

Inleiding

Uitvoerder: GasTerra B.V. in samenwerking met het Ministerie van Economische Zaken.

Om tot een zorgvuldige besluitvorming te komen met betrekking tot de gaswinning uit het Groningenveld is de Minister van Economische Zaken een elftal onderzoeken gestart (zie brief aan de 2^e kamer van 28 maart 2013). Onderzoek 9 gaat over de langjarige exportcontracten van GasTerra B.V. ("GasTerra"). Met dit rapport wordt antwoord gegeven op de vragen die in de onderzoeksopdracht zijn gesteld.

Bij de opstelling van dit rapport is uiteraard gebruikgemaakt van de inhoud van de betreffende contracten en specifieke (markt)kennis waarover GasTerra beschikt. Voor zover deze informatie (bedrijfs)vertrouwelijk is, is deze in het rapport op zodanige wijze geaggregeerd of geanonimiseerd dat het rapport geen (bedrijfs)vertrouwelijke informatie bevat.

Onderzoeksopdracht

De onderzoeksopdracht luidt als volgt:

Onderzoek 9: Leveringsverplichtingen Groningengas

"Een deel van het Groningengas is op basis van langjarige contracten verkocht aan afnemers in België, Duitsland en Frankrijk. Deze contracten zijn afgesloten door GasTerra, de verkoper van het Groningengas en sommige lopen tot 2025 en verder. Met uitzondering van Eneco zijn er geen energiebedrijven die voor levering binnen Nederland langjarige contracten hebben gesloten met GasTerra.

In geval van een eventuele productiebeperking voor het Groningenveld is het de vraag van onder meer de Tweede Kamer of en in welke mate de bestaande langjarige contracten moeten worden nagekomen c.q. wat de consequenties zijn van het eventueel niet nakomen. Dit met als achterliggende vraag/gedachte dat het volume aan gas dat daarmee is gemoeid wellicht benodigd is om de levering aan Nederlandse verbruikers niet in gevaar te brengen.

Deze vraag richt zich in eerste instantie op de contracten die zijn gesloten voor het Groningengas. Het kan echter wenselijk zijn om ook de langjarige contracten die GasTerra heeft afgesloten voor hoogcalorisch gas in beschouwing te nemen. Dit omdat er vaak sprake is van contracten die zowel betrekking hebben op Groningengas als op hoogcalorisch gas. Daarnaast kan dit een beter inzicht geven in de hoeveelheid hoogcalorisch gas die beschikbaar kan komen voor kwaliteitsconversie in geval van een productiebeperking voor het Groningenveld.

Opdracht: Maak een inventarisatie van de langlopende contracten die door GasTerra zijn afgesloten, welke volumes onder deze contracten vallen en ga na of deze contracten ontbindende voorwaarden bevatten waarop een beroep kan worden gedaan in geval van een eventuele productiebeperking. Indien de contracten dergelijke voorwaarden niet omvatten geef dan aan wat de consequenties zouden kunnen zijn van het (toch) niet nakomen van de contracten en of en zo ja, onder welke condities, het gas kan worden ingezet t.b.v. de binnenlandse consumptie. Indien mogelijk geef ook aan of er commerciële mogelijkheden zijn om de volumes te beperken. Doe dit alles voor zowel de Groningengas als de hoogcalorisch gas contracten.

Uitgangspunten:

- Het onderzoek is gericht op de **bestaande** langjarige exportcontracten, te weten met E.ON, RWE, EWE, Shell Duitsland, ExxonMobil Duitsland, Distrigas, GdF, Centrica, ENI en Swissgas
- Het onderzoek richt zich niet op de TTF-leveringen.

Opdrachtgever: EZ.

Uitvoerder: GasTerra in samenwerking met EZ"

Samenvatting

GasTerra heeft langlopende exportcontracten voor de levering van L-gas en H-gas. Het Groningenveld produceert uitsluitend L-gas, dat door producent NAM aan GasTerra wordt geleverd. Vrijwel alle andere gasvelden in Europa produceren H-gas. Het H-gas van GasTerra is voornamelijk afkomstig uit Nederlandse kleine velden en uit Noorwegen en Rusland.

De landelijk netbeheerder GTS converteert H-gas naar L-gas. In studie 7 is gekwantificeerd in welke mate GTS H-gas naar L-gas kan converteren. Hiermee zou het mogelijk zijn een aanzienlijke reductie van de productie van L-gas op het Groningenveld op te vangen, zonder dat dit leidt tot de noodzaak afnemers van L-gas af te sluiten. Om deze kwaliteitsconversie te verrichten zal dan wel additioneel H-gas nodig zijn.

De door GasTerra onder de langlopende exportcontracten gecommitteerde volumes (L-gas plus H-gas) lopen in de komende 10 jaar geleidelijk terug van ca. 60 mrd m³/jaar naar ruim 27 mrd m³/jaar (gebaseerd op maximale afname door de exportafnemer). Het L-gas commitment van GasTerra loopt in deze periode van ca. 35 mrd m³/jaar terug naar ruim 27 mrd m³/jaar (wederom gebaseerd op maximale afname). De daadwerkelijke afname door de exportafnemers beweegt zich binnen een contractuele bandbreedte en hangt af van het weer en economische ontwikkelingen.

In het geval tot een zeer ingrijpende reductie van de Groningenproductie besloten zou worden, kan een gastekort ontstaan. Er kan in elk geval een tekort aan L-gas ontstaan, indien de reductie groter is dan de vrij beschikbare capaciteit van de installaties waarmee GTS kwaliteitsconversie van H-gas naar L-gas kan verrichten. Het is dan onmogelijk de volledige reductie met kwaliteitsconversie op te vangen. Ook bij een kleinere reductie zijn gastekorten als gevolg daarvan echter niet op voorhand uitgesloten. Om de kwaliteitsconversiecapaciteit volledig te benutten is voldoende H-gas nodig. Naast de reguliere vraag naar H-gas van gebruikers, ontstaat door de inzet van kwaliteitsconversie extra behoefte aan H-gas. Indien hiervoor in totaal onvoldoende H-gas beschikbaar is, zal niet aan de volledige vraag naar L-gas en H-gas kunnen worden voldaan. Voor het geval deze situatie zich zou voordoen, zou moeten worden besloten in welke mate een dergelijk tekort aan H-gas via vermindering van kwaliteitsconversie ten laste van L-gas gebruikers zou worden gebracht dan wel, bij onverminderde kwaliteitsconversie, ten laste van H-gas gebruikers zou worden gebracht. In dit rapport wordt gezien wat de gevolgen van een gastekort onder de langlopende exportcontracten van GasTerra zijn en of het tekort kan worden voorkomen.

De langlopende exportcontracten van GasTerra bevatten geen ontbindende voorwaarden waarop GasTerra zich kan beroepen in geval van een gastekort. Dergelijke clausules zijn niet gebruikelijk in de Europese gasmarkt.

De bedoelde contracten van GasTerra bevatten wel overmachtsbepalingen die GasTerra bescherming bieden in het geval GasTerra niet aan zijn leveringsverplichtingen kan voldoen wegens omstandigheden buiten zijn controle. Deze clausules grijpen ook aan bij maatregelen door de overheid die de nakoming van de leveringsverplichtingen verhinderen. Dit betekent echter nog niet dat elk beroep op overmacht door GasTerra wegens een door de overheid opgelegde productiebeperking zeker zal slagen.

Gezien het belang van de gaslevering mag verwacht worden dat de exportafnemers een beroep door GasTerra op overmacht niet zonder meer zullen accepteren en mogelijk juridisch zullen aanvechten. Daarbij zou bijvoorbeeld aan de orde kunnen komen of de wijze waarop en de mate waarin het gastekort is afgewenteld op (bepaal)de afnemers de toets der kritiek kan doorstaan en wat de rol van GasTerra in dit opzicht is geweest. De exportafnemers zullen aanspraak maken op een evenredige en billijke verdeling van het gastekort en zich daarbij op het contract en/of Europese mededingingsregels beroepen.

Voor zover GasTerra zich jegens zijn contractpartijen met succes op overmacht zou kunnen beroepen, is het, voor zover deze overmacht de nakoming van de leveringsverplichtingen verhindert, van zijn leveringsverplichtingen ontslagen en behoeft GasTerra de daardoor ontstane schade van de afnemer niet te vergoeden.

Faalt het beroep op overmacht dan moet GasTerra zijn leveringsverplichtingen nakomen en is GasTerra aansprakelijk voor de schade van de exportafnemer. Hier bestaat derhalve een risico voor GasTerra. De aansprakelijkheid voor deze schade is door GasTerra contractueel wel beperkt. Over de vraag of en in welke mate GasTerra op deze contractuele beperking van aansprakelijkheid onder de gegeven omstandigheden een beroep zal kunnen doen, kunnen met de exportafnemers eveneens discussies en juridische procedures worden verwacht.

GasTerra is jegens de exportafnemers contractueel verplicht ernaar te streven de overmacht zo snel mogelijk op te heffen. In dat verband komt allereerst de vraag aan de orde of GasTerra dekkingaankopen zou moeten doen ten einde een gastekort op te heffen.

Dekkingaankopen door GasTerra om de situatie van overmacht op te heffen zullen echter geen soelaas bieden bij een L-gas tekort aangezien er geen andere L-gas bronnen zijn dan Groningen die een tekort kunnen opvangen. Bij een H-gas tekort kunnen deze dekkingaankopen wel effectief zijn gelet op het grote aantal H-gas bronnen in Europa. Aan toename van de vraag naar H-gas ten behoeve van meer kwaliteitsconversie door GTS zal daarom mogelijk door "normale" marktwerving kunnen worden voldaan. Bij een (dreigend) H-gas tekort in de portfolio van GasTerra, zal GasTerra uiteraard trachten optimaal gebruik te maken van de commerciële mogelijkheden meer H-gas te verkrijgen. Dit houdt echter geen garantie in dat er voldoende H-gas beschikbaar zal komen.

Vanwege de verplichting te trachten de overmacht op te heffen, kan GasTerra daarnaast in de situatie komen dat GasTerra de rechter zal moeten vragen de (on)rechtmatigheid van het afsluiten van de exportafnemers vast te stellen. Deze situatie treedt mogelijk op indien een besluit tot reductie van de Groningenproductie zou leiden tot het afsluiten van exportafnemers door GTS, en zulks juridisch aanvechtbaar zou zijn. Er bestaan sterke aanwijzingen dat een besluit tot het met voorrang afsluiten van exportafnemers ten gunste van binnenlandse leveringen, onrechtmatig is. GasTerra is niet bekend met gronden die een dergelijke voorrang zouden kunnen rechtvaardigen.

Uiteraard is denkbaar dat GasTerra met haar exportafnemers commerciële onderhandelingen opent omtrent reductie van de leveringsverplichtingen onder de langlopende exportcontracten. Aangezien er voor het gebruik van L-gas op korte en middellange termijn ook in het buitenland geen alternatief bestaat, zullen de betreffende exportafnemers hier naar verwachting negatief op reageren. Hoogstens zou op iets langere termijn, via versnelde ombouw naar H-gas, op dit vlak het nodige bereikt kunnen worden maar bij dit overleg dienen dan veel meer partijen in binnen- en buitenland betrokken te worden. Overigens is GasTerra samen met het Ministerie van Economische Zaken en GTS al gesprekken gestart met betrokken partijen over ombouw van de markt van L-gas naar H-gas. Dit naar aanleiding van het teruglopen van de Groningenproductie vanaf 2020 en het aflopen van de exportcontracten. Daarbij lijkt ombouw in de jaren '20 voor alle betrokken partijen al een enorme uitdaging. Wat betreft GasTerra's langlopende H-gas verplichtingen lijken de kansen op succesvolle onderhandelingen tot vermindering van deze verplichtingen groter, omdat er voor de aankoop van H-gas veel meer alternatieven zijn dan inkoop bij GasTerra. Daarbij dient nog wel te worden aangetekend dat, zoals blijkt uit de in paragraaf 2.3 opgenomen grafiek en tabel, GasTerra's langlopende H-gas verplichtingen in de komende jaren snel in omvang afnemen.

De binnenlandse afnemers van GasTerra plegen contracten te sluiten met een duur van een jaar of korter. De leveringsverplichtingen van GasTerra jegens binnenlandse afnemers zijn voor de komende jaren dus nog beperkt van omvang. Zou GasTerra een L-gastekort kunnen voorkomen door in de komende jaren in het binnenland minder contracten te sluiten? Dit lijkt niet het geval. Deze binnenlandse afnemers zullen in dat geval met andere gasleveranciers contracten sluiten.

Deze andere leveranciers behoeven op grond van de geldende systematiek van kwaliteitsconversie niet over L-gas te beschikken, ook niet als hun afnemers L-gas gebruikers zijn. GTS zal in dergelijke gevallen de kwaliteitsconversie verzorgen binnen de grenzen van de fysiek aanwezige kwaliteitsconversiemiddelen. De wettelijke verplichting daartoe is in het leven geroepen om de handel in gas te bevorderen, zonder belemmeringen voortvloeiend uit het verschil in kwaliteit tussen H-gas en L-gas. Bij de fysieke omvang van de kwaliteitsconversie is geen rekening gehouden met een eventueel besluit van de Minister de productie uit Groningen naar aanleiding van de aardbevingskwestie te verminderen. De resultaten van studie 7 geven aan welke bijdrage kwaliteitsconversie kan leveren om een mogelijke vermindering van de productie van Groningengas op te vangen. Uiteindelijk ontstaat het L-gas tekort als de L-gas gebruikers meer L-gas willen afnemen dan er L-gas kan worden aangeboden. Dit laatste wordt bepaald door de omvang van de Groningenproductie en de kwaliteitsconversie door GTS. Daarvoor is niet van belang wie de leverancier is.

Indien GTS tegen de grenzen van de maximale kwaliteitsconversie zou aanlopen, is het GTS die op basis van regelgeving bevoegd en verplicht is maatregelen te nemen. Indien maatregelen aan de aanbodzijde geen soelaas bieden, zou GTS tot het afsluiten van gasstromen naar afnemers moeten overgaan. GasTerra is daartoe niet bevoegd en GasTerra en andere marktpartijen kunnen ook niet beoordelen wanneer en welke gasstromen dit zal moeten betreffen.

Indien de Minister een besluit tot reductie van de Groningenproductie zou overwegen, dat niet met kwaliteitsconversie kan worden opgevangen, dient - naast de gevolgen die dit voor de contracten van GasTerra zou hebben - qua inhoud en uitvoering van dit besluit rekening te worden gehouden met toepasselijke Europese regelgeving. Dit is de Minister uiteraard bekend. Niettemin hecht GasTerra eraan dit in het onderhavige rapport op te merken, nu in de opdrachtformulering expliciet sprake is van het beperken van exportstromen om de levering aan Nederlandse verbruikers niet in gevaar te laten komen. In de bijlage bij het rapport wordt op deze regelgeving ingegaan en worden nog enkele andere aspecten behandeld. Daarmee wordt de lezer in staat gesteld de in het rapport gegeven antwoorden op de vragen van de Minister over de contracten van GasTerra nader te duiden.

Een besluit van GTS tot het afsluiten van gasstromen kan worden getoetst aan de regels van het EU Verdrag ten aanzien van uitvoerbeperkingen (artikelen 35 en 36 VWEU). Op grond daarvan is het GTS niet toegestaan om de uitvoer van gas te beperken, terwijl de levering van gas aan binnenlandse afnemers niet op overeenkomstige wijze beperkt wordt, tenzij daarvoor sprake is van een rechtvaardigingsgrond zoals openbare veiligheid of openbare orde. Voor het bestaan van een dergelijke rechtvaardigingsgrond heeft GasTerra geen aanwijzingen. Het is overigens moeilijk zich voor te stellen, dat de Minister een besluit zou nemen dat voorzienbaar tot het afsluiten van gasstromen door GTS zal leiden en waarbij de beslissing omtrent welke gasstromen worden afgesloten volledig aan GTS zou worden overgelaten. Een dergelijk besluit zou op gespannen voet kunnen staan met de Europese SOS-Verordening, die voorziet in samenwerking tussen lidstaten en met de Europese Commissie in geval van noodsituaties op het gebied van de levering van gas.

De Europese Commissie kan in dit verband een centrale rol voor zich opeisen. Iedere lidstaat is verplicht een noodplan te hebben dat voldoet aan de daaraan in de SOS-Verordening gestelde eisen. Ook Nederland heeft een dergelijk noodplan, dat in noodsituaties een belangrijke rol toekent aan GTS. In dit Noodplan is echter geen rekening gehouden met onderbreking van de gaslevering als gevolg van een door de overheid opgelegde productiebeperking ten aanzien van het Groningenveld. Van belang in dit verband is verder, dat de verordening als uitgangspunt kiest, dat bij het implementeren van noodmaatregelen de levering aan zogenoemde "beschermde afnemers" (huishoudelijke gebruikers) prioriteit moet krijgen, waarbij geen onderscheid wordt gemaakt tussen afnemers in verschillende lidstaten.

1 De langlopende exportcontracten van GasTerra voor L-gas en H-gas

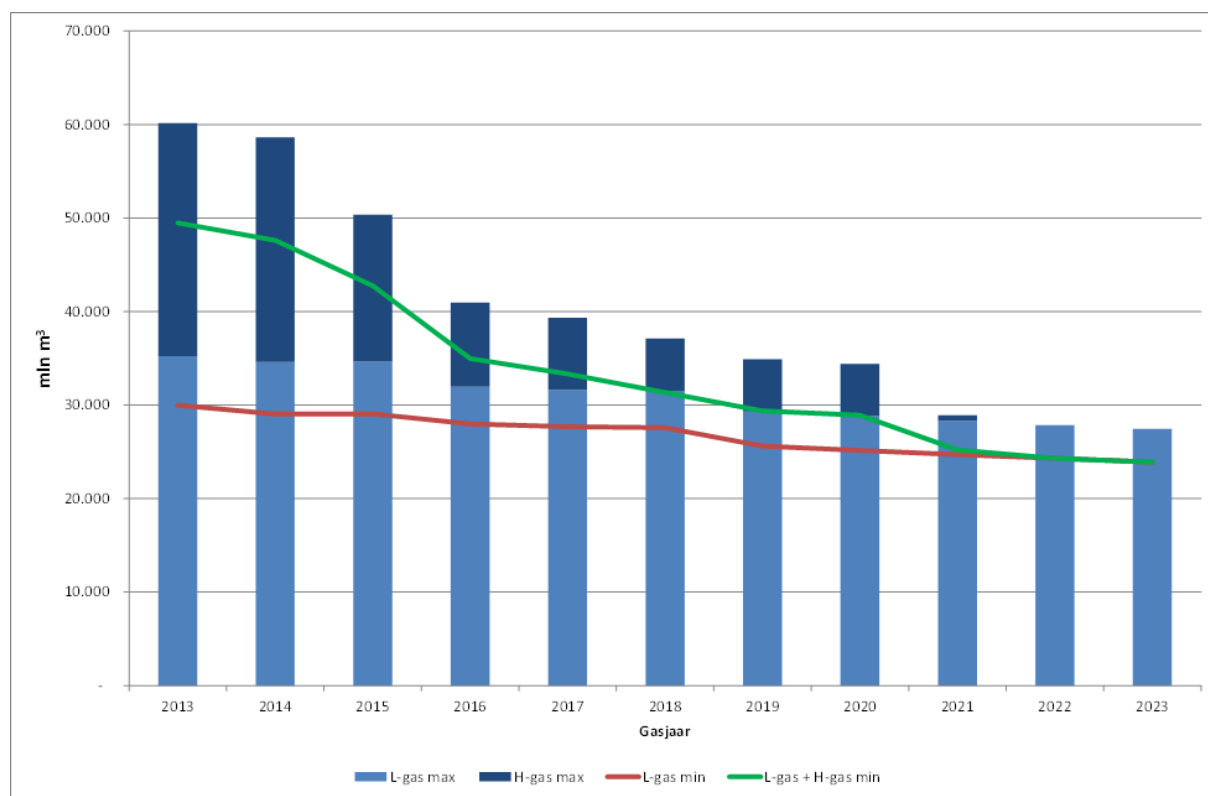
- 1.1 In Europa moeten twee soorten aardgas worden onderscheiden, het hoogcalorische gas (H-gas) en het laagcalorische gas (L-gas). Vanwege het verschil in kwaliteit (verbrandingseigenschappen) is de verbruiksapparatuur van afnemers afgestemd op gebruik van ofwel H-gas ofwel L-gas en dit al naar gelang zij zijn aangesloten op een H-gastransportnet of een L-gastransportnet. H-gas wordt in alle landen van Europa gebruikt, daarnaast wordt in Nederland, Duitsland, België en Frankrijk ook L-gas gebruikt, in aanzienlijke hoeveelheden. Het L-gas is voornamelijk afkomstig uit het Groningenveld, dat uitsluitend L-gas produceert. In vrijwel alle andere gasvelden in Europa zit uitsluitend H-gas. Belangrijke bronnen van H-gas voor Europa en Nederland in het bijzonder, zijn (onder meer) de Nederlandse kleine velden en velden in Noorwegen en Rusland. In Nederland is de landelijk netbeheerder, Gasunie Transportservices B.V. ("GTS"), in staat en wettelijk verplicht hoeveelheden H-gas te converteren in L-gas, tenzij dit redelijkerwijs niet van haar geveerd kan worden. Hiermee kan het aanbod van L-gas worden vergroot ten koste van het aanbod van H-gas. In studie 7 is gekwantificeerd in welke mate GTS H-gas kan converteren in L-gas.
- 1.2 Het Groningenveld produceert uitsluitend L-gas en al dit gas wordt door producent NAM geleverd aan GasTerra dat dit verkoopt aan binnen- en buitenlandse partijen. Het L-gas wordt geleverd aan gebruikers in Nederland, maar wordt ook geëxporteerd. GasTerra heeft ten behoeve van deze L-gas export langjarige contracten gesloten met Duitse, Belgische en Franse klanten: E.ON, RWE ST, Shell Duitsland, Exxonmobil Duitsland, EWE (*Duitsland*), Distrigas (*België*) en GDF SUEZ (*Frankrijk*). Het door deze exportklanten afgenomen L-gas wordt uiteindelijk geleverd aan eindverbruikers wier apparaten zijn afgestemd op het gebruik van L-gas. Eindverbruikers die zijn aangesloten op een L-gasnet kunnen niet zonder aanzienlijke kosten, en ook niet zonder medewerking van onder meer de netbeheerder, overschakelen op H-gas. Op korte en middellange termijn zijn de huidige huishoudelijke en industriële gebruikers van L-gas in binnen- en buitenland voor hun energievoorziening aangewezen op de beschikbaarheid van L-gas.
- 1.3 Het grootste deel van de Europese eindverbruikers en een deel van de Nederlandse eindverbruikers gebruikt geen L-gas, maar H-gas. GasTerra is zelf ook leverancier van H-gas onder een aantal langjarige exportcontracten. Het betreft hier contracten met E.ON, ExxonMobil Duitsland, Shell Duitsland (*Duitsland*), Swissgas (*Zwitserland*) Centrica (*Verenigd Koninkrijk*), Eni (*Italië*) en (bij uitoefening van een optie) Gdf SUEZ (*Frankrijk*). Daarnaast hebben Distrigas (*België*) en RWE ST (*Duitsland*) bepaalde mogelijkheden onder hun langjarige contracten met GasTerra hoeveelheden H-gas af te nemen. Met uitzondering van Eni, Swissgas en Centrica nemen genoemde partijen ook L-gas van GasTerra af onder langlopende exportcontracten.
- 1.4 In Nederland wordt H-gas geproduceerd uit de zogeheten kleine velden. Een aanzienlijk deel van dit gas wordt door GasTerra ingekocht in het kader van de wettelijke taak van GasTerra onder het Nederlandse kleine veldenbeleid. Daarnaast importeert GasTerra H-gas uit Noorwegen en Rusland. Een reductiebesluit voor gas uit het Groningenveld legt geen beperking op voor de productie van H-gas uit de kleine velden. Wel kan de verminderde beschikbaarheid van L-gas als gevolg van een eventuele productiebeperking leiden tot additionele behoefte aan H-gas. De landelijk netbeheerder GTS is immers in staat en wettelijk verplicht via zogeheten kwaliteitsconversie H-gas om te zetten in L-gas tenzij dit redelijkerwijs niet van GTS geveerd kan worden (zie ook hieronder). In studie 7 is

geïnventariseerd in welke mate GTS deze mogelijkheden heeft. Indien de hoeveelheid daarvoor beschikbaar H-gas kleiner is, dan de capaciteit van GTS tot kwaliteitsconversie, wordt relevant of meer H-gas kan worden geïmporteerd dan wel onder de langlopende contracten van GasTerra de export van H-gas kan worden verminderd, zodat dit H-gas (na kwaliteitsconversie) kan worden gebruikt om het tekort aan L-gas te verminderen.

2 De door GasTerra gecommitteerde volumes onder langlopende exportcontracten

- 2.1 In onderstaande grafiek en tabel wordt het volume weergegeven van afgesloten langlopende contracten door GasTerra per contractjaar. Hierbij is een onderscheid gemaakt in L-gas en H-gas. Daarnaast is een onderscheid gemaakt in de minimale jaarafname en maximale jaarafname per soort gas op basis van de reguliere volume flexibiliteit onder de lange termijn contracten. Alleen de afnemer (en niet GasTerra) heeft het recht te bepalen welk jaarvolume tussen minimum en maximum wordt afgenomen.
- 2.2 In diverse contracten heeft de klant nog opties tot additionele verhoging van het jaarvolume, uitgaande van een normaal jaar qua temperatuur c.q. graaddagen. Deze zijn niet in de grafiek/tabel opgenomen. Een additionele verhoging van het jaarvolume met 500 – 1.800 mln m³ is nog mogelijk. Deze verhoging geldt steeds voor een jaar maar de optie kan door de klant telkens opnieuw worden uitgeoefend.
- 2.3 In de grafiek/tabel worden langlopende jaarverplichtingen tot gasjaar 2023¹ weergegeven. GasTerra heeft met een aantal klanten leveringsverplichtingen tot en met gasjaar 2025 met mogelijkheden tot afbouw van het contract tot en met gasjaar 2028.

Grafiek 1 Volume langjarige exportcontracten



¹ Het gasjaar 20xx loopt van 1 oktober 20xx tot 1 oktober in het volgende kalenderjaar.

Tabel 1 Volume langjarige exportcontracten

Hoeveelheden in mln m ³	L-gas minimaal	L-gas maximaal	H-gas minimaal	H-gas maximaal	Totaal H+L minimaal	Totaal H+L maximaal
2013	29.985	35.218	19.493	24.928	49.478	60.146
2014	29.045	34.615	18.567	23.993	47.612	58.608
2015	29.066	34.617	13.689	15.741	42.754	50.358
2016	27.970	31.953	6.997	9.022	34.967	40.975
2017	27.678	31.629	5.658	7.683	33.336	39.311
2018	27.577	31.516	3.765	5.579	31.342	37.095
2019	25.606	29.326	3.765	5.579	29.370	34.905
2020	25.150	28.819	3.765	5.579	28.914	34.398
2021	24.694	28.312	515	596	25.208	28.908
2022	24.298	27.872	-	-	24.298	27.872
2023	23.902	27.432	-	-	23.902	27.432

- 2.4 De langjarige exportcontracten van GasTerra hebben verschillende einddata, waarbij de te leveren volumes onder sommige van deze contracten in de jaren daarvoor geleidelijk worden afgebouwd. De leveringsverplichtingen van GasTerra onder deze contracten lopen door tot na 2025.
- 2.5 De exportklanten kunnen onder de langlopende contracten met GasTerra binnen een bepaalde bandbreedte bepalen hoeveel gas zij daadwerkelijk afnemen. Er bestaat dus geen volstrekte zekerheid over de hoeveelheid L-gas (en H-gas) die nodig zal zijn voor de leveringen aan deze partijen. Deze hoeveelheid is in de praktijk onder meer afhankelijk van het weer en economische ontwikkelingen. GasTerra dient in beginsel in staat te zijn om de maximale hoeveelheid L-gas (en H-gas) te leveren die contractueel van haar gevraagd kan worden.
- 2.6 De bevindingen in deze rapportage met betrekking tot de exportcontracten voor de levering van L-gas gelden grosso modo ook voor GasTerra's exportcontracten voor de levering van H-gas.

3 Geen ontbindende voorwaarden

De langjarige exportcontracten van GasTerra bevatten geen ontbindende voorwaarden waarop GasTerra een beroep kan doen in geval van een productiebeperking. Dergelijke ontbindende voorwaarden zijn op de Europese gasmarkt ongebruikelijk, zowel in langjarige contracten als in kortlopende contracten. Het opnemen van een dergelijke voorwaarde in het contract zou de leveringszekerheid en daarmee de waarde van het contract ondermijnen ten opzichte van contracten die deze ontbindende voorwaarde niet bevatten. Het opnemen van een dergelijke ontbindende voorwaarde zou betekenen dat de klant zich bij voorbaat zou moeten neerleggen bij ontbinding van het contract in de door de ontbindende voorwaarde beschreven situatie, ten faveure van de levering aan zijn concurrenten met wie een dergelijke voorwaarde niet is afgesproken en tot nadeel strekkende van zijn afnemers die voor hun energievoorziening op het gebruik van gas zijn aangewezen. Hierbij moet tevens worden bedacht dat het opleggen van een productiebeperking naar aanleiding van aardbevingsrisico's, voor zover GasTerra bekend is, geen precedent kent. Het heeft in het verleden dan ook nimmer voor de hand gelegen bedoelde ontbindende voorwaarde op te nemen².

4 Overmachtsbepalingen

- 4.1 Het ontbreken van bovenbedoelde ontbindende voorwaarden betekent niet dat in de contracten van GasTerra geen rekening is gehouden met omstandigheden die onverhoopt aan nakoming van de leveringsverplichtingen in de weg staan. Gebruikelijk op de Europese gasmarkt is, om in langlopende contracten overmachtsbepalingen op te nemen waarop de leverancier zich kan beroepen, indien zich tijdens de looptijd van het contract omstandigheden voordoen die de nakoming van zijn leveringsverplichtingen verhinderen. Het moet dan wel om omstandigheden gaan die niet onder controle zijn van de leverancier. Als GasTerra door overmacht niet in staat is zijn leveringsverplichtingen na te komen, is GasTerra voor de duur van de overmacht van deze verplichtingen ontslagen en niet gehouden tot vergoeding van de schade. De inhoud van overmachtsbepalingen kan door partijen vrijelijk worden overeengekomen (contractsvrijheid) en hierover is bij het aangaan van de langjarige gasleveringscontracten van GasTerra dan ook uitgebreid onderhandeld.

² Uitsluitend ter illustratie van waardevermindering die het opnemen van een dergelijke voorwaarde tot gevolg zou hebben, kan een parallel getrokken worden met de in de gaswereld wel bekende "afschakelbare contracten". Onder deze contracten heeft de leverancier het recht tot afsluiten of beperken van de levering over te gaan indien de temperatuur beneden een bepaald niveau komt. De betreffende klanten betalen voor hun gas een lagere prijs dan niet afschakelbare klanten.

- 4.2 De overmachtsbepalingen in de langjarige contracten van GasTerra vertonen onderling, naast een aantal verschillen, veel overeenkomsten. Om redenen van vertrouwelijkheid en op basis van mededingingsrechtelijke overwegingen, zal GasTerra in dit rapport niet in detail ingaan op contractteksten en verschillen tussen individuele contracten. Zulks doet naar de overtuiging van GasTerra echter geen afbreuk aan de kwaliteit van dit rapport en de geldigheid van de bevindingen.
- 4.3 In de overmachtsbepalingen van de langjarige contracten van GasTerra wordt telkens een algemene omschrijving gegeven van het overmachtsbegrip en worden vervolgens concrete voorbeelden genoemd van situaties die overmacht kunnen opleveren. Steeds is daarbij (onder meer) overeengekomen dat overheidsmaatregelen kwalificeren als overmacht. Dit geldt ook indien de overheidsmaatregel zich niet richt tot GasTerra maar tot de NAM als producent van het Groningenveld. Bepalend in dit opzicht is, dat de overheidsmaatregel leidt tot het gastekort.
- 4.4 Gezien het belang van de levering van gas door GasTerra aan exportklanten lijkt het zeer aannemelijk dat zij zich zullen verzetten tegen een eventueel beroep op overmacht door GasTerra. Een beroep op overmacht door GasTerra zal aanleiding geven tot langdurige discussies, zo niet procedures, met buitenlandse afnemers. Daarbij zou bijvoorbeeld aan de orde kunnen komen of de wijze waarop en de mate waarin het gastekort is afgewenteld op (bepaal)de afnemers de toets der kritiek kan doorstaan en wat de rol van GasTerra in dit opzicht is geweest. Exportklanten zouden zich op het standpunt kunnen stellen dat zij op grond van hun contract met GasTerra recht hebben op een evenredige en/of billijke verdeling van het gastekort, daarbij tevens verwijzend naar Europese mededingingsregels waarop in de bijlage bij dit rapport nog nader zal worden ingegaan. Een onevenredige of onbillijke verdeling van het gastekort levert daarom risico's op voor het slagen van een beroep op overmacht.
- 4.5 Onder alle langjarige exportcontracten heeft GasTerra de verplichting te streven naar opheffing van de overmachtssituatie. De vraag of GasTerra in dat kader genegen of zelfs gehouden is tot het doen van dekkingsaankopen ten einde een gastekort in zijn eigen portfolio op te lossen, kan niet eenduidig worden beantwoord. Dit zal afhangen van de inhoud van het betreffende langjarige contract en van de concrete marktomstandigheden (waar en tegen welke prijs is nog gas van de juiste kwaliteit en de benodigde transportcapaciteit beschikbaar).
- 4.6 Het staat GasTerra uiteraard wel vrij dekkingsaankopen te doen om daarmee aan zijn leveringsverplichtingen te voldoen. Indien sprake is van een L-gas tekort, zullen dekkingsaankopen echter niet leiden tot de aanvoer van meer L-gas naar de markt als geheel. De belangrijkste L-gas bron (het Groningenveld) zal dan immers al de maximaal toegestane hoeveelheid produceren en de mogelijkheden H-gas naar L-gas te converteren zullen ook reeds volledig worden benut. Indien in Nederland een H-gas tekort zou dreigen, vanwege additionele vraag naar H-gas ter conversie naar L-gas, kunnen dekkingskopen wel leiden tot de aanvoer van meer H-gas. Het aantal H-gas bronnen in Europa is talrijk en de hoeveelheid H-gas die in Europa wordt gebruikt is een veelvoud van het gebruikte L-gas. Via "normale marktwerking" zou dus in de toegenomen vraag naar H-gas kunnen worden voorzien. Te denken valt bijvoorbeeld aan additionele importen via pijpleidingen of aanvoer van LNG overzee naar de GATE terminal in Rotterdam. Dit additionele gas zou door derden bijvoorbeeld op het TTF of op de Nederlandse grens kunnen worden aangeboden. GasTerra zou kunnen besluiten aan zijn langjarige H-gas leveringsverplichtingen jegens het Britse Centrica te voldoen door zelf meer H-gas op het Britse handelspunt NBP in te kopen en zodoende minder H-gas via de BBL transportleiding van Nederland naar het NBP te (laten) transporteren. Op deze wijze kan GasTerra H-gas uit zijn eigen portfolio vrijspelen dat dan

vervolgens door GTS naar L-gas kan worden geconverteerd. Vanzelfsprekend zal GasTerra optimaal gebruikmaken van de commerciële mogelijkheden additioneel H-gas te verkrijgen, indien als gevolg van toegenomen conversie van H-gas naar L-gas een H-gastekort in zijn portfolio zou dreigen te ontstaan.

4.7 De mogelijkheden voor GTS om via het inzetten van kwaliteitsconversie van H-gas additioneel L-gas te maken, zijn gekwantificeerd in het rapport naar aanleiding van de door de Minister uitgezette studie 7. Het is daarom niet zo dat een eventueel besluit tot productiebeperking van het Groningenveld automatisch leidt tot de situatie dat GasTerra zijn leveringsverplichtingen niet zal kunnen nakomen of dat klanten moeten worden afgesloten. Daarbij geldt, zoals hierboven al uiteengezet, dan wel de voorwaarde dat op de Europese gasmarkt voldoende additioneel H-gas beschikbaar zal blijken te zijn, om hiermee de benodigde kwaliteitsconversie naar L-gas te verrichten. Factoren die hierbij een rol spelen zijn onder andere:

- Beschikbaarheid van voldoende H-gas infrastructuur om H-gas naar Nederland te transporteren. Hieraan lijkt te worden voldaan (zie p.3 van het rapport van GTS inzake onderzoek 7);
- Mogelijkheden tot extra productie door de producenten van H-gas, zoals de Russische producenten en producenten van LNG;
- De vraag of gashandelaren het commercieel voldoende aantrekkelijk achten om gas te contracteren en naar Nederland te brengen (momenteel gaat een groot deel van de LNG-productie naar het Verre Oosten waar het prijsniveau op de groothandelsmarkt hoger is dan in Noordwest Europa en daarmee aantrekkelijker voor LNG-producenten en handelaren). Zie omtrent de onzekerheid van meer LNG aanvoer naar Europa het ENTSOG Ten-Year Network Development Plan 2013-2022, p.68³;
- Mogelijkheden bij afnemers om het verbruik van H-gas te verminderen waardoor H-gas beschikbaar komt voor conversie.

³ 3.1.1.6. LNG

There is considerable uncertainty regarding the level of LNG supplies that will reach the European market in the future. There are many reasons for this, which include:

- The potential for significantly increased global liquefaction capacity going forward, for example the facilities under construction in Australia, proposals to export US gas as LNG and possible new LNG from Africa (Mozambique) and Russia
- Higher global LNG demand, particularly in the Far East
- Possible commissioning delays in both LNG liquefaction and regasification facilities
- Reduced production from existing LNG liquefaction facilities due to maintenance or potential supply shocks
- Lower LNG demand in other markets, for example in the US
- Inter-regional price variations. In some instances traded LNG would flow towards higher priced markets.

Nevertheless, the continuity of some LNG flows to the original markets should be ensured by:

- the cost of shipping
- some need of the supplier to maintain diversity in the portfolio of customers
- contractual obligation in the short and long term
- Increasing volumes of gas traded internationally, both LNG and pipeline gas
- In the short term, uncertainty regarding LNG demand in Japan due to the level of nuclear generation returning.

The uncertainty regarding LNG supplies going forward is encapsulated in the changing US supply-demand position. Only a few years ago, with domestic gas production in decline, the US was predicted to be a significant importer of LNG in the future. Now, with developments in hydraulic fracturing and horizontal drilling, shale gas production has increased so significantly that the US could potentially become a significant exporter of LNG over the next decade and beyond.

- 4.8 Mits aan deze voorwaarde kan worden voldaan, is een aanzienlijke reductie mogelijk zonder dat van het niet nakomen van leveringsverplichtingen sprake zal zijn. De kwesties die in het onderhavige rapport aan de orde zijn, worden dan ook pas relevant als de middelen tot kwaliteitsconversie volledig worden benut.
- 4.9 De contractuele verplichting van GasTerra jegens de exportafnemers naar opheffing van de overmachtssituatie te streven, heeft nog een ander aspect dan de hierboven reeds besproken kwestie van eventuele dekkingsaankopen. Het verplicht GasTerra er namelijk ook toe kritisch te zijn op een eventueel besluit tot productiebeperking van het Groningenveld, indien dat besluit tot het met voorrang afsluiten van de leveringen aan exportafnemers zou leiden. Indien het afsluiten van de levering aan exportafnemers juridisch aanvechtbaar zou zijn, zou GasTerra dit mogelijk bij de bevoegde rechter moeten aankaarten ten einde een uitspraak te verkrijgen die het mogelijk maakt de leveringen aan de exportafnemers te hervatten. Zou GasTerra dit nalaten en zou later toch de onrechtmatigheid van het afsluiten van de exportafnemers komen vaststaan, dan loopt GasTerra het risico aansprakelijk te zijn jegens de betreffende exportafnemers voor door hen geleden schade. In de bijlage van dit rapport zal op hoofdlijnen worden ingegaan op Europese regelgeving die tot het oordeel kan leiden, dat het afsluiten van de gaslevering aan exportafnemers ten faveure van binnenlandse leveringen van L-gas, onrechtmatig is.
- 4.10 Indien GasTerra een beroep op overmacht toekomt en de overmacht langere tijd voortduurt, verplichten de langlopende exportcontracten van GasTerra partijen tot overleg, waarbij onder de meeste contracten uiteindelijk (meestal na 6 maanden overmacht) de mogelijkheid bestaat voor de afnemer het contract te beëindigen.
- 5 Aansprakelijkheid voor schade en verplichting tot nakoming
Voor zover komt vast te staan dat een contractspartij geen beroep op overmacht toekomt, is deze partij in beginsel aansprakelijk voor de door de wederpartij als gevolg van de niet-nakoming geleden schade. GasTerra heeft echter voor die situatie zijn aansprakelijkheid voor bepaalde schades contractueel beperkt of uitgesloten. In welke gevallen en in welke mate GasTerra hierop in voorkomend geval met succes een beroep zal kunnen doen, kan eveneens aanleiding geven voor langdurige discussies, zo niet procedures, met de betreffende exportklanten. GasTerra loopt derhalve een aansprakelijkheidsrisico indien het beroep op overmacht zou falen. Naast een verplichting tot schadevergoeding wegens niet-nakoming bestaat in deze situatie tevens de verplichting van GasTerra tot nakoming van leveringsverplichtingen jegens de exportafnemers.
- 6 Commerciële mogelijkheden volumes te beperken
- 6.1 GasTerra heeft geen contractuele mogelijkheden om volumes te beperken onder zijn lange termijn exportcontracten. Dit is zowel voor L-gas als voor H-gas het geval. De volumeverplichtingen zijn voor de looptijd van de contracten aangegaan. GasTerra zou uiteraard met de betreffende afnemers kunnen proberen te onderhandelen over de mate en de periode waarin de bestaande contractuele volumeverplichtingen kunnen worden beperkt. Uiteraard zal dit ten aanzien van L-gas contracten pas aan de orde hoeven komen, indien de eventuele reductie van de Groningen productie de mogelijkheden van GTS tot meer kwaliteitsconversie overstijgt. Voor H-gas contracten kan dit pas aan de orde komen, indien zou blijken dat in Nederland onvoldoende H-gas beschikbaar komt om deze additionele kwaliteitsconversie te verrichten. Bij genoemde onderhandelingen zal echter met onderstaande rekening moeten worden gehouden.
- 6.2 Het succesvol kunnen onderhandelen van een volumebeperking is afhankelijk van het feit of de afnemer een alternatief heeft. Zonder alternatief is de afnemer aangewezen op het met GasTerra gesloten langlopende contract.

- 6.3 Bij een beperking van de beschikbare hoeveelheid L-gas is er geen direct alternatief voor het L-gas. De vraag naar c.q. markt voor L-gas wijzigt niet als GasTerra de volumes onder de lange termijn contracten beperkt.
- 6.4 GasTerra verwacht daarom dat zijn exportafnemers negatief zullen reageren op een commercieel verzoek om te onderhandelen over het beperken van het volume L-gas onder de betreffende contracten.
- 6.5 Indien men een wat langere termijn beziet, bestaan voor de exportafnemers mogelijk wel alternatieven. Het ombouwen van de markt voor L-gas naar H-gas is technisch mogelijk evenals het installeren van meer kwaliteitsconversie. Hiermee zijn, zoals al eerder vermeld in paragraaf 1.2, wel aanzienlijke kosten gemoeid. Bovendien zal in dat geval additionele behoefte aan H-gas ontstaan. Overigens is GasTerra samen met het Ministerie van Economische Zaken en GTS al gesprekken gestart met betrokken partijen in binnen- en buitenland over ombouw van de markt van L-gas naar H-gas. Dit naar aanleiding van het teruglopen van de Groningenproductie vanaf 2020 en het aflopen van de exportcontracten. Daarbij lijkt ombouw in de jaren '20 voor alle betrokken partijen al een enorme uitdaging.
- 6.6 Het via onderhandelingen beperken van het volume H-gas onder exportcontracten van GasTerra, zodat dit H-gas kan worden geconverteerd naar L-gas om de verminderde productie van Groningengas te compenseren, heeft een hogere kans van slagen, omdat exportafnemers mogelijk in staat zijn met H-gas van derden een volumebeperking onder het contract op te vangen. Of deze exportafnemers daartoe in staat en bereid zijn, zal mede afhangen van de aard en omvang van de gasportfolio van de betreffende exportafnemers en van hun mogelijkheden ander H-gas op de juiste afleverpunten, met de juiste flexibiliteit en tegen een acceptabele prijs te kopen. Hierbij dient ook nog te worden aangetekend dat, zoals blijkt uit de in paragraaf 2.3 opgenomen grafiek en tabel, GasTerra's langlopende H-gas verplichtingen in de komende jaren snel in omvang afnemen.

7 Slot en bijlage

Met bovenstaande zijn de in de opdrachtformulering gestelde vragen, die alle uitsluitend betrekking hebben op de contracten van GasTerra, beantwoord. De opdracht van de Minister moet worden gezien in de context van een eventuele productiebeperking van Groningen. De antwoorden op de gestelde vragen kunnen daarom niet los worden gezien van de wijze waarop het gastransport en het verrichten van kwaliteitsconversie is georganiseerd en van de positie van landelijk netbeheerder GTS daarbij en kunnen ook niet los worden gezien van Europese regelgeving met betrekking tot noodsituaties op het gebied van de gaslevering (SOS-Verordening) en uitvoerbeperkingen (artikelen 35 en 36 VWEU). Bij de opstelling van dit rapport is in nader overleg met het Ministerie van Economische Zaken en GTS besloten dat GTS in een apart memo zal ingaan op haar positie. In de bijlage bij dit rapport wordt derhalve uitsluitend nog ingegaan op bovengenoemde aspecten, voor zover GTS hierop niet al is in bedoeld memo is ingegaan.

Bijlage - Additionele informatie die bij de beoordeling van het rapport betrokken kan worden

GasTerra's binnenlandse leveringen

1. Een tekort aan L-gas wordt niet voorkomen als GasTerra in het binnenland minder gas verkoopt. De binnenlandse leveringen van L-gas en H-gas door GasTerra geschieden, op één uitzondering na, niet op basis van langlopende contracten. De contracten voor deze leveringen worden door de afnemers voor het merendeel afgesloten in het jaar voorafgaand aan levering of in het jaar van levering zelf en voor leveringstermijnen van een jaar of korter. Deze afnemers kunnen industriële eindverbruikers zijn of energiebedrijven/handelaren, die het gas doorverhandelen (desgewenst ook voor export) of leveren aan industriële en huishoudelijke eindverbruikers in Nederland of daarbuiten. GasTerra levert zelf niet rechtstreeks aan huishoudelijke verbruikers en kleine industriële verbruikers.
2. Zou GasTerra het aangaan van contracten voor deze binnenlandse leveringen kunnen beperken, om daarmee een L-gastekort te voorkomen? Dit zou niet het beoogde effect hebben. De vraag naar L-gas bij eindverbruikers vermindert uiteraard niet als GasTerra dit zou doen. In de geliberaliseerde markt zullen andere leveranciers wel leveringscontracten aangaan met de betreffende afnemers. Dat deze leveranciers wellicht fysiek niet kunnen beschikken over L-gas staat daar niet aan in de weg. GTS heeft immers de wettelijke taak om H-gas te converteren in L-gas. Deze wettelijke taak van GTS is in het leven geroepen zodat de markt zich niet hoeft te bekommeren om het onderscheid tussen L-gas en H-gas, hetgeen het functioneren van de markt sterk ten goede komt. Daarbij is er door de wetgever van uitgegaan dat er steeds voldoende kwaliteitsconversie voorhanden zou zijn. Andere leveranciers kunnen de vraag van een eindverbruiker met een L-gas installatie dus dekken door H-gas in het systeem in te voeden (indien dat in voldoende mate beschikbaar is). Pas als GTS gedurende de levering tegen de grenzen van de maximaal mogelijke kwaliteitsconversie aanloopt, ontstaat een fysiek tekort aan L-gas. Een individuele marktpartij kan een dergelijk tekort niet voorkomen. Zijn verantwoordelijkheid is het slechts voldoende gas in om het even welke van beide kwaliteiten beschikbaar te hebben, om aan het totaal van zijn leveringsverplichtingen te voldoen.
3. Het afschakelen van afnemers

Indien GTS tegen de grenzen van de maximaal mogelijke kwaliteitsconversie aanloopt, zal GTS, bij gebreke van ander gasaanbod, moeten overgaan tot het 'afschakelen' van afnemers (zie hierover het memo van GTS). Het is in deze situatie dus niet aan GasTerra maar aan GTS om te besluiten welke afnemers zullen worden afgesloten. GasTerra heeft geen invloed op de fysieke gasstromen naar afnemers. Afnemers zullen – binnen hun contractuele mogelijkheden – gas blijven afnemen, zolang dit fysiek mogelijk is. Een L-gas tekort zal zich alleen manifesteren doordat GTS constateert dat het maximum van de mogelijkheden H-gas naar L-gas te converteren dreigt te worden bereikt. Het is niet aan GasTerra en zijn afnemers vooraf te bepalen wanneer dit moment zal worden bereikt. De door de ACM vastgestelde Transportvoorwaarden bepalen hoe GTS in dat geval moet handelen. Indien er geen mogelijkheden bestaan het probleem aan aanbodzijde op te lossen, zal GTS moeten overgaan tot het afsluiten van gasstromen naar afnemers. De leverancier kan zich in deze situatie mogelijk niet eenzijdig aan zijn leveringsverplichtingen jegens de exportklanten en andere afnemers onttrekken, als GTS

nog niet heeft aangegeven dat zich een gastekort dreigt te manifesteren en het afsluiten/beperken van specifiek door GTS benoemde gasstromen vereist is. Dit is nog daargelaten, dat deze exportafnemers zich aan een dergelijke eenzijdige actie van GasTerra mogelijk niet gebonden zullen achten en de fysieke afname van het L-gas onverminderd zullen continueren.

4. Toetsing aan Europese regels van een besluit door GTS tot afschakelen

- 4.1 Een besluit van GTS tot afschakelen van afnemers wordt genomen in de uitvoering van de haar door de Staat opgedragen wettelijke taken. Dit betekent dat het handelen van GTS vatbaar is voor toetsing aan de basisbepalingen in het VWEU met betrekking tot de interne markt, en meer in het bijzonder artikel 35 VWEU, dat een verbod bevat van kwantitatieve beperkingen en maatregelen van gelijke werking in het verkeer tussen lidstaten.
- 4.2 Het verbod van artikel 35 VWEU ziet ingevolge de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU op alle maatregelen die een specifieke beperking van de uitvoer tot gevolg hebben en aldus leiden tot een ongelijke behandeling van de uitvoerhandel van een lidstaat in relatie tot de binnenlandse handel. Het is GTS dus niet toegestaan om de uitvoer van gas te beperken, terwijl de levering van gas aan binnenlandse afnemers niet op overeenkomstige wijze beperkt wordt. Voor uitzondering van dit verbod is op grond van artikel 36 VWEU een zwaarwegende rechtvaardigingsgrond vereist, zoals bescherming van openbare orde, openbare veiligheid of gezondheid, en moet worden voldaan aan een strikte proportionaliteitstoets. Hiervan lijkt geen sprake te zijn ingeval GTS bij een tekort aan gas onderscheid maakt uitsluitend op basis van de bestemming van het gas.

5. GasTerra's verplichting tot evenredige verdeling van gas nader beschouwd

- 5.1 In het rapport is uiteengezet dat in geval GasTerra niet in staat is zijn leveringsverplichtingen jegens zijn exportklanten na te komen, deze klanten met een beroep op het contract van GasTerra zullen eisen te zorgen voor een evenredige en/of billijke verdeling van het gastekort onder haar afnemers. Zulks staat in de weg aan het met voorrang inzetten van gas voor de binnenlandse consument.
- 5.2 Los daarvan zou een besluit om alleen de leveringen aan exportklanten te staken ook in strijd kunnen zijn met het verbod op machtsmisbruik in de zin van artikel 102 VWEU. De Europese Commissie ziet een ongelijke behandeling door een onderneming met een machtspositie van afnemers op grond van nationaliteit, mede in het licht van artikel 18 VWEU, dat discriminatie op grond van nationaliteit verbiedt, gewoonlijk zonder meer als inbreuk op artikel 102 VWEU.⁴ Zo oordeelde de Europese Commissie in de zaak WK Voetbal 1998 dat het gedrag van de ticketverkooporganisatie:

"onrechtstreeks neerkomt op een discriminatie van die verbruikers op grond van hun nationaliteit, hetgeen strijdig is met de fundamentele beginselen van het Gemeenschapsrecht. Een dergelijk gedrag kan in deze zaak niet worden geacht buiten de werkingssfeer van [artikel 102 VWEU] te vallen op grond van het feit dat het [de onderneming] met een machtspositie geen commercieel of ander voordeel uit haar optreden heeft gehaald."⁵

⁴ Zie bijvoorbeeld Commissiebeschikking van 29 oktober 1981 in zaak IV/29.839 - GVL en het arrest van het Hof van Justitie van 2 maart 1983 in zaak 7/82, GVL/Commissie.

⁵ Zie Commissiebeschikking van 20 juli 1999 in zaak IV/36.888 – WK Voetbal 1998, par. 102.

- 5.3 Niet anders ligt de situatie als GasTerra bij allocatie direct of indirect onderscheid zou maken naar de geografische bestemming van het gas. Volgens het Hof van Justitie is het een onderneming met een machtspositie in beginsel toegestaan in tijden van schaarste voorrangscriteria voor de toewijzing van bestellingen vast te stellen, zolang die criteria objectief en non-discriminatoir zijn.⁶ Het verschillend behandelen van afnemers op grond van de geografische bestemming van de levering is dit echter nu juist niet. Het Gerecht van Eerste Aanleg verwoordt dit als volgt:

"Met betrekking tot de vraag, of de gewraakte praktijk een misbruik oplevert, merkt het Gerecht op, dat het, zoals verzoeksters stellen, weliswaar een onderneming met een machtspositie is toegestaan in tijden van schaarste voorrangscriteria voor de toewijzing van bestellingen vast te stellen, hetgeen ook overigens een normaal commercieel beleid is, maar dat die criteria objectief moeten zijn en geen discriminatoir karakter mogen hebben."⁷

- 5.4 Overigens is het – zoals al opgemerkt – in geval van een gastekort (niet aan GasTerra maar) aan GTS om te bepalen welke afnemers worden afgesloten indien dat noodzakelijk mocht blijken. GasTerra is om die reden ten aanzien van zijn contractuele verplichting om te zorgen voor een evenredige verdeling van een tekort aan gas afhankelijk van GTS. Daarbij is van belang dat GasTerra onder de leveringscontracten gehouden is om te streven naar opheffing van de onmogelijkheid van nakoming. Op die grond kunnen de buitenlandse afnemers van GasTerra zich mogelijk op het standpunt stellen dat GasTerra de contractuele verplichting heeft om een eventuele ongelijke verdeling van het gas tekort (en – daarmee – de ongelijke behandeling van afnemers) aan te vechten en om (zodoende) de onmogelijkheid van (althans een evenredig beperkte) levering weg te nemen. GasTerra zou dan op grond van de langlopende leveringscontracten ten behoeve van zijn buitenlandse afnemers moeten ageren tegen het besluit van GTS om bepaalde afnemers wel en andere niet af te sluiten.

6. De SOS-Verordening

Indien zich daadwerkelijk een situatie zou voordoen waarin de leveringszekerheid van alle eindgebruikers van L-gas niet langer kan worden gewaarborgd, is met het oog op de juridische beoordeling van de vrijheid van handelen van GTS ten slotte nog van belang de verordening betreffende maatregelen tot veiligstelling van de gaslevering (de "SOS-Verordening").⁸

Op grond van artikel 4 lid 1 sub b) van de SOS-Verordening dient in elke lidstaat op nationaal niveau een noodplan opgesteld te worden dat de maatregelen omvat om de effecten van een verstoring van de gaslevering weg te nemen of te beperken. Volgens artikel 10 lid 3 sub c) van de SOS-Verordening is sprake van een noodsituatie:

⁶ Zie bijvoorbeeld Hof van Justitie, zaak 77/77, BP/Commissie en Gerecht van Eerste Aanleg, zaak T-65/89, BPB Industries/Commissie.

⁷ Gerecht van Eerste Aanleg, zaak T-65/89, BPB Industries/Commissie, par. 94.

⁸ Verordening (EU) Nr. 994/2010 van het Europees Parlement en de Raad d.d. 20 oktober 2010 betreffende de maatregelen tot veiligstelling van de gaslevering, PB 2010, L 259/1. In beginsel heeft het VWEU voorrang boven EU-Verordeningen. In een geval als het onderhavige ligt evenwel in de rede dat het handelen van een netbeheerder allereerst wordt getoetst aan de verordening. Luidt de conclusie dat het optreden van de netbeheerder in lijn is met de verordening, dan kan alsnog de vraag rijzen of de verordening verenigbaar is met de fundamentele bepalingen van het VWEU. Bedacht moet evenwel worden dat de SOS-verordening is gebaseerd op artikel 194 VWEU en is vastgesteld in het kader van de totstandbrenging en de werking van de interne markt voor energie. De SOS-verordening strekt er dan ook mede toe de bevoegdheden van de lidstaten in te kaderen waar het betreft maatregelen bedoeld om het hoofd te bieden aan noodsituaties die de tussenstaatse handel kunnen belemmeren.

"wanneer zich een uitzonderlijk hoge gasvraag voordoet of een significante verstoring of een andere significante verslechtering van de levering, en wanneer alle relevante op de markt gebaseerde maatregelen zijn toegepast maar de gaslevering niet volstaat om aan de resterende gasvraag te voldoen en er dus naast die op de markt gebaseerde maatregelen ook niet op de markt gebaseerde maatregelen moeten worden genomen, met name om de gaslevering aan beschermde afnemers als bedoeld in artikel 8 veilig te stellen."

Er is dus sprake van een noodsituatie indien (i) niet op de markt gebaseerde maatregelen nodig zijn, met name om (ii) de gaslevering aan beschermde afnemers te waarborgen. Onder het begrip beschermde afnemers vallen (in ieder geval) huishoudens en in Nederland waarschijnlijk ook alle andere gebruikers die beschikken over een aansluiting op een net met een totale maximale doorlaatwaarde van 40 m³ per uur.⁹

Wij lichten deze twee punten hieronder afzonderlijk toe.

Niet op de markt gebaseerde maatregelen

Voor Nederland geldt het Noodplan Leverings- en Voorzieningszekerheid Aardgas, versie 2.0 d.d. 3 december 2012 (het "Noodplan"). De inleiding op het Noodplan stelt dat het in Nederland niet noodzakelijk is om te kunnen terugvallen op niet op de markt gebaseerde maatregelen:

"Gezien de omvangrijke eigen productie en de mogelijkheid om daarop een beroep te doen bij het wegvallen van importstromen is Nederland redelijk immuun voor een onverhoopte verstoring van de gasvoorziening in (Noordwest-) Europa. Dit wordt nog eens versterkt doordat de Nederlandse productie niet afhankelijk is van een enkele productiebron. Het Groningenveld, de grootste bron van Nederlands aardgas, kent meer dan 20 onafhankelijk van elkaar opererende productielocaties en daarnaast wordt er gas geproduceerd uit 235 zogenoemde kleine velden.

Dit alles maakt dat het Nederlandse noodplan redelijk eenvoudig van opzet is en ook kan zijn. Er is, zoals in het navolgende wordt beschreven, uiteraard sprake van een crisisorganisatie die in geval van ernstige verstoring van de gasvoorziening wordt geactiveerd. Gezien de Nederlandse situatie m.b.t. aardgas is het echter niet noodzakelijk om te kunnen terugvallen op niet op de markt gebaseerde maatregelen en mag en kan er op worden vertrouwd dat de binnenlandse productie eventuele problemen met de gasvoorziening kan en zal opvangen."

Zoals hierboven uiteengezet, is een noodsituatie onder de SOS-Verordening een situatie waarin ook niet op de markt gebaseerde maatregelen nodig zijn. De opmerking in de inleiding dat dergelijke maatregelen niet noodzakelijk zijn in Nederland suggereert dat in het Noodplan geen regeling is getroffen voor het geval zich daadwerkelijk een noodsituatie voordoet als bedoeld in de SOS-Verordening. Ondanks deze inleiding op het Noodplan noemt het Noodplan uiteindelijk wel (ten minste)¹⁰ één niet op de markt

⁹ Artikel 2 lid 1 van de SOS-Verordening. Lidstaten hebben de mogelijkheid om onder voorwaarden ook kleine- en middelgrote ondernemingen en/of stadsverwarmingsinstallaties onder de definitie van beschermde afnemer te brengen. De Gaswet richt zich voor wat betreft leveringszekerheid op afnemers van gas die beschikken over een aansluiting op een net met een totale maximale doorlaatwaarde van 40 m³ per uur. De Gaswet gebruikt echter nergens het begrip beschermde afnemer. Zie hierover kamerstukken 32 806, nr. 3, p. 5. en nr. 6, p. 3.

¹⁰ Ook andere maatregelen die genoemd worden in paragraaf 4 van het Noodplan zouden als niet op de markt gebaseerde maatregelen kunnen worden gekwalificeerd.

gebaseerde maatregel, namelijk de hierboven beschreven mogelijkheid van GTS om gebruikers af te schakelen:

"9. Bijdrage niet op de markt gebaseerde maatregelen (artikel 10, lid i)

Zoals in de vorige paragraaf aangegeven is aan netbeheerders en andere op de gasmarkt actieve partijen om te bepalen welke maatregelen zij nemen om een crisis het hoofd te bieden. Van de in bijlage III bij de verordening genoemde niet op de markt gebaseerde maatregelen, wordt in Nederland dan ook geen gebruik gemaakt (zo is geen van de genoemde maatregelen opgenomen in de vigerende wet- en regelgeving). Uitsluitend in noodsituaties, en dan nog pas in laatste instanties kan GTS bepaalde exits instrueren minder te doen. Zie ook paragraaf 4."¹¹

In de genoemde paragraaf 4 van het Noodplan wordt hieromtrent gesteld:

"Indien GTS geconfronteerd wordt met onverwachte grote storingen in het landelijk gastransportnet, waaronder ook wordt begrepen een storing in de tot het landelijk gastransportnet behorende ondersteunende communicatie en besturingssystemen, waarbij de systeemintegriteit in het geding komt, kan zij een noodsituatie uitroepen. Als GTS een noodsituatie heeft uitgeroepen dan zal de netbeheerder van het landelijk gastransportnet maatregelen nemen in onderstaande volgorde:

- inzet van eventueel gecontracteerde middelen voor noodsituaties;
- instructies betreffende installaties voor de opslag van gas of LNG en op entrypunten van het landelijk gastransportnet;
- instructies op exitpunten van het landelijk gastransportnet. In concreto betekent dit dat bepaalde exits worden geïnstrueerd minder te doen c.q. af te schakelen. Het gevolg is dat de huishoudelijke markt pas in laatste instantie minder bedield zal worden."

De genoemde maatregelen komen overeen met de maatregelen in artikel 4.1.4.4 van de Transportvoorwaarden (zie het memo van GTS). De opmerking dat de huishoudelijke markt pas in laatste instantie minder bedield zal worden sluit aan bij de regel van artikel 10 lid 3 sub c) van de SOS-Verordening dat het Noodplan als doel heeft om met name de gaslevering aan beschermde afnemers (waaronder in ieder geval huishoudens) als bedoeld in artikel 8 van de SOS-Verordening veilig te stellen.

(i) Beschermde afnemers

Het genoemde artikel 8 van de SOS-Verordening bepaalt in lid 1 dat Lidstaten maatregelen moeten nemen om bij bepaalde omstandigheden de levering van gas aan beschermde afnemers van de Lidstaat voor een beperkte periode te verzekeren:

"De bevoegde instantie verplicht bepaalde, door haar geïdentificeerde aardgasbedrijven ertoe de nodige maatregelen te nemen om de gaslevering aan de beschermde afnemers van de lidstaat te waarborgen in de volgende gevallen:
[gevallen van extreme kou, extreme vraag, uitval van bepaalde infrastructuur]"

Na de beperkte periode van artikel 8 lid 1 SOS-verordening, bestaat er op grond van artikel 8 lid 3 van de SOS-verordening slechts een inspanningsverplichting voor het leveren van gas, met name voor beschermde afnemers:

¹¹ Noodplan, paragraaf 9.

"Na de door de bevoegde instantie overeenkomstig de leden 1 en 2 gedefinieerde perioden of onder moeilijker omstandigheden dan die welke zijn omschreven in lid 1, spannen de bevoegde instantie en de aardgasbedrijven zich in om de gaslevering, met name voor beschermde afnemers, zo goed mogelijk in stand te houden."

Het valt op dat hier in algemene zin wordt gesproken over "beschermde afnemers" terwijl in artikel 8 lid 1 van de SOS-Verordening wordt gesproken over "beschermde afnemers van de lidstaat". Hoe dit ook zij, uit de SOS-Verordening blijkt naar onze mening duidelijk dat Nederland geen maatregelen kan nemen die enerzijds de beleving van binnenlandse beschermde afnemers veiligstelt, maar anderzijds geen rekening houdt met de positie van beschermde afnemers in de buurlanden die voor de gasvoorziening, evenals de Nederlandse beschermde afnemers, aangewezen zijn op L-gas.

Ten aanzien van de preventie- en noodplannen bepaalt artikel 3 lid 6 van de SOS-Verordening uitdrukkelijk het navolgende:

"De in de preventieplannen en de noodplannen opgenomen maatregelen om de leveringszekerheid te waarborgen (...) duidelijk omschreven, transparant, evenredig, niet-discriminerend en verifieerbaar, verstoren niet op onnodige wijze de mededinging en de goede werking van de interne gasmarkt en brenge[n] de gaslevering van andere lidstaten of de Unie in haar geheel niet in gevaar."

Een noodplan mag dus niet discriminatoir zijn. In dit verband moet ook worden gewezen op overweging 6 van de preambule van de SOS-Verordening, waarin wordt benadrukt dat de specifieke kenmerken van laagcalorisch gas ook op regionaal niveau moeten worden gezien:

"In sommige regio's van de Unie wordt laagcalorisch gas geleverd. [...] De specifieke kenmerken van laagcalorisch gas moeten op nationaal en regionaal niveau worden gezien en er moet rekening mee worden gehouden bij de risico-evaluatie en bij de preventieve actieplannen en noodplannen op nationaal en regionaal niveau."

Artikel 4 lid 2 van de SOS-Verordening regelt dat bij de opstelling van noodplannen de lidstaten elkaar en de Commissie consulteren, teneinde tegenstrijdigheden in de plannen te voorkomen. Deze consultatieplicht geldt in het bijzonder voor aan elkaar grenzende lidstaten. Afhankelijk van de uitkomsten van die consultaties kunnen lidstaten ertoe overgaan gezamenlijke preventieve actieplannen en noodplannen op te stellen op regionaal niveau (artikel 4 lid 3 van de SOS-Verordening).

De consultatie tussen de lidstaten en de Commissie vindt plaats bij het opstellen van een noodplan en bij de actualisatie van een noodplan. Volgens artikel 10 lid 2 van de SOS-Verordening vindt deze actualisatie in beginsel plaats om de twee jaar, maar onder omstandigheden kan een frequentere actualisatie nodig zijn:

"De nationale en gezamenlijke noodplannen worden om de twee jaar geactualiseerd, tenzij de omstandigheden frequentere actualisering nodig maken, en weerspiegelen de geactualiseerde risico-evaluatie. De raadpleging tussen bevoegde instanties als bedoeld in artikel 4, lid 2, vindt plaats voordat de geactualiseerde plannen worden vastgesteld."

Uit deze bepalingen en overwegingen in onderlinge samenhang bezien moet worden afgeleid dat de lidstaat Nederland, indien hij meent dat er een risico bestaat dat de leveringszekerheid voor gebruikers van L-gas in Nederland en de omliggende landen in het gedrang kan komen, met de omliggende lidstaten en de Commissie in contact moet treden met het oog op het opstellen van een gezamenlijk preventief actieplan of noodplan. Een verzuim zulks te doen staat op gespannen voet met doel, structuur en bewoordingen van de SOS-Verordening.

Zelfs als Nederland geen nieuw Noodplan zou opstellen, dan nog zouden er beperkingen gelden voor de maatregelen die Nederland in een noodsituatie zou kunnen nemen. Artikel 10 lid 7 van de SOS-Verordening bepaalt hieromtrent:

"De lidstaten en met name de bevoegde instanties zorgen ervoor dat:

- a) er geen maatregelen worden genomen die de gasstroom binnen de interne markt op enig moment onnodig beperken;
- b) er geen maatregelen worden genomen die de gasleverings situatie in een andere lidstaat ernstig in gevaar zouden kunnen brengen

[..]".

Ingevolge artikel 10 lid 8 van de SOS-Verordening verifieert de Commissie of aan de voorwaarden van de voorgaande bepalingen is voldaan en of de maatregelen geen onevenredige belasting opleveren voor aardgasbedrijven. Het lijkt weinig aannemelijk dat de Commissie een situatie zou accepteren waarin het Ministerie van EZ als de bevoegde instantie van de lidstaat Nederland een noodsituatie zou afkondigen wegens reductie van de productie van gas uit het Groningenveld, en met het oog op die situatie de export van L-gas zou blokkeren of althans aanzienlijk zou verminderen, terwijl de lidstaat Nederland in het eigen noodplan niet eens rekening heeft gehouden met de mogelijkheid dat een dergelijke maatregel op enig moment noodzakelijk zou kunnen blijken te zijn, alsmede zonder eerst de bevoegde instanties van de omliggende lidstaten en de Commissie te consulteren.

Tot slot moet worden gewezen op artikel 11 van de SOS-Verordening dat kort gezegd voorziet in de mogelijkheid dat de Commissie op verzoek van een bevoegde instantie die een noodsituatie heeft afgekondigd voor een specifieke geografische regio op regioniveau een noodsituatie kan afkondigen. Kort samengevat zullen in een dergelijke situatie de bevoegde instanties binnen de betrokken regio (in casu: de gebieden waarin er eindverbruikers zijn die zijn aangewezen op L-gas) de noodzakelijke maatregelen moeten nemen om de crisissituatie het hoofd te bieden, waarbij de Commissie uitdrukkelijk een coördinerende rol vervult. Dit lijkt de geëigende aanpak indien zich daadwerkelijk een situatie zou voordoen waarin de leveringszekerheid van alle eindgebruikers van L-gas niet langer kan worden gewaarborgd.