

Schriftelijke zienswijze van

GasTerra B.V.

ten aanzien van

het ontwerp-besluit van de Raad van Bestuur van de
Nederlandse Mededingingsautoriteit

inzake

de methode van regulering van
flexibiliteitsdiensten GTS

Amsterdam, 23 september 2011
Mr E.H. Pijnacker Hordijk / Mr M.F. van Wissen
Advocaten

1 Inleiding

- 1.1 Dit document bevat de schriftelijke zienswijze van GasTerra B.V. ("**GasTerra**") naar aanleiding van het ontwerp-besluit tot vaststelling van de methode van regulering voor het aanbieden van flexibiliteitsdiensten door de netbeheerder van het landelijk gastransportnet, als bedoeld in artikel 82, tweede lid van de Gaswet, voor de periode 2012 tot en met 2016 ("**Ontwerp Methodebesluit**"), zoals ter inzage gelegd door de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (de "**Raad**") op 12 augustus 2011.
- 1.2 De Raad heeft belanghebbenden uitgenodigd uiterlijk 23 september 2011 hun schriftelijke bedenkingen bij het Ontwerp Methodebesluit kenbaar te maken. Daarnaast heeft de Raad op 31 augustus 2011 een hoorzitting georganiseerd waar GasTerra mondeling een aantal van haar bezwaren tegen het Ontwerp Methodebesluit naar voren heeft gebracht.
- 1.3 Het Ontwerp Methodebesluit is gebaseerd op artikel 82, tweede lid, juncto artikel 10a, eerste lid, onder d, van de Gaswet. Op grond van dit artikel rust op de landelijk netbeheerder GTS de verplichting aan eenieder die daarom verzoekt flexibiliteitsdiensten aan te bieden voor zover GasTerra een economische machtspositie heeft op de markt voor flexibiliteitsdiensten. Deze verplichting wordt door de Raad tenuitvoergebracht in een zogeheten methodebesluit. Kern van het besluit betreft de beoordeling of GasTerra over een economische machtspositie op de markt voor flexibiliteitsdiensten beschikt. De bewijslast hiervoor rust op de Raad en niet GasTerra.
- 1.4 GasTerra heeft fundamentele bezwaren tegen de wijze waarop de NMa in het Ontwerp Methodebesluit concludeert dat GasTerra over een economische machtspositie op de markt voor flexibiliteitsdiensten beschikt. Deze bezwaren richten zich in belangrijke mate tegen de bevindingen in het rapport dat The Brattle Group ("**Brattle**") in opdracht van de Raad heeft opgesteld en welke bevindingen de Raad in het Ontwerp Methodebesluit geheel tot de zijne maakt. Daarnaast heeft GasTerra ook ernstige bezwaren tegen een aantal andere onderdelen van het Ontwerp Methodebesluit.
- 1.5 De bezwaren van GasTerra laten zich als volgt samenvatten:
- (i) De Raad is niet bevoegd een methodebesluit vast te stellen omdat GasTerra niet (langer) over een economische machtspositie beschikt.
 - (ii) De Raad heeft in het huidige methodebesluit (voor de periode 2009-2011) – op basis van het destijds door Frontier uitgevoerde onderzoek – reeds opgemerkt dat er twijfels waren of GasTerra na 2011 nog over een economische machtspositie zou beschikken. Als de Raad dezelfde

methodes als Frontier had gebruikt, dan was de conclusie nu geweest dat GasTerra niet dominant is.

- (iii) De Raad heeft in plaats daarvan Brattle een nieuw onderzoek laten uitvoeren. In haar rapport concludeert Brattle dat op basis van de zogenoemde capaciteitsaandelen GasTerra inderdaad niet (langer) over een dergelijke machtspositie beschikt:

"The figure shows that GasTerra's market share starts at just above 46%, and the arrival of new sources of flexibility, reduces GasTerra's market share to close to 37%. Therefore we conclude that, based on a simple share of the supply-side of the market, GasTerra is not dominant in any of the years studied."

- (iv) Vervolgens acht Brattle het noodzakelijk om aan de hand van nieuwe onderzoeksmethoden een nadere analyse te maken, op grond waarvan toch kan worden geconcludeerd dat GasTerra over een dominante positie beschikt.

"Based on a more sophisticated analysis, which accounts for both the differences in costs of difference sources of flexibility and the varying demand and supply of flexibility over the year, we conclude that even in 2016, when the market has benefited from new third party sources of flexibility, GasTerra is dominant for about 85% of the time. Similarly, GasTerra has the incentive and ability even in 2016 to withhold capacity and raise prices by more than 10% about 70% of the time."

- (v) Het door Brattle uitgevoerde onderzoek schiet op fundamentele punten te kort. Brattle's onderzoek kan niet als voldoende bewijs dienen voor het bestaan van een economische machtspositie over de genoemde periode 2012-2016. Voor de stelling van de Raad dat GasTerra over de genoemde periode dominant is, kan zij derhalve niet volstaan met een verwijzing naar het rapport van Brattle. De bewijslast rust bovendien niet op GasTerra om het tegendeel aan te tonen. Het enkele feit dat Brattle concludeert dat GasTerra met name in de zomer over een economische machtspositie zou beschikken zou voor de Raad al reden genoeg moeten zijn om kritisch naar het onderzoek te kijken. Immers, als er al een periode is waarin er juist een overschot aan capaciteit in de markt beschikbaar pleegt te zijn, dan is het wel de zomer.
- (vi) In een door Charles River Associates ("**CRA**"), in opdracht van GasTerra, uitgevoerd onderzoek, wordt onomwonden geconcludeerd:

"As a result of the errors described above, Brattle's conclusions that GasTerra will continue to have a dominant position over the next 5 years cannot be relied upon."

- (vii) CRA toont aan dat in de door Brattle gehanteerde economische modellen fundamentele onjuistheden zitten, waardoor de conclusie van Brattle onhoudbaar is.
- (viii) Afgezien daarvan geldt dat de Raad belangrijke factoren buiten zijn beoordeling van GasTerra's marktpositie heeft gelaten, die de positie van GasTerra aanzienlijk beïnvloeden.
- (ix) Allereerst geldt dat, zoals CRA ook in haar rapport opmerkt, de door de Raad gehanteerde marktafbakening onhoudbaar is, nu de afbakening is beperkt tot "de relevante geografische markt Nederland, grenscapaciteit waar het Nederlandse net met buitenlandse netwerken is verbonden en buitenlandse capaciteit die direct gekoppeld is aan het Nederlandse net". De Raad gaat volledig voorbij aan het gegeven dat de Nederlandse markt verweven is met de markten van de omliggende landen en concurrentie voor flexibiliteitsdiensten dus op een in economische zin ruimere markt dan Nederland plaatsvindt. Dit wordt bevestigd in het recente rapport van de NMa en de AFM waarin wordt geconcludeerd dat de prijzen op TTF en NBP in meer dan 90% van de tijd met elkaar correleren.
- (x) Ten tweede vormt het feit dat (de ontwikkeling van) TTF geheel buiten beschouwing wordt gelaten een fundamenteel gebrek aan de beoordeling van GasTerra's positie door de Raad. Door de ontwikkelingen op TTF, maar ook op andere hubs wordt GasTerra beperkt in haar mogelijkheden zich in belangrijke mate onafhankelijk van concurrenten en/of klanten te gedragen. Reeds om die reden kan geen sprake zijn van een economische machtspositie.
- (xi) Ten derde laat het Ontwerp Methodebesluit belangrijke recente marktontwikkelingen buiten beschouwing, waaronder de wijziging van het balanceringsregime en het marktmodel, en de introductie van nieuwe producten door GasTerra (waaronder korte termijn flexibiliteitsproducten en een flexibiliteitsdienst), die bovendien op zodanige wijze worden aangeboden dat GasTerra geen controle heeft over het aanbod en de prijzen. De producten worden immers door een onafhankelijke derde door middel van een veilproces op de markt gebracht.
- (xii) Ten vierde is het Ontwerp Methodebesluit in strijd met de ratio van artikel 10a, eerste lid, onder d Gaswet. Met dit artikel heeft de wetgever

beoogd een goed functionerende flexibiliteitsmarkt te ontwikkelen. Er kan geen twijfel over bestaan dat dit doel reeds is verwezenlijkt en dat het door GTS aan te bieden product niets toevoegt aan de huidige flexibiliteitsproducten op de markt. Dit wordt bevestigd door het feit dat – zoals GTS in haar zienswijze naar voren heeft gebracht – de belangstelling voor het product reeds voor de introductie van het nieuwe marktmodel en het nieuwe productenpakket van GasTerra marginaal was. Ook de Raad heeft in het Ontwerp Methodebesluit aangegeven twijfels te hebben bij de wettelijke taak voor GTS om flexibiliteitsdiensten aan te bieden. Dit is tijdens de hoorzitting nog eens door de voorzitter van de hoorcommissie bevestigd, door op te merken dat de Raad geen andere mogelijkheid op grond van de Gaswet ziet om een methodebesluit te nemen zolang GasTerra over een economische machtspositie beschikt, ongeacht de vraag of het voor de ontwikkeling van de gasmarkt (nog) noodzakelijk is. Naar het oordeel van GasTerra laat dit dilemma zich eenvoudig oplossen: binnen de huidige marktstructuur beschikt GasTerra immers niet, en in ieder geval niet langer, over de mogelijkheid zich onafhankelijk van concurrenten en afnemers te gedragen, en derhalve niet (langer) over een economische machtspositie.

- (xiii) Ten vijfde heeft de Raad zelf de verwachting uitgesproken in de Monitor groothandelsmarkt gas en elektriciteit 2010 dat met de nieuwe producten en diensten van GasTerra de in het verleden "gesignaleerde knelpunten rondom flexibiliteit tot het verleden behoren". Dit zou eveneens voldoende reden voor de Raad moeten zijn om te concluderen dat GasTerra niet langer over een economische machtspositie op deze markt beschikt en in ieder geval geen grondslag bestaat voor een nieuw methodebesluit.
- (xiv) Tenslotte geldt, uiterst subsidiair, dat indien de Raad toch een methodebesluit zou nemen, er geen enkele rechtvaardiging bestaat voor het oprekken van de reguleringsperiode. Gelet op de eigen positie van de Raad in eerdere methodebesluiten in combinatie met het steeds verder afkalvende marktaandeel van GasTerra en de snelle ontwikkelingen op de gasmarkt is het onbegrijpelijk waarom de Raad meent de reguleringsperiode te moeten verlengen tot vijf jaar.

2 Gebreken aan Brattle rapport

- 2.1** De Raad heeft in 2011 een onderzoek laten uitvoeren door Brattle naar de positie van GasTerra op de markt voor flexibiliteitsdiensten. Op basis van het rapport van Brattle van 2 augustus 2011 constateert de Raad in het Ontwerp Methodebesluit dat GasTerra een economische machtspositie heeft op de

markt voor flexibilitiediensten voor de periode 1 januari 2012 tot en met 31 december 2016.

- 2.2** GasTerra heeft op 8 juni 2011 aan de Raad haar zienswijze op het concept rapport van Brattle gestuurd (welke vrijwel gelijk was aan de definitieve versie van het rapport). Daarin heeft GasTerra reeds gewezen op belangrijke gebreken die kleven aan het door Brattle verrichte onderzoek. Deze zienswijze is nader toegelicht tijdens de hoorzitting op 31 augustus 2011.
- 2.3** Met het oog op de onderhavige zienswijze heeft GasTerra economen van CRA gevraagd het rapport van Brattle te bestuderen. De bevindingen van CRA zijn beschreven in haar rapport dat als **Annex 1** is gevoegd bij deze zienswijze. CRA concludeert in haar rapport dat:

"As a result of the errors described above, Brattle's conclusions that GasTerra will continue to have a dominant position over the next 5 years cannot be relied upon."

- 2.4** Hoewel Brattle in haar rapport op verschillende punten suggereert assumpties te gebruiken die in het voordeel van GasTerra werken, blijkt uit het onderzoek van CRA dat Brattle ten eerste een gebrekkige methodiek heeft gehanteerd, en ten tweede op fundamentele punten assumpties heeft gebruikt die niet alleen afwijken van hetgeen gebruikelijk is bij dergelijke economische modellen, maar ook ertoe leiden dat de positie van GasTerra mogelijk aanzienlijk wordt overschat.
- 2.5** Uit het onderzoek van CRA volgt onomstotelijk dat het rapport van Brattle op fundamentele punten gebrekkig is en dan ook niet de conclusie van de Raad kan dragen dat met redelijke zekerheid kan worden gesteld dat GasTerra in de periode van 1 januari 2012 tot en met 31 december 2016 over een economische machtspositie beschikt. Aangezien de Raad het Ontwerp Methodebesluit volledig heeft gebaseerd op de bevindingen van Brattle ontbreekt daarmee de wettelijke voorwaarde die grondslag is voor het besluit en is de Raad onbevoegd het methodebesluit vast te stellen.

3 Onjuiste afbakening relevante geografische markt

- 3.1** Zoals CRA ook in haar rapport opmerkt, is de door de Raad gehanteerde marktafbakening onhoudbaar, nu de afbakening is beperkt tot "de relevante geografische markt Nederland, grenscapaciteit waar het Nederlandse net met buitenlandse netwerken is verbonden en buitenlandse capaciteit die direct gekoppeld is aan het Nederlandse net". De Raad gaat daarmee eraan voorbij dat de Nederlandse markt in sterke mate is verweven met de omliggende landen en de concurrentie voor flexibilitiediensten dus op een ruimere markt dan Nederland plaatsvindt. De gasmarkten in Noordwest Europa zijn de

afgelopen jaren substantieel geïntegreerd. Uit recentelijk onderzoek van Rudolph Harmsen en Catrinus Jepma van de Universiteit van Groningen (zie **Annex 2**) blijkt dat, als gevolg van marktkoppeling en de sterke handel op verschillende hubs, de prijzen in Noord-West Europa steeds meer naar elkaar zijn toegegroeid, en dat er zelfs sprake is van een volledig geïntegreerde Noordwest Europese gasmarkt:

"[I]t appears that the gas hubs in North-West Europe form one integrated market for natural gas. As a result of arbitrage, hub prices never drift too far apart. In other words, the hubs form one large region where demand and supply are related to each other. This means that players are no longer bound to a specific location for selling and buying gas."¹

- 3.2** Uit het recente rapport van de NMa en AFM met de titel "*Beïnvloeden speculanten en hedge funds de prijsvorming op TTF?*" van juni 2011 blijkt dat de prijzen op TTF en NBP in meer dan 90% van de tijd met elkaar correleren. In het rapport wordt in paragraaf 4.1 overwogen:

"AFM en NMa constateren dat de prijsvorming op TTF sterk gecorreleerd is met die op het NBP in het Verenigd Koninkrijk (meer dan 90%). TTF kan daarbij worden gezien als prijsvolger ten opzichte van het NBP, dat veruit de grootste gasmarkt is in Europa. De hoge correlatie tussen de prijsvorming op NBP en TTF en de als gevolg daarvan kleine prijsverschillen tussen deze markten geven een indicatie dat marktpartijen zich goed op TTF kunnen bewegen teneinde te kunnen arbitreren tussen aanwezige prijsverschillen."

- 3.3** Het is dan ook onjuist te veronderstellen dat GasTerra zich onafhankelijk zou kunnen gedragen zonder acht te slaan op de prijsontwikkelingen op andere gasmarkten in Noordwest Europa. Integendeel, GasTerra wordt door deze prijsontwikkelingen juist in belangrijke mate gedisciplineerd.

4 Onterecht buiten beschouwing laten van TTF

- 4.1** Artikel 1 van de Mededingingswet omschrijft een dominante machtspositie als een

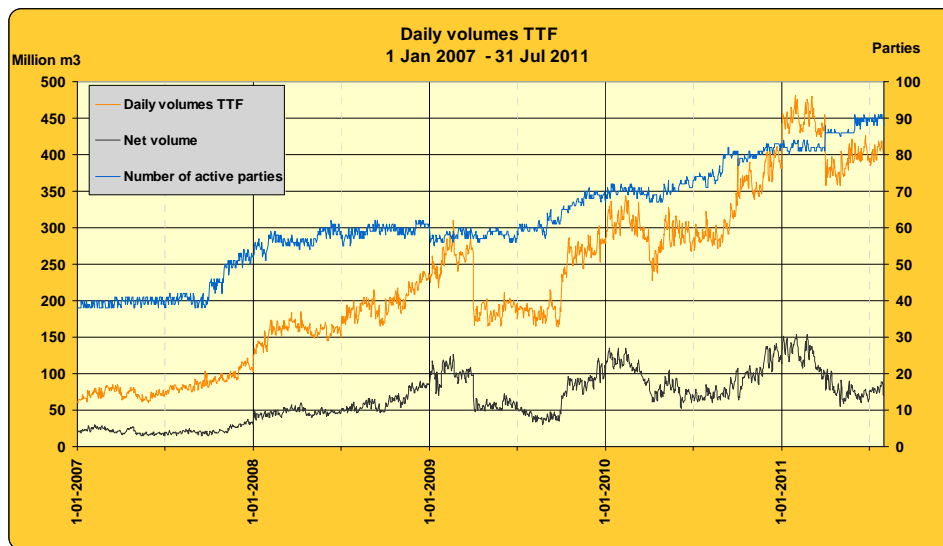
"positie van een of meer ondernemingen die hen in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan te verhinderen door hun de

¹ R. Harmsen en C. Jepma, "North West European Gas Market: Integrated Already", 27 januari 2011, www.europeanenergyreview.eu.

mogelijkheid te geven zich in belangrijke mate onafhankelijk van hun concurrenten, hun leveranciers, hun afnemers of de eindgebruikers te gedragen".

- 4.2** Het is vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie dat voor de beoordeling van de vraag of een onderneming over een economische machtspositie beschikt alle relevante marktomstandigheden dienen te worden meegenomen in de analyse. Daarbij geldt als uitgangspunt dat bij een marktaandeel van 50% wordt verondersteld dat sprake kan zijn van een economische machtspositie.² Deze presumptie van marktmacht wordt ontkracht wanneer overige marktomstandigheden verhinderen dat de onderneming in kwestie zich in belangrijke mate onafhankelijk van concurrenten, leveranciers, afnemers of consumenten kan gedragen.
- 4.3** Zoals hiervoor reeds is opgemerkt heeft Brattle in het rapport geconstateerd dat GasTerra's capaciteitsaandeel onder de 50% ligt en gedurende de reguleringsperiode verder zal dalen tot ver onder 40%. Vervolgens wordt niettemin veel aandacht geschonken aan verschillende – veelal gebrekkige – economische modellen op grond waarvan volgens de Raad met redelijke zekerheid geconcludeerd kan worden dat GasTerra in de periode 2012 tot en met 2016 over een economische machtspositie zal beschikken. Afgezien van de gebreken in de gehanteerde modellen, heeft Brattle noch de Raad onderzocht of er marktomstandigheden aanwezig zijn op grond waarvan GasTerra beperkt wordt in haar mogelijkheden om zich in belangrijke mate onafhankelijk van haar concurrenten en/of klanten te gedragen.
- 4.4** In dit verband is het opmerkelijk dat de Raad zich in het Ontwerp Methodebesluit op geen enkele wijze rekenschap geeft van de enorme vlucht die handelsplaatsen als TTF en NBP de afgelopen jaren hebben genomen. Dit terwijl een aanzienlijk deel van de handel in flexibiliteit op deze handelsplaatsen plaatsvindt. Sinds 1 april 2011 geldt zelfs op grond van het nieuwe marktmodel dat levering van gas op TTF de hoofdregel is (zie hierna paragraaf 5).
- 4.5** In de grafiek hieronder wordt een overzicht gegeven van de ontwikkeling van de handel van gas op TTF in de periode 1 januari 2007 tot en met 31 juli 2011 (bron: GTS).

² HvJ zaak 62/86, AKZO, Jurisprudentie 1991, blz. 3359.



- 4.6 In het Ontwerp Methodebesluit wordt op geen enkele wijze gerefereerd aan het bestaan van TTF en/of andere handelsplaatsen. Ook Brattle heeft de rol van TTF op de flexibiliteitsmarkt in haar onderzoek buiten beschouwing gelaten. In het rapport wordt uitdrukkelijk overwogen dat TTF niet als een extra bron van fysieke flexibiliteit kan worden beschouwd. Hoewel dit voor de berekening van de beschikbare *fysieke* capaciteit allicht een juiste benadering kan zijn, gaat Brattle daarmee wel eraan voorbij dat TTF in de praktijk van de gasmarkt juist een zeer belangrijke bron van flexibiliteit is en daarmee een disciplinerende werking heeft op de gedragingen van marktpartijen, waaronder GasTerra.
- 4.7 De NMa heeft zelf telkens erop gewezen dat TTF een belangrijke factor is voor de ontwikkeling van de Nederlandse gasmarkt. Al in het advies "Versnelling van de ontwikkeling van TTF en de groothandelsmarkt voor gas" uit 2007 werd door de NMa gewezen op het belang van een snelle ontwikkeling van TTF:

"In dit proces worden contracten opgeknipt, samengevoegd, en meerdere malen doorverkocht, en vindt arbitrage tussen marktplaatsen plaats. Dit moet ertoe leiden dat fysieke middelen (gasopslagen, gaswinning, import, maar ook bijvoorbeeld gasgestookte elektriciteitscentrales en vraag van grootafnemers) optimaal worden ingezet. Op deze manier heeft TTF als handelspunt, waar het verhandelde volume het fysiek geleverde volume ruim overstijgt, een belangrijke functie."

4.8 De handel op TTF leidt niet alleen ertoe dat het fysieke aanbod meer efficiënt onder marktpartijen wordt verhandeld in een uitgebreid pakket aan producten (zoals within-day-, day-ahead-, week-, maand- en jaarproducten), maar vergroot ook de (prijs)transparantie. De handel op TTF kan dan ook niet buiten beschouwing worden gelaten bij de beoordeling van de vraag of GasTerra zich in belangrijke mate onafhankelijk van haar concurrenten en/of klanten kan gedragen. Immers, wanneer GasTerra niet de mogelijkheid en/of de *incentive* heeft om zich onafhankelijk te gedragen als gevolg van de disciplinerende werking van de handel op TTF, kan niet worden geconcludeerd dat sprake is van een economische machtspositie.

5 Belangrijke recente marktontwikkelingen die door de Raad zijn genegeerd

5.1 Bij het voorgaande dient te worden bedacht dat de afgelopen zes maanden zich belangrijke ontwikkelingen hebben voorgedaan die door de Raad volledig worden genegeerd:

- (i) introductie per 1 april 2011 van een nieuw balanceringsregime en een nieuw marktmodel op grond waarvan in beginsel alle handel in gas op TTF plaatsvindt (behoudens specifieke uitzonderingsgronden);
- (ii) introductie per 1 april 2011 door GasTerra van een aantal nieuwe TTF-producten;
- (iii) introductie per 1 april 2011 door GasTerra van een flexibiliteitsdienst die door een onafhankelijke derde partij wordt verhandeld.

5.2 Deze nieuwe ontwikkelingen hebben stuk voor stuk een aanzienlijke impact op de markt voor flexibiliteitsdiensten, in het bijzonder ten aanzien van korte termijn flexibiliteit.

5.3 In het nieuwe balanceringsregime hoeft het individuele portfolio van een programmaverantwoordelijke niet langer in balans te zijn, zolang het gehele systeem van GTS in balans is. Alle programmaverantwoordelijken kunnen bijdragen aan het balanceren van het GTS gasnetwerk. Zo kan een programmaverantwoordelijke aan zijn behoefte aan (kortlopende) flexibiliteit voldoen door te putten uit de 'groene zone' in het systeem van GTS. Een programmaverantwoordelijke kan zijn onbalans ook laten voortduren (in theorie zelfs eindeloos) tot het moment dat GTS de 'biedladder' (aangeboden balanceringsmiddelen) inroept om te grote tekorten dan wel overschotten in het systeem weg te werken. Zo disciplineert het prijsniveau op de biedladder in sterke mate de prijs die een partij voor kortlopende flexibiliteit kan vragen, waardoor ook GasTerra haar prijs voor flexibiliteitsdiensten niet onafhankelijk kan bepalen.

- 5.4** In het nieuwe marktmodel is geregeld dat gas in beginsel op TTF wordt verhandeld (behoudens specifieke uitzonderingsgronden) . Dit geeft een extra *boost* aan de zich toch al sterk ontwikkelende handel op TTF. Al in 2010 werd circa 319 miljard m3 gas op TTF verhandeld (Trayport), een veelvoud van het circa 50 miljard m3 grote totale verbruik van aardgas in Nederland. Aangenomen moet worden dat door de introductie van het nieuwe marktmodel dit volume de komende tijd nog aanzienlijk zal stijgen.
- 5.5** GasTerra heeft met de introductie van het nieuwe marktmodel ook een pakket van nieuwe producten op de markt gebracht, dat in samenspraak met de Raad tot stand is gekomen.³ Dit pakket bestaat enerzijds uit een aantal nieuwe TTF-producten en anderzijds een flexibiliteitsdienst.
- 5.6** De nieuwe TTF-producten zien specifiek op de korte termijnhandel en maken in feite het GTS product overbodig (voor zover dit niet al het geval was). Het gaat om zogeheten within-day balanceringsproducten en day-ahead profielproducten. Bij de eerste is het mogelijk om op de leveringsdag voor één of meerdere uren gas bij te kopen of te verkopen. Bij de tweede soort is het mogelijk om op de voorafgaande dag voor één of meerdere uren gas bij te kopen of te verkopen voor levering de volgende dag.
- 5.7** De nieuwe flexibiliteitsdienst biedt marktpartijen daarnaast de mogelijkheid om zelf een strategie te ontwikkelen bij het in- en verkopen van gas en seizoensschommelingen op te vangen. Deze dienst wordt door een derde partij, op dit moment APX-ENDEX, aangeboden en heeft volgens Brattle een omvang van circa 6% van de flexibiliteitsmarkt.
- 5.8** Het pakket vormt een aanzienlijke uitbreiding van het productenaanbod op TTF en biedt marktpartijen nog meer en beter afgestemde mogelijkheden om in hun flexibiliteitsbehoeften te voorzien. Het pakket is zo vormgegeven dat eerder door de NMa geconstateerde knelpunten op de flexibiliteitsmarkt tot het verleden zouden moeten gaan behoren. Dit is ook door de NMa onderstreept in de Monitor groothandelsmarkten gas en elektriciteit 2010:

"De NMa verwacht dat met de nieuwe producten en diensten van Gasterra de in de monitor gesignaleerde knelpunten rondom flexibiliteit tot het verleden behoren. Dit zal de marktwerking op de groothandelsmarkt gas duidelijk verbeteren."

³ Zie Energiekamer Nederlandse Mededingingsautoriteit, 'Monitor Groothandelsmarkten Gas en Elektriciteit 2010', februari 2011, http://www.nma.nl/images/Monitor_groothandelsmarkten_201022-156535.pdf, p. 3.

- 5.9 Ook in een persbericht van 2 maart 2011 laat de NMa zich duidelijk uit over de verwachtingen die zij over de ontwikkelingen op de gasmarkt heeft. Hierin wordt zelfs gerefereerd aan een verwachte "kentering" op de gasmarkt:

"Kentering verwacht op gasmarkt

Marktwerking op de Nederlandse groothandelsmarkt gas is tot nu toe beperkt van de grond gekomen. De gasmarkt wordt met name gehinderd door een beperkte toegang tot flexibiliteit. De Keijzer: 'Door wijzigingen in de Gaswet voorziet de NMa dit jaar een omslag. Per 1 april voert GTS een nieuw marktmodel en een nieuw balanceringsregime in. We verwachten veel van de impuls die hiervan uitgaat naar de marktwerking in de gasmarkt, vooral ook omdat Gasterra tegelijkertijd met nieuwe producten en diensten op de markt komt'. Vanaf 1 april gaat Gasterra producten en diensten aanbieden waarmee fluctuaties in de gasvraag, zowel op korte termijn als voor de seizoenen, zijn op te vangen. Met deze veranderingen krijgen energieleveranciers op de consumentenmarkt meer mogelijkheden om gas in te kopen. Hier profiteert ook de consument van."

- 5.10 Dat de Raad niettemin in het Ontwerp Methodebesluit stelt dat GasTerra tot en met in elk geval 31 december 2016 over een economische machtspositie beschikt en dat om die reden GTS wordt verplicht flexibilitiediensten aan te bieden valt hier niet mee te rijmen. In de eerste plaats moet worden aangenomen dat wanneer de Raad ervan overtuigd is dat de eerder geconstateerde knelpunten op de groothandelsmarkt als gevolg van de recente marktontwikkelingen worden weggenomen, dit een belangrijke indicatie vormt dat GasTerra niet langer over een economische machtspositie beschikt. Daarnaast is het moeilijk voorstelbaar dat GTS wordt verplicht een product op de markt te zetten, waarvan de Raad reeds heeft vastgesteld dat daarin al op andere wijze wordt voorzien (en waarbij de Raad ook overigens nauw betrokken is geweest).
- 5.11 Bij het voorgaande dient tevens in aanmerking te worden genomen dat de te verwachten gevolgen van de recente marktontwikkelingen zich waarschijnlijk in nog sterkere mate in de winter 2011/2012 zullen manifesteren nu marktpartijen gewend zijn op langere termijn hun gasportfolio samen te stellen en in 2011 dus nog niet volledig met het nieuwe marktmodel resp. het nieuwe productenaanbod rekening hebben kunnen houden. In het Ontwerp Methodebesluit en het rapport van Brattle is dit alles ten onrechte buiten beschouwing gelaten.

6 Ratio achter artikel 10 a, eerste lid, sub d Gaswet

- 6.1** Zoals hiervoor reeds is opgemerkt, is het moeilijk voorstelbaar dat GTS wordt verplicht een product aan te bieden, waarin de markt reeds voorziet. Dit is ook in strijd met de ratio van artikel 10 a, eerste lid, sub d van de Gaswet.
- 6.2** Op grond van artikel 10c lid 1 van de Gaswet is het GTS – omwille van haar rol als onafhankelijk netbeheerder- uitdrukkelijk verboden producten of diensten aan te bieden waarmee zij in concurrentie treedt, zoals bijvoorbeeld een flexdienst. Artikel 10a, eerste lid, sub d, juncto artikel 82 van de Gaswet vormt hierop een tijdelijk bedoelde uitzondering. Het product dat GTS hier – in concurrentie – mag verhandelen is een tijdelijk instrument ter voorkoming van een specifiek marktfalen, namelijk de gebrekkige beschikbaarheid van flexibiliteit op de gasmarkt buiten GasTerra om. De regulering van flexibiliteitsdiensten aangeboden door GTS is geen doel op zich, maar zou in de overgang van marktliberalisering een impuls moeten vormen voor de concurrentie in, en daardoor de ontwikkeling van, de gasmarkt. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat artikel 10a, eerste lid, sub d werd geïntroduceerd op grond van de ratio dat:

"zonder de totstandkoming van een flexibiliteitsmarkt, te faciliteren door een systeembeheerder, er van de liberalisering van de gasmarkt geen voordelen en mogelijk zelfs aanzienlijke prijsstijgingen voor kleinverbruikers zijn te verwachten. Teneinde het functioneren van de gasmarkt te bevorderen en daarmee de positie van kleinverbruikers op een geliberaliseerde gasmarkt te versterken wordt de netbeheerder van het landelijk gastransportnet (GTS) verplicht flexibiliteitsdiensten (tolerantiedienst, uur-, dag- en weekflexibiliteit) aan te bieden. De prijsstelling van deze flexibiliteitsdiensten moet bijdragen aan een krachtige ontwikkeling van de gasmarkt." (Amendement van de leden Hessels en Crone, Tweede Kamer, vergaderjaar 2003-2004, 29 372, nr. 31)

- 6.3** In het overleg met de Tweede Kamer heeft de Minister zich telkens gekant tegen opnemng van dit amendement in de Gaswet. De Minister uitte voornamelijk bedenkingen bij het nut van het verplicht aanbieden van flexibiliteitsdiensten door de gasnetbeheerder:

"Ik zei al dat het gaat om een sterke markt. Die wordt al bevorderd door [de gasbeurzen]. [...] Al in een eerdere fase hebben wij in een discussie met de Kamer aangegeven waarom wij afwijzend staan tegenover het verplicht aanbieden van flexibiliteitsdiensten door de landelijke netbeheerder gas. Het merkwaardige is dat er in zekere zin een monopoliefunctie wordt bevorderd tegenover het marktdenken,

terwijl het er nu juist om gaat de markt te bevorderen. (...)
Uitgangspunt is dat er op Europese schaal een flexibiliteitsmarkt ontstaat. Dat is ook de opvatting van de DTe. In het advies "TSO in Nederland" heeft de directeur DTe er juist voor gepleit dat het voor een succesvolle voltooiing van de liberalisering noodzakelijk is dat marktwerking ten aanzien van de flexibiliteitsmarkt wordt gestimuleerd. Ik ben het helemaal eens met de heer Zijl en ik heb mijn beleid daarop afgestemd." (Verslag van een wetgevingsoverleg, TK, vergaderjaar 2003-2004, 29372, nr. 52, p. 24)

- 6.4** De Minister toonde dus twijfel over de vraag of het beoogde doel van artikel 10a, eerste lid, sub d van de Gaswet, te weten het bevorderen van de concurrentie op de gasmarkt, kan worden nagestreefd door het in datzelfde artikel opgenomen instrument, namelijk het verplicht aanbieden van flexibiliteitsdiensten door de gasnetbeheerder. Daarbij wees de Minister ook expliciet op het feit dat gasbeurzen deze rol kunnen vervullen.
- 6.5** Deze destijds bestaande twijfel rijst *a fortiori* onder de huidige marktomstandigheden. De sterke – en nog altijd groeiende – handel op de TTF garandeert aanzienlijke concurrentie op de markt voor flexibiliteitsdiensten en heeft een disciplinerende werking op het handelen van marktpartijen, waaronder GasTerra. Aanvullende flexibiliteitsdiensten van GTS zijn daardoor overbodig geworden.
- 6.6** Dit wordt nogmaals bevestigd door het feit dat de belangstelling voor het product reeds voor de introductie van het nieuwe marktmodel en het nieuwe productenpakket van GasTerra marginaal was. GTS heeft hier expliciet op gewezen in haar zienswijze op het Brattle rapport:
- “De dienst wordt gebruikt door ca. 10% van de marktpartijen en bedraagt in capaciteit ca. 1-2 % van de markt.”
- 6.7** Deze marktpartijen kunnen hun behoefte aan kortlopende flexibiliteit inmiddels ruimschoots voorzien door middel van de reguliere handel op TTF, de within-dayhandel en het gebruik van de systeembalans en de biedladder van GTS. Zij zijn daarvoor niet afhankelijk van een door GTS aangeboden flexibiliteitsdienst. Ook de Raad lijkt zich hiervan bewust. In het Ontwerp Methodebesluit twijfelt de Raad expliciet over de effectiviteit van gereguleerde flexibiliteitsdiensten:
- “De Raad heeft zich namelijk de vraag gesteld gelet op de vele ontwikkelingen op de Nederlandse en Noordwesteuropese gasmarkt, de in de Gaswet opgenomen wettelijke taak voor GTS om flexibiliteitsdiensten aan te bieden (nog) wel de meest efficiënte methode is om marktpartijen van alternatieve flexibiliteit te voorzien.” (para. 15)

- 6.8** Deze opmerking is des te opmerkelijker nu GTS er in haar zienswijze op het Brattle rapport ook op heeft gewezen dat voorzetting van de dienst tot aanzienlijke inefficiënties leidt: "Door de geringe omzet van het verkochte volume drukken de verkoopkosten die GTS maakt relatief zwaar op de flexibilitiedienst. Met het overlaten van de flexibilitiediensten aan marktpartijen kunnen dergelijke kosten vermeden worden."
- 6.9** Op grond van het voorgaande dient dan ook te worden geconcludeerd dat het Ontwerp Methodebesluit indruist tegen het oorspronkelijke doel van artikel 10a, eerste lid, onder d Gaswet, namelijk het ontwikkelen van een goed functionerende flexibilitiedienst. Dit doel is al bereikt, met name dankzij de succesvolle ontwikkeling van de TTF tot een effectieve gasbeurs. De verstoring van de marktwerking door het opleggen van wederom een verplichting aan GTS om flexibilitiediensten tegen gereguleerde prijzen aan te bieden om het enkele feit dat GasTerra over een vermeende economische machtspositie zou beschikken, zonder oog te hebben voor de relevante marktomstandigheden, staat haaks op de ratio achter genoemde bepaling. De Raad gaat er ten onrechte aan voorbij dat regulering van de flexibilitiedienst (ook volgens de wetgever) geen doel op zich is. Ook om die reden dient de Raad af te zien van het nemen van een nieuw methodebesluit.

7 Duur reguleringsperiode

- 7.1** Ook overigens (en uiterst subsidiair) geldt dat wanneer de Raad toch een methodebesluit zou nemen, er geen enkele rechtvaardiging bestaat voor het oprekken van de reguleringsperiode. Artikel 82, tweede lid, van de Gaswet biedt de Raad de mogelijkheid een reguleringsperiode van ten minste drie jaar, en ten hoogste vijf jaar vast te stellen. In eerdere methodebesluiten heeft de Raad telkens een reguleringsperiode vastgesteld van drie jaar. In het Ontwerp Methodebesluit is niettemin gekozen voor een reguleringsperiode van vijf jaar. Voor deze ommezwaai zijn geen redenen aangedragen.
- 7.2** Gelet op de eigen positie van de Raad in eerdere methodebesluiten in combinatie met het steeds verder afkalvende marktaandeel van GasTerra is het onbegrijpelijk waarom de Raad meent de reguleringsperiode te moeten verlengen ten opzichte van eerdere reguleringsperiodes.

8 Conclusie

- 8.1** Op basis van het voorgaande dient te worden geconcludeerd dat de Raad onbevoegd is een methodebesluit te nemen.
- 8.2** De Raad heeft niet aannemelijk gemaakt dat GasTerra over een economische machtspositie op de markt voor flexibilitiediensten beschikt in de periode 2012-2016. Het door Brattle uitgevoerde onderzoek schiet op fundamentele

punten te kort. Aangezien de Raad het Ontwerp Methodebesluit volledig op Brattle's onderzoek heeft gebaseerd, wordt niet voldaan aan de op de Raad rustende motiveringsplicht. Daarmee is reeds de grondslag aan het besluit komen te ontvallen.

- 8.3** Daarnaast heeft de Raad belangrijke factoren buiten beschouwing gelaten die voor de beoordeling van GasTerra's marktpositie van doorslaggevende betekenis zijn. Het gaat daarbij vooral om de ontwikkeling van handelsplaatsen zoals TTF en NBP die volledig bij de beoordeling buiten beschouwing zijn gelaten. Hetzelfde geldt voor recente wijzigingen van het marktmodel en het nieuwe productenpakket van GasTerra.
- 8.4** Zoals de Raad ook heeft geconstateerd naar aanleiding van het nieuwe productenpakket van GasTerra, dat in samenspraak met de Raad tot stand is gekomen, behoren de knelpunten op de flexibiliteitsmarkt tot het verleden. Het Ontwerp Methodebesluit is dan ook strijdig met artikel 10a, eerste lid, onder d Gaswet dat uitsluitend beoogd te voorzien in een marktfalen dat klaarblijkelijk – ook in de visie van de Raad – is opgelost. Dat de Raad niets anders zou kunnen dan een nieuw methodebesluit te nemen is onjuist: nu GasTerra niet (langer) in staat is zich onafhankelijk van concurrenten en afnemers te gedragen, en dus niet (langer) over een economische machtspositie beschikt, is er geen grondslag voor een nieuw methodebesluit.