

Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

Nummer 4296_1/214

Betreft zaak: GasTerra

Besluit op de bezwaren van GasTerra B.V. en N.V. Nederlandse Gasunie tegen het besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit ex artikel 62 van de Mededingingswet van 5 januari 2011, met kenmerk 4296_1/174, zoals gewijzigd bij besluit van 21 januari 2011, met kenmerk 4296_1/197.

1. SAMENVATTING

1. Bij besluit van 5 januari 2011 (het bestreden besluit), heeft de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (de Raad) een overtreding van artikel 24 van de Mededingingswet (Mw) en artikel 82 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (EG), thans artikel 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU), vastgesteld, begaan door GasTerra.¹ Op grond daarvan heeft de Raad aan GasTerra een last onder dwangsom opgelegd [...]. Daarmee beoogde de Raad de belemmering voor de ontwikkeling van de mededinging op de Nederlandse groothandelsmarkt voor gas weg te nemen. Daarnaast heeft de Raad voor diezelfde overtreding aan Gasunie en aan GasTerra, evenredig aan de opeenvolgende periodes waarin zij voor de overtreding aansprakelijk waren, een bestuurlijke boete opgelegd in overeenstemming met de geldende beleidsregels, zoals vervat in de NMa Boetecode 2007. [...]

¹ Met GasTerra wordt de economische eenheid aangeduid die onder de naam Gasunie Trade & Supply tot 1 juli 2005 zonder eigen rechtspersoonlijkheid opereerde onder eindverantwoordelijkheid van N.V. Nederlandse Gasunie en die nadien haar activiteiten ongewijzigd voortzette onder verantwoordelijkheid van Gasunie Trade & Supply B.V. Die naam is per 1 september 2006 omgezet in GasTerra B.V. (zie randnummers 30 tot en met 37 van het bestreden besluit). In het vervolg van het onderhavige besluit zal ter wille van de leesbaarheid de naam "GasTerra" worden gebruikt voor zowel de onderneming als de rechtspersoon (bijvoorbeeld: "het bezwaar van GasTerra"), behalve waar dit aanleiding kan geven tot verwarring. Voor N.V. Nederlandse Gasunie zal de naam "Gasunie" worden gebruikt.

2. Mede op grond van de door GasTerra en Gasunie ingediende bezwaren concludeert de Raad in het onderhavige besluit dat de desbetreffende overtreding niet is komen vast te staan. De Raad herroept derhalve het bestreden besluit.
3. De Raad heeft bij zijn heroverweging acht geslagen op de ontwikkelingen op de Nederlandse groothandelsmarkt voor gas, die mede verband houden met de introductie door GasTerra van een pakket nieuwe producten en herziene voorwaarden in de eerste helft van 2011. De bedoelde aanpassingen in GasTerra's beleid beschrijft de Raad in [paragraaf 3](#).
4. De in het geding zijnde gedragingen van de onderneming GasTerra vonden volgens het bestreden besluit plaats in de periode van 1 juli 2004 tot 1 juli 2009. Op de laatstgenoemde datum liepen de gedragingen nog door, maar werd het onderzoek van de NMa afgerond. Volgens het bestreden besluit heeft GasTerra – kort gezegd – op de groothandelsmarkt voor gasproducten en bijbehorende diensten misbruik gemaakt van haar economische machtspositie, door te weigeren met distributiebedrijven te onderhandelen over contractsvormen en voorwaarden die het hen mogelijk zouden maken gas van GasTerra, bestemd voor kleinverbruikers, af te nemen op de handelsplaats TTF, in plaats van op de regionale gasontvangststations (GOSsen). Daarmee werden die distributiebedrijven belemmerd in hun mogelijkheden om bij inkoop zelf een portfolio samen te stellen uit verschillend geprofileerde gasproducten en daarbij ook andere bronnen te benutten dan die waarover GasTerra beschikt. In het bijzonder gaat het daarbij om de beschikking over flexibiliteit die het mogelijk maakt te voorzien in de fluctuerende behoefte van eindverbruikers, met name de kleinverbruikers. Voor een korte, maar meer nauwkeurige weergave van de inhoud van het bestreden besluit verwijst de Raad naar [paragraaf 4](#).
5. GasTerra heeft tegen het bestreden besluit een reeks van bezwaargronden aangevoerd die de Raad eveneens in [paragraaf 4](#) zal weergeven. De Raad volgt GasTerra niet in haar betoog dat zij (vanaf medio 2008) geen machtspositie meer zou hebben. Het hebben van een machtspositie levert op zichzelf echter geen overtreding van artikel 24 Mw en artikel 102 VWEU (voorheen artikel 82 EG) op. De bezwaren waaraan de Raad in het onderhavige besluit tegemoet komt, betreffen het gestelde misbruik: GasTerra acht de gestelde leveringsweigering niet bewezen en de daaruit voortvloeiende afscherming van de markt niet aangetoond. De overige bezwaren van GasTerra, die onder meer betrekking hebben op de procedure, de last onder dwangsom, de duur van de overtreding, de strafwaardigheid en de boete laat de Raad gelet op zijn eindoordeel (grotendeels) onbesproken.
6. Bij de beoordeling van de bezwaren, in [paragraaf 5](#), stelt de Raad voorop dat zijn optreden er niet op gericht is om voor de distributiebedrijven gunstiger voorwaarden af te dwingen voor levering van gas (volume en flexibiliteit) door GasTerra, maar om het hen mogelijk te maken gas te betrekken uit alternatieve bronnen waarvan GasTerra concurrentiedruk ondervindt.

Met andere woorden: de Raad wil niet de uitkomst van de onderhandelingen voorschrijven, maar de markt laten werken. Voor zover gedragingen van GasTerra de toegang tot andere bronnen zou belemmeren, kan dit misbruik in de zin van artikel 24 Mw en artikel 102 VWEU (voorheen artikel 82 EG), opleveren. De bezwaren van GasTerra geven aanleiding tot twijfel of geïnteresseerde distributiebedrijven er door gedragingen van GasTerra van werden weerhouden nieuwe voorzieningsbronnen te benutten. Andere factoren speelden daarbij een rol. Zo heeft het de nodige tijd geduurd voordat alternatieve bronnen na de liberalisering beschikbaar zijn gekomen. Daarnaast kunnen er praktische en juridische obstakels hebben bestaan voor het tot stand komen van contracten met aflevering op TTF. In dat licht heeft de Raad het bewijsmateriaal voor de leveringsweigering als aangeduid in het bestreden besluit aan een nadere analyse onderworpen, samen met de informatie die door GasTerra in bezwaar is aangedragen. Op basis daarvan komt de Raad tot het oordeel dat niet met voldoende zekerheid kan worden vastgesteld dat GasTerra in de periode 1 juli 2004 tot 1 juli 2009 misbruik heeft gemaakt van haar economische machtspositie.

7. Het feit dat de Raad geen overtreding vaststelt, heeft tot gevolg dat de Raad geen last onder dwangsom en geen boete oplegt. Wat de eerder in het bestreden besluit opgedragen last aangaat, merkt de Raad op dat GasTerra hieraan met de boven genoemde aanpassingen in haar beleid, in de eerste helft van 2011, in materiële zin geheel is tegemoetgekomen. De Raad hecht grote waarde aan het doorzetten van de ontwikkeling van de concurrentie die hiermee in gang is gezet, waarvan naar verwachting de eindverbruiker (mede) de vruchten zal plukken. De Raad is van oordeel dat met de wijziging van de Gaswet en de invoering van het nieuwe balanceringsregime en marktmodel per 1 april 2011 niets meer in de weg zou moeten staan aan een geslaagde omslag van GOS-levering naar TTF.

2. PROCEDURE

8. Op 16 december 2004 is de NMa een onderzoek aangevangen naar gedragingen van GasTerra. Het onderzoek had in het bijzonder betrekking op het nagenoeg uitsluitend afleveren van een volledig geprofileerd gasproduct achter de GOSsen (in twee contractsvormen). Voor de omschrijving van doel en inhoud van het onderzoek verwijst de Raad naar het bestreden besluit (randnummer 10 tot en met 13).
9. In opdracht van de Raad heeft de directeur van de Directie Mededinging van de NMa op 1 juli 2009 een rapport als bedoeld in artikel 59, eerste lid, Mw (hierna: het rapport) opgemaakt dat is toegezonden aan GasTerra en Gasunie. De behandeling van deze zaak is na het opmaken van het rapport overgedragen aan de Juridische Dienst van de NMa.

10. Op 9 oktober 2009 zijn de op de zaak betrekking hebbende stukken aan GasTerra en Gasunie toegezonden, waarmee de NMa heeft voldaan aan de verplichting tot inzage in het dossier.
11. Op 18 november 2009 heeft GasTerra een schriftelijke zienswijze ingediend en op 1 december 2009 heeft zij haar zienswijze ten kantore van de NMa mondeling toegelicht. Van deze hoorzitting is een verslag gemaakt en aan GasTerra toegezonden. Op 29 januari 2010 heeft zij een schriftelijke aanvullende zienswijze ingediend.
12. Gasunie heeft op 18 november 2009 verklaard zich geheel aan te sluiten bij de zienswijze van GasTerra en zelf geen afzonderlijke zienswijze te willen indienen.
13. Op verzoek van de Raad hebben Gasunie en GasTerra de Raad op 27 augustus 2010 omzetgegevens verstrekt over de over de periode 2004 – medio 2010.
14. Op 5 januari 2011 heeft de Raad een besluit genomen als bedoeld in artikel 62 Mw (zoals deze bepaling luidde ten tijde hier van belang) en aan GasTerra en Gasunie bekend gemaakt. De Raad stelt daarin vast dat de onderneming GasTerra artikel 24 Mw en artikel 102 VWEU (voorheen artikel 82 EG), heeft overtreden in de periode van 1 juli 2004 tot 1 juli 2009, de datum van ondertekening van het rapport. Voor zover deze zich afspeelde in de periode tussen 1 juli 2004 en 1 juli 2005 rekende de Raad de overtreding toe aan Gasunie. Voor zover de overtreding zich afspeelde na 1 juli 2005 rekende de Raad deze toe aan GasTerra B.V.
15. De Raad legde aan Gasunie een boete op van EUR [...]. Ten aanzien van Gasunie is het dictum van het besluit van 5 januari 2011 gerectificeerd bij besluit van 21 januari 2011.
16. De Raad legde aan GasTerra een boete op van EUR [...]. Tevens legde de Raad GasTerra een last onder dwangsom op, voor de volledige inhoud waarvan de Raad verwijst naar het bestreden besluit.
17. Op 17 januari 2011 heeft GasTerra een bezwaarschrift ingediend tegen het besluit van 5 januari 2011, waarin de gronden van het bezwaar reeds waren opgenomen. Gasunie heeft op dezelfde datum eveneens een bezwaarschrift ingediend, op identieke gronden als GasTerra, met uitzondering van de gronden die betrekking hebben op de uitsluitend aan GasTerra opgelegde last onder dwangsom.
18. Nadat GasTerra op 12 januari 2011 de Raad al kenbaar had gemaakt dat zij ernstige bezwaren had tegen openbaarmaking van het besluit door terinzagelegging en publicatie in de Staatscourant als voorzien in artikel 65 Mw, heeft GasTerra bij brief van 17 januari 2011

toegelicht waarom publicatie, in welke vorm ook, in dit stadium de belangen van GasTerra onevenredige schade zou toebrengen, terwijl daar geen zwaar(der)wegend publiek belang bij openbaarmaking tegenover zou staan. GasTerra kondigde aan een gerechtelijke procedure te willen starten om publicatie te voorkomen. De Raad heeft bij brief van 24 januari 2011 GasTerra en Gasunie laten weten dat zij hangende bezwaar vooralsnog niet en buitendien niet zonder tijdige kennisgeving tot openbaarmaking zou overgaan. Daartoe zag de Raad aanleiding, gezien enerzijds de ingediende gronden van bezwaar – zonder daarmee op de uitkomst van zijn heroverweging vooruit te lopen – en anderzijds het reële risico dat publicatie de succesvolle introductie door GasTerra van een pakket aan nieuwe producten in de eerste helft van 2011 (zie de volgende paragraaf) zou ondergraven.

3. RECENTE AANPASSINGEN IN HET BELEID VAN GASTERRA

19. Op 18 januari 2011 maakte GasTerra bekend dat zij het door haar aangeboden pakket aan producten en diensten sterk zou uitbreiden. Het nieuwe aanbod, met deels nieuwe voorwaarden, zou zo spoedig mogelijk worden geïntroduceerd. De maatregelen kwamen tot stand na gesprekken met de NMa en waren bestemd om te leiden tot verbetering van de werking van de Nederlandse gasmarkt, waarop de NMa bij herhaling knelpunten had gesignaleerd.² GasTerra verwees in dit verband tevens naar de wijziging van de Gaswet per 1 april 2011³ en op de ambitie van de overheid om van Nederland de gasrotunde van Noordwest Europa te maken, waarop zij met de beleidswijziging wil inhaken.
20. De aangekondigde aanpassingen vormen een samenhangend geheel dat betrekking heeft op vier terreinen. Het pakket kan als volgt kort worden omschreven.

(a) Aanbod op de Title Transfer Facility (TTF)

GasTerra zal zich beijveren om met ingang van 1 april 2011 een breed assortiment producten op de handelsplaats TTF aan te bieden (kalenderjaarproducten, temperatuurgerelateerde

² Zie het persbericht van GasTerra van 18 januari 2011 met een link naar een korte beschrijving van het pakket, http://www.gasterra.nl/nieuws/berichten/Pages/gasterra_breidt_producten_pakket_uit.aspx.

Zie ook het persbericht van de NMa van 18 januari 2011, http://www.nmanet.nl/nederlands/home/Actueel/Nieuws_Persberichten/NMa_Persberichten/Persberichten_2011/02-11_NMa_bewerkstelligt_meer_concurrentie_gasmarkt.asp.

³ Wet van 2 december 2010 tot wijziging van de Gaswet en de Elektriciteitswet 1998 tot versterking van de werking van de gasmarkt, verbetering van de voorzieningszekerheid en houdende regels met betrekking tot de voorrang voor duurzame elektriciteit, alsmede enkele andere wijzigingen van deze wetten, Stb. 2010, 810; inwerkingtreding bij besluit van 27 december 2010, Stb. 2011, 11.

profielproducten, *day-ahead* profielproducten, *within-day* balancerings- en uurproducten) onder condities die rekening houden met de vraag, zodat er in wezenlijke mate handel in deze producten op het TTF plaatsvindt. Contracten met aflevering op TTF-B of het GOS sluit GasTerra vanaf de dag van aankondiging alleen nog op expliciet verzoek van de klant.

(b) Aanbod van een virtueel flexibiliteitsproduct (storage service)

GasTerra biedt onder nader omschreven voorwaarden via een onafhankelijke entiteit 1,95 bcm (miljard kubieke meter) virtuele seizoensflexibiliteit (d.w.z. gasopslagcapaciteit) aan, op marktconforme wijze tegen een marktconforme prijs. Het gebruik hiervan gaat in op 1 april 2011. De leveringsplaats is de TTF.

(c) Transportboekingen en transportovereenkomsten

GasTerra stelt niet-benodigde *exit* en *entry* jaarcapaciteit, d.w.z. geboekte transportcapaciteit waarvoor (nog) geen onderliggend handelscontract bestaat, beschikbaar aan de markt.

(d) Gasinkoopcontracten tussen GasTerra en producenten van "kleine velden"

GasTerra biedt een opt-out voor het gehele (100%) of gedeeltelijke (20%) volume van nieuwe en bestaande contracten; de eerste opt-out mogelijkheid na 5 jaar en daarna elke 3 jaar, te rekenen vanaf het jaar van de start van productie. Plus een opt-in mogelijkheid voor de producent elke 3 jaar na opt-out datum. Opt-out en opt-in behoeven 1 jaar vooraankondiging.

21. De Raad houdt de implementatie van deze voornemens van GasTerra nauwlettend in het oog uit hoofde van zijn algemene en sectorspecifieke toezichtsbevoegdheden.
22. In het kader van de onderhavige procedure verdient de voortgang met betrekking tot de introductie van nieuwe producten op TTF bijzondere aandacht. GasTerra heeft stappen genomen om haar interne organisatie op een correcte uitvoering in te stellen. Wat de jaarproducten betreft, heeft GasTerra bestaande relaties aangeschreven en het aanbod mondeling nader toegelicht, en andere geïnteresseerden via een persbericht geïnformeerd over de per 1 april 2011 geboden mogelijkheden.⁴ Daarbij is de voorkeur voor levering op TTF boven TTF-B en TTF-B boven GOS kenbaar gemaakt. Voor al gecontracteerde volumes op het GOS biedt GasTerra de mogelijkheid om de contracten om te zetten naar TTF-B. Onderhandelingen voor 2012 en volgende zijn nog gaande. Wat *within-day* producten en *day-ahead* profielproducten betreft, moesten IT-aanpassingen worden gedaan aan weerszijden van de markt. Voorts is afgestemd met APX-ENDEX en marktpartijen om te

⁴ Zie ook het persbericht van GasTerra van 30 maart 2011, met een globale omschrijving van de productkenmerken, <http://www.gasterra.nl/nieuws/berichten/Pages/GasTerrabiedtnieuweproductenaanop.aspx>.

bezien welke producten het beste aansluiten bij het nieuwe balanceringsregime. Deze producten worden nu aangeboden, de meest liquide tevens met bied- en laatprijzen.

23. De virtuele opslagcapaciteit – als belangrijke bron van flexibiliteit indirect van belang voor de onderhavige zaak – is in *standard bundled units* (sbu) op de markt gebracht via veilingen door APX-ENDEX. Aan de NMa is inzicht gegeven in de transparante en marktconforme werking van het gekozen veilingmechanisme en de onafhankelijke rol van APX-ENDEX. De veilingen vonden plaats op 28 maart 2011 (50%) en op 26-27 april (het geheel). In de laatste veiling werd de gehele aangeboden capaciteit van ruim 13 miljoen sbu verkocht.
24. De Raad heeft zich er op basis van de hem door GasTerra verstrekte informatie van vergewist dat GasTerra zich tot op heden heeft beijverd om tijdig en volledig uitvoering te geven aan het aangekondigde pakket. Voor zover dit thans reeds valt te beoordelen, zijn marktpartijen daadwerkelijk geïnteresseerd in de aangeboden nieuwe producten en diensten, en bestaat geen aanleiding voor de vrees dat zich als gevolg van de aangeboden hoeveelheden en condities marktverstoringen voordoen.
25. De aanpassingen bestrijken een breder terrein dan de gedragingen waarop het bestreden besluit in de onderhavige zaak zag – breder ook dan de opgelegde last – en grijpen zodanig in elkaar dat zij elkaar versterken. De Raad merkt daarbij op dat het geheel aan maatregelen is ontworpen met het oog op een fundamentele en duurzame verbetering van de marktwerking. De stappen die GasTerra voor de implementatie heeft genomen zijn van dien aard en zijn zodanig ingebed in de bedrijfsvoering, dat de Raad het onaannemelijk acht dat zij weer kunnen en zullen worden teruggedraaid.

4. HET BESTREDEN BESLUIT EN DE GRONDEN VAN BEZWAAR

26. In het *bestreden besluit* heeft de Raad in lijn met zijn eerdere Methodebesluiten regulering flexibiliteitsdiensten vastgesteld dat GasTerra over een economische machtspositie beschikt op de markt voor laagcalorisch gas en op de markt voor flexibiliteitsdiensten ten behoeve van laagcalorisch gas en dat zij daarvan in de periode van 1 juli 2004 tot 1 juli 2009 misbruik heeft gemaakt op de (groothandels)markt voor geprofileerde gasproducten. Het misbruik betreft de weigering van GasTerra om met distributiebedrijven in onderhandeling te gaan over contractsvormen en voorwaarden die het hen mogelijk zouden maken gas van GasTerra, bestemd voor kleinverbruikers, af te nemen op de virtuele handelsplaats TTF, in plaats van op de GOSsen. Eenmaal afgeleverd op een GOS, kan het gas feitelijk "niet meer terug". Daarmee werden distributiebedrijven belemmerd in hun mogelijkheden om bij inkoop zelf een portfolio samen te stellen uit verschillend geprofileerde gasproducten en daarbij ook andere bronnen te benutten dan die waarover GasTerra beschikt. In het

bijzonder gaat het daarbij om de beschikking over opslagcapaciteit die het mogelijk maakt te voorzien in flexibiliteit die nodig is om fluctuaties in de behoefte van eindverbruikers – met name kleinverbruikers – op te vangen zonder dat het transportnet in onbalans raakt. Bij een gecombineerde aflevering van volume en flexibiliteit op het GOS, konden distributiebedrijven niets meer met dit gas doen, behalve het als kant en klaar product doorgeleiden naar de eindverbruiker. Doordat tegelijkertijd het aanbod op TTF niet toereikend was, hetgeen GasTerra in de hand werkte door terughoudend te zijn bij het in de loop van de tijd uitbreiden van haar aanbod, beschikten de distributiebedrijven ook niet over een reëel alternatief voor het op het GOS blijven afnemen van (het grootste deel van) hun gasbehoefte bij GasTerra. Als gas en flexibiliteit door GasTerra daarentegen op de TTF zouden zijn geleverd, hadden distributiebedrijven het gas en de flexibilitiediensten van GasTerra op de groothandelsmarkt kunnen combineren met gas van derden of gas uit eigen opslag (waarin sommige distributiebedrijven hadden geïnvesteerd) en hadden zij een eventueel overschot van dat gas ook kunnen doorverkopen. Door dit te weigeren, heeft GasTerra de distributiebedrijven niet alleen belemmerd om hun eigen portfolio aan geprofileerde gasproducten samen te stellen en zo op groothandelsniveau met GasTerra in concurrentie te treden, maar ook om zich onderling op de retailmarkt daadwerkelijk van elkaar te onderscheiden. Volgens het bestreden besluit heeft GasTerra op deze wijze haar dominante positie (langer) kunnen handhaven en is de distributiebedrijven de mogelijkheid onthouden de met concurrentie op groothandelsniveau te behalen voordelen aan de eindverbruiker door te geven.

27. Het *bezwaarschrift* kent, na een inleiding waarin de hoofdpunten van het bezwaar al kort zijn aangegeven, elf hoofdstukken met clusters van gronden (de hoofdstukken 2 tot en met 12).

(1) De gestelde leveringsweigering en de contractuele relaties waarom het gaat zijn onvoldoende consistent, duidelijk en specifiek omschreven.

(2) De gestelde leveringsweigering is niet bewezen. Andere factoren verklaren waarom de handel op de nieuwe Nederlandse handelsplaats TTF (in de visie van de Raad) niet voldoende op gang kwam, met name de terughoudende opstelling van distributiebedrijven in de context van het toenmalige marktmodel. GasTerra beschrijft in dit verband het verloop van de onderhandelingen met de verschillende distributiebedrijven. Overigens is GasTerra steeds meer "gangbare producten" op TTF gaan leveren en ontwikkelde TTF zich in vergelijking met buitenlandse handelsplaatsen niet onverwacht traag.

(3) De betrokken markt is door de Raad niet deugdelijk afgebakend en niet op de juiste wijze in de bedrijfskolom gesitueerd.

(4) De Raad heeft de marktmacht van GasTerra niet juist beoordeeld, omdat GasTerra's positie op de verkeerde (*upstream*) markt is gezien en belangrijke ontwikkelingen van de laatste jaren, zoals de samensmelting van de markten voor laag- en hoogcalorisch gas, niet

in aanmerking zijn genomen. GasTerra stelt voorts dat haar marktaandeel met name in de jaren 2008 en 2009 zeer sterk is gedaald, tot aanzienlijk minder dan 50%. GasTerra acht niet aangetoond dat zij na 1 juli 2008 nog over een machtspositie beschikte.

(5) De Raad legt een onjuiste mededingingsrechtelijke maatstaf aan voor de beoordeling van concurrentieverstorende afscherming van de markt door leveringsweigering. De jurisprudentie van de Europese Unie biedt geen grondslag voor de ruime opvatting van de Raad daarover. Aan de criteria voor verplichte toegang tot *essential facilities* is niet voldaan, en de Raad kan GasTerra niet verplichten de distributiebedrijven in staat te stellen haar eindproducten te dupliceren zonder zelf waarde toe te voegen of risico te lopen.

(6) De Raad heeft de verhouding tussen verschillende door GasTerra gehanteerde contractsvormen die zouden resulteren in "bijkomende" mededingingsbeperkingen verkeerd beoordeeld. Dit ziet op onaantrekkelijke condities verbonden aan niet-exclusieve contracten en de onderscheiden contracten naar gelang sprake is van doorlevering aan kleinverbruikers of grootverbruikers.

(7) De vaststelling van misbruik door GasTerra staat haaks op eerdere uitlatingen van de Raad over het disfunctioneren van de groothandelsmarkt voor gas en het ontbreken van bevoegdheden om dit te verhelpen. Aldus acht GasTerra het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel geschonden.

(8) GasTerra bestrijdt de bevoegdheid tot het opleggen van een last onder dwangsom, alsmede de inhoud daarvan, nu de Raad niet heeft onderzocht of de overtreding doorloopt dan wel kans op herhaling bestaat, en de situatie op de markt aan verandering onderhevig is.

(9) GasTerra voert aan dat sprake is geweest van diverse procedurele gebreken. Zo had zij al tijdens het onderzoek in de gelegenheid gesteld moeten worden om zich uit te laten over de feiten waarvan de Raad uitging en was de vraagstelling die aan de distributiebedrijven is voorgelegd, niet juist.

(10) GasTerra bestrijdt de wijze waarop de duur van de overtreding is bepaald. Het begin is onjuist bepaald omdat geen rekening is gehouden met het feit dat er nog geen andere aanbieders op de markt waren die door GasTerra konden worden uitgesloten en het einde is willekeurig omdat de Raad eerder had moeten ingrijpen.

(11) GasTerra betwist de strafwaardigheid van de gedragingen in kwestie vanwege de onvoorzienbare uitleg van het misbruikbegrip waarmee GasTerra wordt geconfronteerd. [...]

5. BEOORDELING DOOR DE RAAD

28. Bij de behandeling van de bezwaargronden gaat de Raad eerst in op de bezwaren die betrekking hebben op de vaststelling van de machtspositie (bezwaargronden 3 en 4) en vervolgens op de vaststelling van het misbruik. De bespreking van het misbruik heeft

enerzijds betrekking op het beoordelingskader (grond 5) en anderzijds op de (her)waardering van GasTerra's meer feitelijke argumenten (gronden 1 en 2). Voor zover nodig gaat de Raad ten slotte nog kort in op de overige geschilpunten.

1. Economische machtspositie

29. *GasTerra* is het niet eens met de afbakening van de betrokken markt in het bestreden besluit. Zij acht de aanduiding van een groothandelsmarkt voor "volledig en deels geprofileerde gasproducten" zonder precedent en niet adequaat. Daarnaast is niet duidelijk in hoeverre de Raad uitgaat van een afzonderlijke markt van deze producten indien zij zijn bestemd om te worden doorgeleverd aan kleinverbruikers.
30. Voorts wordt in het bestreden besluit niet toegelicht hoe de Raad de verhouding ziet tussen de *upstream* markt, waarop de *inputs* - zowel volume als capaciteit - voor de typische groothandelsproducten worden aangeboden, en de groothandelsproducten zelf. *GasTerra* benadrukt dat zij als groothandelsbedrijf geen leverancier is van bedoelde *inputs* en dat de gestelde leveringsweigering daarop ook geen betrekking kan hebben als de Raad tegelijkertijd meent dat *GasTerra* producten moet aanbieden waarmee in de "volledige" behoefte van distributiebedrijven wordt voorzien.
31. *GasTerra* stelt dat haar marktmacht niet juist is beoordeeld, omdat *GasTerra*'s positie op de verkeerde - *upstream* - markt is beoordeeld en belangrijke ontwikkelingen van de laatste jaren, zoals de samensmelting van de markten voor laag- en hoogcalorisch gas – die ook gevolgen heeft voor de geografische reikwijdte van de markt – niet in aanmerking zijn genomen.
32. *GasTerra* stelt voorts dat haar marktaandeel binnen de totale binnenlandse groothandelsmarkt, en ook op een separate groothandelsmarkt voor laagcalorisch gas in de relevante periode, met name in de jaren 2008 en 2009, zeer sterk is gedaald tot aanzienlijk minder dan 50%. *GasTerra* acht niet aangetoond dat zij na 1 juli 2008 nog over een machtspositie beschikte.
33. De *Raad* volgt *GasTerra* niet in haar bezwaren met betrekking tot de afbakening van de markt en de economische machtspositie waarover zij op die markt beschikt.
34. De Raad gaat niet mee in de grotendeels semantische discussie over de juiste benaming voor gasproducten. De Raad heeft de groothandels*functie* in de keten duidelijk genoeg aangeduid om vast te kunnen stellen dat *GasTerra* bij de uitoefening daarvan onvoldoende concurrentiedruk ondervindt. Voor zover nodig verwijst de Raad naar hetgeen hij opmerkt bij de bespreking van het misbruik (zie randnummers 66-67 van dit besluit).

35. De argumenten van GasTerra zijn er voorts op gericht de Raad ervan te overtuigen dat GasTerra gekwalificeerd én beoordeeld moet worden als "zuivere" groothandelonderneming, die niet kan worden geacht de *inputs* voor haar groothandelsproducten ongewijzigd door te leveren.
36. Zoals de Raad in het bestreden besluit heeft opgemerkt, is GasTerra niet te beschouwen als een "zuivere" groothandelonderneming. GasTerra geeft dat in het bezwaarschrift ook zelf aan, waar zij uitdrukkelijk wijst op het feit dat zij een "achterwaarts geïntegreerde" groothandelonderneming is (p. 2 en 59-60). Met name de exclusieve toegang tot de "*inputs*" (in GasTerra's terminologie) uit het Groningenveld en de beschikking over het overgrote deel van de opslagcapaciteit in Nederland geven GasTerra een veel sterkere positie dan haar (potentiële) concurrenten. Zou nog enige twijfel mogelijk zijn of dit voor gasvolume het geval is, voor zover teruglopende marktaandelen daarvoor een indicatie vormen, dan geldt dit in ieder geval voor flexibilitiediensten – zowel seizoensflexibiliteit als kortetermijnflexibiliteit – voor laagcalorisch gas. Zoals eveneens in het bestreden besluit geconstateerd, is in deze situatie niet onmiddellijk verandering gekomen als gevolg van het opheffen van technische belemmeringen voor conversie en import van hoogcalorisch gas, na 1 juli 2008, aangezien de importcapaciteit nog altijd voor langere tijd contractueel is vastgelegd.
37. De Raad ziet dan ook geen aanleiding om terug te komen op zijn bevindingen in het bestreden besluit en anders over de marktstructuur te oordelen dan in de Methodebesluiten regulering flexibilitiediensten 2006-2008 en 2009-2011, de Monitor groothandelsmarkten gas en elektriciteit 2009 en de Monitor groothandelsmarkten gas en elektriciteit 2010 (welke laatste in februari van dit jaar beschikbaar kwam). Het gegeven dat GasTerra gedurende ongeveer tweederde van de tijd onmisbaar is om in de gasvraag te voorzien, vormt, anders dan GasTerra aanneemt, niet het enige bewijs van de machtspositie van GasTerra, maar onderstreept de omvang en de impact van de machtspositie.

2. Misbruik: het beoordelingskader en de "theory of harm"

38. Volgens *GasTerra* legt de Raad in het bestreden besluit een onjuiste toetsingsmaatstaf aan voor de beoordeling van leveringsweigering en is voor de gehanteerde toetsingsmaatstaf geen aanknopingspunt te vinden in de communautaire jurisprudentie. Economisch bezien hanteert de Raad een ondeugdelijke "*theory of harm*".
39. GasTerra stelt dat volgens de relevante jurisprudentie slechts twee vormen van leveringsweigering worden onderscheiden die misbruik van economische machtspositie kunnen opleveren: enerzijds gevallen waarin levering aan bestaande klanten zonder

objectieve rechtvaardiging wordt beëindigd en anderzijds gevallen waarin toegang tot *essential facilities* of *essential inputs* wordt geweigerd. In het onderhavige geval zou alleen de tweede categorie aan de orde kunnen zijn, maar daarvoor gelden strikte voorwaarden, waaraan niet is voldaan. Het gaat dan niet aan om het beoordelingskader voor leveringsweigering te omzeilen door een lichtere toets voor concurrentieverstorende afscherming te hanteren, zoals de Raad in het bestreden besluit doet. Punt 82 van de Richtsnoeren van de Commissie van 9 februari 2009 betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie, waarop de Raad zich voor zijn redenering baseert, acht GasTerra in het licht van de jurisprudentie "aanvechtbaar".

40. Volgens GasTerra kan er nooit een verplichting voor dominante ondernemingen bestaan om haar eindproduct aan haar concurrenten te leveren en dus ook niet voor GasTerra om met haar groothandelsproducten de distributiebedrijven van inkopers tot concurrenten te maken. Daarbij schuift de Raad de negatieve gevolgen die dit zou hebben op het investeringsgedrag van GasTerra en haar leveranciers ten onrechte terzijde. GasTerra wijst erop dat voor rekening van de gezamenlijke eigenaren van GasTerra substantieel in de ontwikkeling van het Groningenveld en bijbehorende ondergrondse opslagen is en wordt geïnvesteerd.
41. Buiten de context van leveringsweigering is volgens GasTerra de relevante vraag of GasTerra de toegang van concurrerende leveranciers van volume of flexibiliteit tot de Nederlandse groothandelsmarkt voor gas heeft belemmerd, met andere woorden of zij de distributiebedrijven de toegang tot alternatieve bronnen van gas of flexibiliteit daadwerkelijk heeft belemmerd. Dat heeft de Raad niet aangetoond en over een dergelijke uitsluiting heeft de NMa kennelijk van marktpartijen ook geen klachten ontvangen. Uit de bevinding van de Raad dat [...] er als enige grote afnemer wel in is geslaagd om alternatieve bronnen te vinden, maar daarmee de bestaande ruimte voor anderen opsoupeerde, blijkt eerder dat dergelijke bronnen niet in voldoende mate voorhanden waren. De door [...] overgenomen distributiemaatschappijen (...) zijn door GasTerra niet belemmerd in hun toegang tot buitenlands gas. De in opdracht van de NMa opgestelde studie van Frontier Economics uit 2008 gaat er ook van uit dat het vanaf 2004-05 voor nieuwe toetreders mogelijk was om kleinverbruikers te beleveren.⁵ Evenmin heeft de Raad aangetoond dat GasTerra

⁵ GasTerra doelt op het onderzoek dat de NMa in het kader van zaken 5720 en 5968 op klachten van onder meer het Productschap Tuinbouw heeft laten verrichten: Frontier Economics, Pricing of wholesale gas in the Netherlands, 2008, http://www.nma.nl/documenten_en_publicaties/archiefpagina_nieuwsberichten/webberichten/2011/08_11_nma_geen_excessieve_gasrijzen_gasterra.aspx. Op basis van deze en een aanvullende studie over 2008 en 2009 concludeerde de Raad dat niet kon worden vastgesteld dat GasTerra excessieve tarieven heeft gehanteerd.

distributiebedrijven zou hebben verhinderd gas uit hun eigen opslagen te benutten; dit is door GasTerra juist gefaciliteerd binnen de beperkingen van het vigerende marktmodel.

42. GasTerra acht ten slotte geen *consumer harm* aangetoond. Leveringsweigering leidt niet tot schade als de afnemers zich hoofdzakelijk beperken tot het dupliceren van de producten of diensten van de dominante leverancier (en dus zelf geen waarde toevoegen). De prijsdruk die hiervan op de korte termijn kan uitgaan, vormt geen rechtvaardiging voor het opleggen van een leveringsplicht. De negatieve invloed van het gedrag van GasTerra op innovatieve investeringen van anderen in opslagcapaciteit, die in het bestreden besluit wordt aangenomen, is door de Raad niet met feiten onderbouwd. Het is, integendeel, op het eerste gezicht evident dat het scenario dat de Raad voor ogen staat zulke investeringen eerder zou hebben kunnen ontmoedigen.
43. De Raad overweegt met betrekking tot het beoordelingskader voor de gedragingen die in geschil zijn als volgt.
44. Volgens vaste rechtspraak is het begrip misbruik een objectief begrip dat ziet op gedragingen van een onderneming met een machtspositie die invloed kunnen uitoefenen op de structuur van een markt waar, juist door de aanwezigheid van de betrokken onderneming, de mededinging reeds is verzwakt, en die ertoe kunnen leiden dat de handhaving of de ontwikkeling van de nog bestaande marktconcurrentie wordt tegengegaan met andere middelen dan bij een op ondernemersprestaties berustende normale mededinging met goederen of diensten gebruikelijk zijn.⁶
45. De opvatting van GasTerra dat slechts twee vormen van leveringsweigering onder omstandigheden als misbruik in de zin van artikel 102 VWEU (voorheen artikel 82 EG) kunnen worden aangemerkt, valt naar het oordeel van de Raad niet uit de Europese jurisprudentie af te leiden. Weliswaar zijn met betrekking tot de twee door GasTerra onderscheiden vormen - eenzijdige beëindiging van bestaande relaties en weigering van toegang tot essentiële faciliteiten - door de Unierechter verschillende uitspraken gedaan die inzicht verschaffen in de alsdan te hanteren beoordelingscriteria, maar dat wil niet zeggen dat daarbuiten geen misbruikelijke vormen van leveringsweigering zouden kunnen worden geïdentificeerd. De tekst van artikel 102 VWEU (voorheen artikel 82 EG) biedt daarvoor geen enkel aanknopingspunt; in de gegeven situatie kan zowel sprake zijn van "onbillijke contractuele voorwaarden" als van "beperken van de afzet ten nadele van de gebruiker".
46. De voorbeelden uit artikel 102 VWEU (voorheen artikel 82 EG) hebben geen limitatief karakter en wat Advocaat-generaal Kokott in haar conclusie in de zaak *British Airways* ten

⁶ Laatstelijk het Gerecht in het arrest van 9 september 2010 in zaak T-155/06, *Tomra*, n.n.g., r.o. 206.

aanzien van kortingen en premies opmerkt, geldt ook voor andere vormen van misbruik: voor het doel van deze bepaling bestaan er geen gesloten categorieën. "Op die manier zou immers over het hoofd worden gezien dat bedrijfstakken en markten sterk van elkaar kunnen verschillen en dat economische omstandigheden bovendien aan constante verandering onderhevig zijn waardoor uiteindelijk ook nieuwe handelspraktijken kunnen ontstaan", aldus de Advocaat-generaal.⁷

47. In welke bewoordingen het gedrag van GasTerra ook wordt omschreven, de vraag die moet worden beantwoord, is of op basis van het bewijsmateriaal mag worden aangenomen dat dit gedrag van dien aard was dat het een concurrentieverstorende afscherming van de groothandelsmarkt voor gas heeft kunnen bewerkstelligen. Het komt de Raad voor, dat over het aldus in algemene zin geformuleerde criterium geen verschil van mening bestaat.
48. Deze algemene vraag is in de onderhavige zaak te herleiden tot de vraag of het voldoende aannemelijk is dat GasTerra door het opleggen van haar leveringscondities de distributiebedrijven de toegang tot alternatieve bronnen van gas of flexibiliteit daadwerkelijk heeft belemmerd. Daarmee zou namelijk tegelijkertijd de toegang tot de Nederlandse markt voor concurrerende leveranciers van volume en flexibiliteit worden belemmerd.
49. Als dat niet het geval is, en GasTerra niettemin zou worden gedwongen haar producten en diensten onder zodanige voorwaarden aan de distributiebedrijven te leveren dat deze daarmee hun eigen groothandelsproducten kunnen samenstellen – echter *zonder* in grotere mate alternatieve bronnen te benutten –, dan zou dit enkel betekenen dat de distributiebedrijven GasTerra kunnen gaan beconcurreren met gas en flexibiliteit die van GasTerra zelf afkomstig zijn. De Raad heeft niet kunnen vaststellen dat dit onder de gegeven omstandigheden op de markt in kwestie zou hebben kunnen leiden tot een wezenlijke en duurzame verbetering van de marktwerking, omdat de concurrentiedruk op GasTerra hierdoor niet structureel toeneemt (nog daargelaten of, zoals GasTerra stelt, de distributiebedrijven dan in feite zouden meeliften met de inspanningen van GasTerra).
50. Uit het bovenstaande volgt in de eerste plaats dat zolang alternatieve bronnen nog niet of nauwelijks voorhanden waren, of zelfs maar in beeld, hetgeen volgens GasTerra in de eerste jaren na de liberalisering het geval was, marktverstoringe afscherming van de kant van GasTerra niet met voldoende zekerheid is komen vast te staan. In de tweede plaats geldt dat, in de mate waarin deze bronnen naderhand wél beschikbaar kwamen, beoordeeld moet

⁷ Conclusie van 23 februari 2006 in zaak C-95/04 P, British Airways tegen Commissie, Jur. 2007, I-2331, punt 40. Om dezelfde reden acht de Raad het niet bezwaarlijk dat hij in het bestreden besluit aan het gedrag van GasTerra kenmerken van koppelverkoop en, in materiële zin, een doorleververbod heeft toegeschreven, waar deze (letterlijke) bewoordingen in het rapport ontbraken - een punt dat GasTerra bij haar zesde bezwaargrond opbrengt.

worden of GasTerra de distributiebedrijven er met andere dan in een normale concurrentiestrijd geëigende middelen van heeft weerhouden deze alternatieve bronnen aan te spreken. Niet geheel ten onrechte merkt GasTerra op dat het feit dat [...] als eerste beslag heeft gelegd op de gehele voorhanden ruimte voor inkoop buiten GasTerra niet zozeer aantoont dat GasTerra het [...] of andere distributeurs moeilijk heeft gemaakt die ruimte te benutten, maar dat die ruimte – om redenen die GasTerra niet kunnen worden aangerekend – kennelijk nog beperkt was.

51. GasTerra stelt zich op het standpunt dat zij concurreerde op basis van verdienste: voor zover er later wel alternatieven beschikbaar kwamen, was het voor de meeste distributiebedrijven nog altijd niet aantrekkelijk om over te stappen, omdat de (GOS-)tarieven van GasTerra competitief waren. De Raad acht deze bewering op zichzelf niet overtuigend. In de bovengenoemde studie van Frontier Economics, die GasTerra ten bewijze van haar stelling aanvoert, waren de gehanteerde *benchmarks* gebaseerd op *hypothetische* concurrerende leveranciers. Er waren geen *reële* concurrerende aanbiedingen waar prijsdruk van uitging.
52. Enerzijds is de Raad van oordeel dat hij geen bewijs hoeft te leveren aan de hand van een *counterfactual*, dat wil zeggen dat hij zou moeten aantonen dat indien GasTerra in de achterliggende periode wel met distributiebedrijven contracten met aflevering op TTF had gesloten, dit er daadwerkelijk toe had geleid dat de distributiebedrijven een groter deel van hun portfolio uit andere bron dan GasTerra waren gaan betrekken. Uit de jurisprudentie vloeit een zodanige hoge eis aan de bewijsvoering niet voort.
53. Anderzijds heeft GasTerra naar het oordeel van de Raad steekhoudende argumenten naar voren gebracht met betrekking tot de beperkte mate en het tempo waarin alternatieve bronnen op de markt beschikbaar kwamen en met betrekking tot de aan een (gedeeltelijke) overstap voor distributeurs verbonden transactiekosten en risico's onder het vigerende marktmodel. Zoals bij randnummer 49 overwogen, heeft de Raad niet kunnen vaststellen dat de mededinging gediend zou zijn met een wijziging van GasTerra's aanbod waarbij de sterke afhankelijkheid van distributiebedrijven van haar producten en diensten in feite onveranderd zou blijven voortbestaan.
54. De implementatie van de door GasTerra in januari 2011 aangekondigde aanpassingen in haar productieaanbod en leveringsvoorwaarden, heeft het inzicht van de Raad gescherpt in de omstandigheden van praktische en juridische aard die een succesvolle omslag van GOS naar TTF bevorderen. Twee aspecten zijn naar het oordeel van de Raad van bijzonder belang.

55. Ten eerste is van belang gebleken dat thans een aantal samenhangende maatregelen door GasTerra min of meer gelijktijdig is ingevoerd, welke maatregelen elkaar in werking ondersteunen en versterken. Het onderzoek in de onderhavige procedure was gericht op één bepaalde beperking in het aanbod van GasTerra, terwijl de andere relevante gedragingen (nog) niet tot handhavend optreden hadden geleid. Waar een samenhangend pakket van maatregelen bevorderlijk bleek om de werking van de markt te verbeteren, kan – omgekeerd – het uitblijven van die verbetering in het verleden niet zonder meer aan die ene beperking worden toegeschreven.
56. Ten tweede hebben de invoering van het nieuwe artikel 66d Gaswet⁸ en het nieuwe balanceringsregime en marktmodel niet alleen bij GasTerra maar ook bij andere spelers op de gasmarkt een omslag in oriëntatie en strategie kunnen bewerkstelligen. Daarmee werd de weg vrijgemaakt - voor GasTerra en voor anderen - voor de introductie van nieuwe producten en leveringsvoorwaarden.
57. Met het bovenstaande is niet gezegd dat een zodanige omslag voordien onmogelijk was, maar de Raad constateert thans dat deze zich in de voorbije jaren als gevolg van juridische en praktische omstandigheden minder gemakkelijk kon voltrekken, zodat onderhandelingen tussen GasTerra en haar afnemers over nieuwe inkoopcondities en een daarbij passende marktconforme prijsstelling om die reden gemakkelijk in een patstelling konden eindigen.
58. De Raad komt op grond van het bovenstaande tot de conclusie dat hij in heroverweging het bewijs voor de gestelde leveringsweigering opnieuw aan een analyse dient te onderwerpen, met bijzondere aandacht voor hetgeen GasTerra hierover in bezwaar naar voren heeft gebracht. Tevens houdt de Raad bij de beoordeling van de informatie waarover hij beschikt rekening met de ontwikkelingen op de markt in de eerste helft van 2011.

3. Misbruik: waardering van GasTerra's feitelijke argumenten

59. *GasTerra* stelt dat leveringsweigering door de Raad zodanig dient te worden omschreven dat exact duidelijk is om welke producten en welke volumes het gaat. *GasTerra* vraagt zich af, of de verweten weigering betrekking heeft op haar algemene bereidheid tot onderhandelen, of over concrete leveringscondities.
60. *GasTerra* meent dat zij niet kan worden beticht van leveringsweigering nu zij vanaf 2005 geleidelijk aan is gaan handelen op TTF en daar alle "gangbare" producten heeft geleverd. Het type contracten c.q. producten dat *GasTerra* als zij de Raad goed begrijpt had moeten aanbieden, wordt door geen enkele groothandelaar op enige marktplaats aangeboden. De

⁸ Dit nieuwe wetsartikel verplicht - kort gezegd - in de regel programmaverantwoordelijkheid separaat van de verkoop van gas aan de koper aan te bieden.

Raad erkent, aldus GasTerra, dat het bestaande type GOS-contract op zichzelf niet in strijd met de mededingingsregels is.

61. Volgens GasTerra had de Raad niet mogen verwachten dat de handel op TTF zich "revolutionair" zou ontwikkelen. Diverse factoren stond aan een snelle uitbreiding van de handel op TTF in de weg. De feitelijke groei liep volgens GasTerra niet uit de pas met die op andere handelsplaatsen in Europa na hun introductie. GasTerra heeft die groei niet afgeremd. Een aanbod van massale volumes door GasTerra als enige, en daarmee dominante, leverancier op TTF had de marktverhoudingen juist ernstig kunnen verstoren.
62. GasTerra stelt dat de distributiebedrijven verschillende redenen hadden om terughoudend te zijn bij het wijzigen van hun inkooppatroon. Een dergelijke koerswijziging is alleen mogelijk als er een strategische keuze en de nodige voorbereiding aan vooraf gaat. De meeste van hen waren (nog) niet in staat de shippersrol te vervullen onder het vigerende balancerings- en transportregime. Enkel het zonder verdere wijziging omzetten van het bestaande type GOS-contracten naar levering op TTF zou voor de distributiebedrijven een aantrekkelijke optie zijn geweest, maar dan zou GasTerra alle mogelijke risico's op zich hebben moeten nemen tegen dezelfde prijs. Volgens GasTerra erkent de Raad dat dát niet van GasTerra kan worden verlangd, hoewel de Raad anderzijds lijkt te suggereren dat GasTerra alles zou moeten aanbieden wat distributiebedrijven vragen, om "geheel in hun behoeften te voorzien".
63. GasTerra wijst op het feit dat de Raad, ondanks lang en uitgebreid onderzoek, geen concrete voorbeelden van "gearticuleerde" verzoeken van distributiebedrijven tot levering van een alternatief TTF-product heeft gevonden, noch van een weigering van GasTerra een op TTF gangbaar product te leveren. Het aangevoerde bewijs is sporadisch en gedateerd en is door de Raad niet beoordeeld in het licht van de ontwikkelingen op de markt. In enkele gevallen geven distributiebedrijven aan juist tevreden te zijn met het aanbod van GasTerra of daarmee heel goed te kunnen leven.
64. GasTerra gaat in detail in op de onderhandelingen die met [...] in de relevante periode zijn gevoerd en de contracten die daarmee tot stand kwamen. De algemene strekking is dat partijen die wilden omschakelen en zich daarop actief voorbereidden, daarin niet door GasTerra werden belemmerd en zo mogelijk zelfs werden gefaciliteerd. Afnemers die wél goed voorbereid waren, zoals [...], maar ook anderen, hebben getoond dat zij heel goed om GasTerra heen konden om in hun behoeften te voorzien. Partijen die daartoe niet bereid of in staat waren, waren naar GasTerra veronderstelt slechts uit op omzetting van bestaande GOS-contracten als bedoeld in randnummer 62.

65. De *Raad* overweegt met betrekking tot GasTerra's gronden die betrekking hebben op het bewijs van uitsluitingsgedrag als volgt.
66. Voor zover GasTerra zich erop beroept dat in het bestreden besluit geen duidelijke omschrijving is gegeven van hetgeen GasTerra zou hebben geweigerd aan te bieden, acht de Raad dit niet terecht. In het bestreden besluit is een exacte omschrijving van producten, volumes en diensten achterwege gelaten, en wordt de algemene aanduiding van "(deels) geprofileerde producten" gehanteerd, omdat nu juist in het vrije spel van vraag en aanbod op de markt, bepaald zou moeten worden welke producten in welke combinaties en welke contractsvormen een goed alternatief zouden kunnen vormen voor de bestaande GOS-contracten.
67. Uit het pakket nieuwe producten dat GasTerra op 18 januari 2011 aankondigde en dat tevens de inzet vormt voor (her)onderhandelingen met de distributiebedrijven, blijkt overigens dat GasTerra heel goed begrepen heeft aan welke soort producten in de markt behoefte bestaat en blijkt bovendien dat GasTerra in staat is deze aan te bieden (zie randnummers 20-24).
68. De Raad verwerpt voorts de stelling van GasTerra dat zij zich diende te beperken tot het aanbieden van "gangbare" producten op TTF – dat wil zeggen reeds door anderen aangeboden producten – om als dominante aanbieder de markt niet te verstoren. Dat was in ieder geval niet af te leiden uit de toenmalige berichtgeving van de Raad en het Ministerie van Economische Zaken over de ontwikkeling van de handel op TTF. Dat pas sprake zou kunnen zijn van misbruik van machtspositie als GasTerra een concreet verzoek om een op TTF reeds "gangbaar" product zonder redelijke grond zou hebben afgewezen, berust naar het oordeel van de Raad op een te beperkte opvatting van het misbruikbegrip.
69. De Raad wijst erop dat aan het bestreden besluit niet de verwachting of het uitgangspunt ten grondslag lag dat er vanaf "dag één" een "revolutionaire" of volledige omschakeling van GOS naar TTF zou plaatsvinden. De vraag is of GasTerra een stapsgewijze ontwikkeling van het aanbod op TTF – en daarmee een op gang komende concurrentie – heeft belemmerd.
70. Tot zover acht de Raad de bezwaren van GasTerra niet gegrond. Het bovenstaande neemt echter niet weg dat GasTerra punten opwerpt die de Raad tot een herziening van zijn in het bestreden besluit ingenomen standpunt voeren.
71. GasTerra wijst erop dat, ondanks de liberalisering van de markt, tot voor kort bepaalde buiten GasTerra gelegen omstandigheden voor het goed op gang komen van de handel op TTF niet behulpzaam waren, ofwel voor marktpartijen nog hoge, c.q. onbekende risico's meebrachten. Gevoegd bij de algemene onzekerheid over hoe de handel op TTF zich in de toekomst zou gaan ontwikkelen, kon dit er toe leiden dat onderhandelingen snel vastliepen

en dat men terugviel op voortzetting van de bestaande, vertrouwde betrekkingen. Toch bleken enkele marktpartijen die actief op zoek gingen naar nieuwe voorzieningsbronnen daartoe op termijn in staat, zonder afhankelijk te zijn van GasTerra (vergelijk randnummer 64). Daarbij vermeldt GasTerra bijzonderheden over het verloop van onderhandelingen met individuele (grote en kleine) distributiebedrijven, die haar lezing van de feiten kunnen bevestigen.

72. De punten die GasTerra in dit verband naar voren brengt, roepen twijfel op of de Raad in het bestreden besluit de feiten in alle opzichten juist heeft gewaardeerd.
73. GasTerra merkt op dat het van de kant van de distributiebedrijven in de gehele relevante periode zelden tot concrete, op schrift gestelde verzoeken tot aanpassing van de leveringscondities kwam. Naar het huidig oordeel van de Raad kan op basis van de (over een lange periode) vergaarde informatie niet *beslissend* worden uitgemaakt of dit het gevolg was van een bij voorbaat afwijzende houding van GasTerra (zoals het bestreden besluit is aangenomen), of dat de distributiebedrijven nog in een fase van oriëntatie en voorbereiding verkeerden en daarom niet aandrongen (zoals GasTerra stelt). Wel acht de Raad aannemelijk dat zolang de wijziging van de Gaswet en het nieuwe balanceringsregime en marktmodel nog niet waren ingevoerd, ook aan de kant van de distributiebedrijven nog een zekere terughoudendheid bestond. Daarbij is niet gebleken dat het gedrag van GasTerra uit het perspectief van andere aanbieders van gasproducten als een belemmering voor hun toetreding c.q. voor de groei van hun activiteiten werd gezien; de opmerking van GasTerra dat van die zijde op dit vlak geen formele verzoeken tot handhaving zijn ontvangen, is juist.
74. Met het oog op het bovenstaande acht de Raad het bezwaar van GasTerra met betrekking tot de vaststelling van het misbruik gegrond.

4. Overige geschilpunten

75. Gelet op de bovenstaande overwegingen met betrekking tot de kernbezwaren van GasTerra en gegeven het eindoordeel van de Raad, behoeven de zesde tot en met de elfde bezwaargrond van GasTerra geen bespreking meer.
76. Met betrekking tot de bijkomende mededingingsbeperkingen (de zesde grond) merkt de Raad voor de goede orde op dat de gedragingen in kwestie door de Raad niet als zelfstandige overtredingen werden of worden gezien.
77. Met betrekking tot de last onder dwangsom in het bestreden besluit (waarop GasTerra's achtste grond ziet) wenst de Raad kort toe te lichten hoe zich deze heeft verhouden tot de aanpassingen in het beleid van GasTerra die zijn beschreven in paragraaf 3. De Raad heeft

nota genomen van het feit dat GasTerra, niettegenstaande de hierop betrekking hebbende bezwaargronden, geen rechtsmiddelen heeft aangewend om de last te doen opschorten. De Raad neemt daarom aan dat hier voor GasTerra geen schade uit voortvloeide. Hoewel het pakket van aanpassingen in de producten en diensten van GasTerra in de eerste helft van 2011 [...] niet volledig overeenstemde met de formulering van de last in het bestreden besluit, handelde GasTerra in de geest daarvan en is GasTerra in materiële zin volledig tegemoet gekomen aan het daarin vervatte programma.

6. EINDCONCLUSIE EN SLOTOVERWEGING

78. De Raad concludeert dat hij de door GasTerra en Gasunie ingediende bezwaren gegrond dient te verklaren.
79. Op basis van zijn heroverweging acht de Raad de vermoedelijke overtreding van artikel 24 Mw, zoals omschreven in het rapport van 1 juli 2009, niet aangetoond.
80. Met betrekking tot het verbod van artikel 102 VWEU (voorheen artikel 82 EG) bestaat voor de Raad op basis van de gegevens waarover hij beschikt geen reden om op te treden.
81. Aan deze eindconclusie wenst de Raad nog een laatste overweging toe te voegen met betrekking tot de vooruitzichten op een verdere ontwikkeling van de concurrentie op de Nederlandse groothandelsmarkt voor gas. Al valt dit buiten het kader van de onderhavige procedure, de Raad leidt zowel uit de inhoud van GasTerra's bezwaren als uit de redengeving voor de in paragraaf 3 beschreven recente aanpassingen in het beleid van GasTerra af, dat zij niet betwist dat thans wél alle juridische en economische randvoorwaarden vervuld zijn om zich in haar productaanbod prioritair op TTF te richten.
82. De Raad hecht grote waarde aan het doorzetten van de ontwikkeling die GasTerra in gang heeft gezet, waarvan naar zijn verwachting de eindverbruiker (mede) de vruchten zal plukken. Bij randnummer 25 sprak de Raad het vertrouwen uit dat de omslag een duurzaam karakter zal hebben, maar op dit moment valt nog niet te beoordelen hoe bijvoorbeeld de onderhandelingen met distributiebedrijven zullen verlopen. Uit hoofde van zijn toezichtstaken op grond van de Mededingingswet en de gaswetgeving zal de Raad de verdere ontwikkelingen kritisch blijven volgen en zo nodig handhavend optreden.

7. BESLUIT

I. De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit

- verklaart de bezwaren van GasTerra B.V. tegen zijn besluit van 5 januari 2011, met kenmerk 4296_1/174, gegrond;
- herroept het bedoelde besluit;
- ziet af van het opleggen van een boete en last onder dwangsom.

II. De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit

- verklaart de bezwaren van N.V. Nederlandse Gasunie tegen zijn besluit van 5 januari 2011, met kenmerk 4296_1/174, zoals gewijzigd bij besluit van 21 januari 2011, met kenmerk 4296_1/197, gegrond;
- herroept het bedoelde besluit;
- ziet af van het opleggen van een boete.

Datum: 30 juni 2011

De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit
namens deze,

w.g.

Henk Don

Plv. voorzitter van de Raad van Bestuur

Tegen dit besluit kan degene wiens belang rechtstreeks bij dit besluit is betrokken, binnen zes weken na bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd beroepschrift indienen bij de Rechtbank Rotterdam, Sector Bestuursrecht, Postbus 50951, 3007 BM Rotterdam.