

## Consultatiereactie ENGIE op regeling tijdelijk verminderen van gasafname

### Inleiding

ENGIE heeft kennis genomen van de consultatie van de regeling rondom invoering van een subsidiemodule voor het verstrekken van subsidies voor het tijdelijk verminderen van gasafname (hierna: de regeling). Graag maken wij gebruik van de mogelijkheid om te reageren op het voorstel. Indien hiertoe in de gelegenheid gesteld geven wij in een persoonlijk gesprek graag een nadere toelichting op onze reactie.

### Hoofdpunten

#### **De regeling moet zich richten op een afnemer én zijn leverancier**

De regeling knoopt aan bij de afnemer van het gas. Op zichzelf is dit, kijkend naar het doel van de tender, begrijpelijk. Afnemers kunnen namelijk besluiten om minder gas af te nemen en daarmee bijdragen aan het doel van maatregel 3 in het hoogste crisisniveau (noodsituatie) van het Bescherm- en Herstelplan Gas (hierna: BHG). Dit doel is de vraag naar gas terugbrengen tot een niveau van het resterende aanbod. ENGIE merkt op dat de afnemer hiertoe wel juridisch in staat moet zijn en gerechtigd is om daadwerkelijk minder gas af te nemen. Dit vergt dat een afnemer – privaatrechtelijk gezien – zogeheten juridische titel moet hebben op het gas en ook beschikkingsbevoegd is.<sup>1</sup> Zolang het gas door een leverancier niet aan de afnemer is geleverd, heeft deze in privaatrechtelijke zin (zoals vereist vanuit het Burgerlijk Wetboek) geen titel op het gas en is deze niet beschikkingsbevoegd. Beiden rechten blijven daarmee rusten bij de leverancier. Een afnemer kan daarmee nooit zonder hulp van een leverancier bijdragen aan het doel en voldoen aan de voorwaarden van de regeling.

#### **Bestemming van het met de tender vrijgespeelde gas**

In de regeling is niet vastgelegd wat er met het door de tender 'vrijgespeelde gas' moet gebeuren. Kijkend naar Verordening 2017/1938/EU en uit oogpunt van leveringszekerheid (nu de tender beoogt om de balans tussen vraag en aanbod in het netwerk te herstellen) moet het gas volgens ENGIE in het Nederlandse gastransportnet blijven. Dit kan worden bewerkstelligd door een leverancier een publiekrechtelijke wettelijke plicht op te leggen het vrijgespeelde gas ter beschikking te stellen. Dit maakt het mogelijk dat het gas wordt overgedragen aan een specifiek aangewezen partij die de plicht heeft om te zorgen dat het gas in het Nederlandse gastransportnet blijft.

In een eerder stadium hebben ambtenaren van het ministerie van EZK mondeling kenbaar gemaakt dat een leverancier het vrijgekomen gas naar verwachting naar believen mag verkopen. Deze insteek staat volgens ENGIE haaks op de doelstelling van de regeling en strookt dit ook niet met de verplichtingen die volgt uit Verordening 2017/1938/EU. Ter illustratie hieronder een voorbeeld van een (onbedoelde) effect als het gas naar believen verkocht kan worden:

*Het vrijgekomen gas wordt gekocht door een partij die besluit het over de grens te transporteren en zodoende afnemers in het buitenland te belevaren. In dat geval zal de balans tussen vraag en aanbod in het Nederlandse gastransportnet niet hersteld worden. Stel dat de vraag 100 eenheden gas is en het aanbod 80 eenheden gas. Door de tender wordt 20 eenheden gas 'vrijgespeeld', waardoor de vraag met 20 eenheden gas daalt. Op dat moment is de balans in het net hersteld (vraag en aanbod zijn immers beiden 80 eenheden gas). Echter, als de 20 eenheden gas vervolgens over de grens gaan, is het aanbod (60 eenheden gas) weer lager dan de vraag (80 eenheden gas). Dé facto heeft de tender dan geld gekost en geen resultaat opgeleverd. De leveringszekerheid in Nederland is namelijk nog steeds niet geborgd, terwijl de tender daarvoor wel bedoeld is.*

<sup>1</sup> Artikel 3:84 BW.



Daarnaast merkt ENGIE op dat, zodra een afnemer daadwerkelijk minder gas gaat afnemen onder de tender, Nederland de laatste fase van het BHG (de noodsituatie) heeft afgeroepen. Er zal dan sprake zijn van een gascrisis en het is niet zeker dat de gasmarkt nog functioneert: kan er nog gehandeld worden. Als dat zo is, dan zal de verkoop vanwege de krapte op de gasmarkt waarschijnlijk tegen een (zeer) hoge prijs gaan plaatsvinden. Hierbij kan de principiële vraag gesteld worden of dit, gegeven het doel van de regeling, een wenselijke c.q. uitlegbare uitkomst is. Dit laatste geldt zeker als het gas over de grens getransporteerd mag worden.<sup>2</sup>

### Conclusie

Volgens ENGIE is de regeling op grond van bovenstaande punten niet in lijn met a) het dwingendrechtelijk systeem zoals dat volgt uit het Burgerlijk Wetboek en b) EU regels. Ten aanzien van dit laatste: de regeling is te kwalificeren als uitvoerings- en implementatiemaatregel van hetgeen uit Verordening 2017/1938/EU volgt. De regeling moet daarom voldoen aan de voorwaarden die daarvoor gelden vanuit het recht van de Europese Unie.<sup>3</sup> Dit betekent dat de tender geschikt moet zijn om het beoogde doel ook daadwerkelijk te kunnen bereiken of naderbij te brengen<sup>4</sup>. In het geval van de tender is dit, kijkend naar genoemde verordening en het BHG, de balans tussen vraag en aanbod herstellen. Door de wijze waarop de regeling nu is vormgegeven is hier geen sprake van.

Het enkel verstrekken van een verklaring door een afnemer waarin deze verklaart 'zijn leverancier te hebben geïnformeerd over de aanvraag en de gevolgen die de aanvraag bij verlening heeft voor zijn gasafname' is dan ook onvoldoende. De regeling moet zich volgens ENGIE daarmee niet alleen richten op een afnemer, maar ook de leverancier<sup>5</sup> van die afnemer. Het is immers die leverancier die de juridische titel en beschikkingsbevoegdheid heeft over het gas. Ook zal de balans in het netwerk (het uiteindelijke doel van de regeling) niet worden hersteld als het gas over de grens wordt getransporteerd. Volgens ENGIE moet bij de vormgeving van de regeling rekening gehouden worden met deze hoofdpunten.

Daarnaast is ENGIE van mening dat in de vormgeving van de tender de volgende onderwerpen in acht genomen moeten worden. De regeling is op (diverse van) deze onderwerpen niet altijd duidelijk of regelt hier niets over:

1. Te maken afspraken tussen afnemer en zijn leverancier.
2. Recht op compensatie van bepaalde kosten voor afnemer en zijn leverancier.
3. Rekening houden (vanuit systeemtechnisch oogpunt) met voldoende doorlooptijden.
4. Afspraken over meten en controleren dat de gasbesparing daadwerkelijk heeft plaatsgevonden.

### **ENGIE gedachten bij vier genoemde onderwerpen**

#### ***Te maken afspraken tussen afnemer en zijn leverancier***

Volgens ENGIE moeten een afnemer en leverancier in ieder geval over de volgende zaken afspraken maken:

- **Kwantiteit:** hoeveel gas kan een afnemer in de gasvermindingsperiode dagelijks minder afnemen.
- **Duur:** voor hoeveel tijd gaat er minder gas afgenomen worden.
- **Kosten:** welke gedeelde inkomsten moet afnemer aan leverancier betalen vanwege minder gasafname.

---

<sup>2</sup> Los van de uiteindelijke keuze: de wetgever moet in de regeling een duidelijk passende en steekhoudende keuze maken wat er met het gas moet gebeuren en deze keuze ook motiveren in de Memorie van Toelichting.

<sup>3</sup> Arrest HvJ EU, C-62/62, 5 februari 1963, ("Van Gend & Loos") en arrest HvJ EU, 5 maart 1996, C-46/93, ("Brasserie du pêcheur").

<sup>4</sup> Arrest HvJ EU, C-132/80, 7 april 1981 ("United Foods") en Arrest HvJ EU, C-320/03, 15 november 2005, („Zware vrachtwagens I”).

<sup>5</sup> Daaronder begrepen de programmaverantwoordelijke en de shipper.



Kijkend naar (de Memorie van Toelichting van) de regeling zit tussen de periode van aankondiging en daadwerkelijke opening van een tender een relatief kort tijdsbestek: mogelijk een aantal dagen tot een week. Een afnemer die kan participeren in de tender zal naar verwachting niet in dat tijdsbestek 'opeens' besluiten mee te doen in de tender. Dergelijke partijen zullen al veel eerder starten met het verkennen wat uit technisch-, veiligheids- en commercieel oogpunt nodig is om minder gas te gaan afnemen. In dat proces kan een afnemer ook reeds contact leggen met zijn leverancier om te kijken in hoeverre de geldende contractuele voorwaarden deelname in de tender toestaat (of dat nog voorwaarden overeengekomen moeten worden). Zodra een tender wordt aangekondigd kan dan in principe snel geschakeld worden.

Voor een leverancier is het daarnaast van groot belang dat het tijdig wordt geïnformeerd dat een afnemer als winnaar uit de bus is gekomen in de tender of wanneer daadwerkelijk gestart wordt met minder gasafname. In de regeling (of de Memorie van Toelichting) staat echter niet benoemd op wie de plicht rust om een leverancier te informeren. In de regeling moet dit meer expliciet uitgewerkt worden.

#### ***Recht op compensatie van bepaalde kosten voor afnemer en zijn leverancier***

Een leverancier sluit met een afnemer een leveringscontract voor de levering van gas. Hierin worden diverse contractuele aspecten vastgelegd: het (jaarlijks) af te nemen volume, de verkoopprijs, het afleverpunt etc. Vervolgens koopt een leverancier het benodigde gas in, flexibiileitsmiddelen, transportcapaciteit etc. Daarnaast hanteert een leverancier een premie voor de *cost to serve* (het bedienen van klanten) en een bruto marge. Een leverancier wil de kosten en marge die samenhangen met de hoeveelheid gas die minder wordt afgenomen gecompenseerd zien. Een leverancier heeft daar ook recht op vanwege de contractuele afspraken waar de afnemer zich aan te houden heeft.

Een afnemer zal naar verwachting ook gemiste inkomsten hebben vanwege het niet kunnen produceren van producten en heeft ook het recht om deze kosten terug te krijgen in de tender.

Volgens de Memorie van Toelichting brengen ondernemingen in de tender een bod uit voor de prijs waartegen zij bereid zijn minder gas af te nemen en krijgt een afnemer uitsluitend de kosten van de vergoeding per m<sup>3</sup> verminderde gasafname vergoed. Daarbij geldt een maximum aan het te bieden bedrag. Uit de regeling en de Memorie van Toelichting blijkt echter niet (goed) wat deze vergoeding per m<sup>3</sup> verminderde gasafname precies dekt. Vanuit leveranciersperspectief is het in ieder geval niet duidelijk of het enkel een vergoeding voor de fysiek uitgespaarde m<sup>3</sup>'s gas betreft, of dat ook andere kosten (zoals *cost to serve* en capaciteitskosten) vergoed gaan worden. De regeling moet hier meer duidelijkheid over geven. Voor zover de regeling thans niet de hierboven genoemde leverancierskosten dekt, moet het toepassingsbereik van de vergoeding vergroot worden.

#### ***Rekening houden (vanuit systeemtechnisch oogpunt) met voldoende doorlooptijden***

Een afnemer moet in zijn aanvraag kenbaar maken hoeveel dagen na ontvangst van de subsidiebeschikking uiterlijk gestart kan worden met het verminderen van de gasafname. In ieder geval uiterlijk 7 dagen na het verlenen van een toegekende subsidie moet een afnemer daadwerkelijk starten met het minder afnemen van gas.

Uiteraard moet een afnemer zelf bepalen met welke snelheid een productieproces gecontroleerd en veilig omlaag geschroefd kan worden om minder gas af te kunnen nemen. Echter, ook aan leverancierszijde zijn acties vereist. Dit betreft met name de volgende zaken:

- Wijzigingen doorvoeren in de zogeheten *forecasting* (voorspellingen van de gasvraag en decentrale opwekking) om de gasinkoop af te stemmen op verwachte gasafname en daarmee op de korte termijn de energiebalans in evenwicht te houden en een onbalansboete te voorkomen. Dit betekent een *lead time* van normaliter één tot twee dagen.



- Indienen van een programma bij Gasunie Transport Services (GTS) met daarin een uurvoorspelling van gasstromen voor de volgende gasdag. Iedere dag vóór 14:00 moet dit programma bij GTS ingediend worden voor de volgende gasdag. Dit betekent een *lead time* van normaliter één dag.
- Het doen van een nominatie (aangeven hoeveel gas op elk uur van de gasdag ten behoeve van een netwerkpunt getransporteerd moet worden) bij GTS. Iedere dag vóór 14:00 op de gasdag moeten deze nominaties gedaan worden voor de volgende gasdag. Dit betekent een *lead time* van normaliter één dag.

Indien een leverancier deze acties niet tijdig en correct uitvoert, wordt hij geconfronteerd met boetes voor de hem toe te rekenen onbalans in het gasnet van GTS. Als een afnemer minder gas afneemt en hiervoor wordt niet gecorrigeerd door een leverancier, wordt namelijk meer gas in het gastransportnet ingevoerd dan dat door afnemers onttrokken wordt. In zijn aanvraag zal een afnemer derhalve rekening moeten houden met de *lead times* van zijn leverancier. ENGIE is van mening dat dit in de regeling expliciet opgenomen moet worden.

ENGIE merkt voorts nog op dat vanuit praktisch oogpunt de *lead times* voor het weekend en/ of feestdag(en) anders kunnen zijn en vaak langer kunnen zijn.

***Afspraken over meten en controleren dat de gasbesparing daadwerkelijk heeft plaatsgevonden***

In de Memorie van Toelichting staat dat de Rijksdienst voor Ondernemend Nederland (hierna: RVO) verantwoordelijk is voor het toezicht op en de handhaving van deze regeling, met gebruikmaking van de mogelijkheden die de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb) biedt. In de regeling is hierover echter niets opgenomen. Dit geldt ook voor het bieden van adequate rechtsbescherming bij de uitvoering van de tender. Uit oogpunt van rechtszekerheid en wetmatigheid meent ENGIE dat de bepalingen rondom toezicht en handhaving ook in de regeling zelf opgenomen en uitgeschreven moeten worden. Daarbij moet in het bijzonder aandacht zijn voor het toezicht op het daadwerkelijk minder gas afnemen door een afnemer (conform de voorwaarden van de subsidiebeschikking). Zo moet duidelijk zijn hoe RVO precies invulling geeft aan deze rol, maar ook welke rol een leverancier (inbegrepen een programma verantwoordelijke en shipper) en GTS als netbeheerder hierin moet spelen.

\*\*\*\*\*

Zwolle, 10 november 2023