanceringsregime, mocht worden verwacht. In lijn met het algemene beginsel voor netgebruikers zoals geformuleerd in artikel 4, eerste lid, van Verordening (EU) Nr. 312/2014 van de Commissie van 26 maart 2014 tot vaststelling van een netcode inzake gasbalancing van transmissienetten, mag van een marktdeelnemer immers, gegeven die context, worden verwacht dat hij zich inspant om zijn aandeel in de onbalans die GTS tot balanceringsacties noopt, te verkleinen, om zo de noodzaak tot het nemen van balanceringsacties door GTS tot een minimum te beperken. Het is daarom niet wenselijk dat een marktdeelnemer met een longpositie tijdens balanceringsacties van GTS bij herhaling aanzienlijke volumes gas koopt zonder het gekochte gas daadwerkelijk aan het systeem te onttrekken. Wanneer een marktdeelnemer dit toch doet en GTS, zoals in onderhavig geval, noodzaakt tot het uitvoeren van meerdere balanceringsacties, kan dat naar het oordeel van de ACM, gelet op het prijseffect daarvan, worden aangemerkt als (een verboden) marktmanipulatie. Of daarvan sprake is, beoordeelt de ACM aan de hand van alle omstandigheden van het geval.
14. Gelet op de omstandigheden in dit geval, met inbegrip van de zienswijze van onderneming X, kan de ACM niet met voldoende zekerheid vaststellen dat onderneming X de prijs op een kunstmatig niveau heeft gehouden in de zin van artikel 2, tweede lid, onder a, sub ii) REMIT. Nu het hier gaat om een mogelijk besluit tot het opleggen van een bestraffende sanctie moet deze constatering in het voordeel van onderneming X worden uitgelegd, zodat de ACM geen boete kan opleggen vanwege de overtreding van artikel 5 REMIT.

² Rb. Rotterdam, 25 januari 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BP2288, r.o. 2.11 en Rb. Rotterdam, 23 april 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:2845, r.o. 3.3.

³ Vgl. met CBB, 19 maart 2018, ECLI:NL:CBB:2018:53, r.o. 4.7 en 4.8.

4. Besluit

15. De Autoriteit Consument en Markt legt naar aanleiding van het in randnummer 1 genoemde rapport geen boete op.

Den Haag, 3 september 2021

Autoriteit Consument en Markt,
namens deze:

w.g. drs. M.R. Leijten
bestuurslid

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