KOMMISSIONENS GENNEMFØRELSESAFGØRELSE

af 24. april 2012

om undtagelse af produktion og engrossalg af elektricitet fremstillet ud fra konventionelle energikilder i Tyskland fra anvendelsen af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester

(meddelt under nummer C(2012) 2426)

(Kun den tyske udgave er autentisk)

(EØS-relevant tekst)

(2012/218/EU)

EUROPA–KOMMISSIONEN HAR —

under henvisning til traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde,

under henvisning til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester [1], særlig artikel 30, stk. 5 og 6,

under henvisning til anmodning indgivet af Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e.V. (den føderale sammenslutning af energi- og vandindustrier) (herefter benævnt BDEW) ved e-mail af 26. oktober 2011, og

ud fra følgende betragtninger:

I. SAGSFREMSTILLING

(1) Den 26. oktober 2011 indgav BDEW pr. e-mail en anmodning til Kommissionen i henhold til artikel 30, stk. 5, i direktiv 2004/17/EF. Kommissionen underrettede de tyske myndigheder om anmodningen den 11. november 2001 og anmodede desuden de tyske myndigheder om supplerende oplysninger pr. e-mail af 10. januar 2012, og BDEW pr. e-mail af 21. december 2011. De tyske myndigheder fremsendte supplerende oplysninger pr. e-mail af 14. december 2011, og BDEW indsendte oplysningerne pr. e-mail af 17. januar 2012, 26. januar 2012 og 28. februar 2012.

(2) Anmodningen, som blev indgivet af BDEW på vegne af ordregivende myndigheder i de pågældende sektorer, vedrører som nævnt i anmodningen bygning, køb og drift (herunder vedligeholdelse) af alle typer elværker samt de relevante støtteaktiviteter [2].

(3) Anmodningen er ledsaget af en udtalelse fra Bundeskartellamt (de tyske kartelmyndigheder) af 25. juli 2011. Denne udtalelse (herefter benævnt udtalelsen) blev udstedt på grundlag af den relevante tyske lovgivning og vedrører spørgsmålet om, hvorvidt den aktivitet, der er undergivet proceduren, er direkte undergivet almindelige konkurrencevilkår. Udtalelsen er baseret på en omfattende sektorundersøgelse af de relevante markeder.

II. RETSGRUNDLAG

(4) Artikel 30 i direktiv 2004/17/EF fastlægger, at kontrakter, der indgås med henblik på at muliggøre udførelse af en af de aktiviteter, der er omhandlet i direktivet, ikke er undergivet dette direktiv, hvis den pågældende aktivitet i den medlemsstat, hvor den udøves, er direkte undergivet almindelige konkurrencevilkår på markeder, hvortil adgangen er fri. Om en aktivitet er direkte undergivet almindelige konkurrencevilkår, afgøres på grundlag af objektive kriterier under hensyntagen til den pågældende sektors særlige kendetegn. Adgangen til et marked betragtes som fri, hvis medlemsstaten har gennemført og anvender den relevante EU-lovgivning om åbning af en given sektor eller en del heraf. Denne lovgivning er anført i bilag XI til direktiv 2004/17/EF, som for så vidt angår elektricitetssektoren henviser til Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv 96/92/EF af 19. december 1996 om fælles regler for det indre marked for elektricitet [3]. Direktiv 96/92/EF er blevet afløst af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/54/EF af 26. juni 2003 om fælles regler for det indre marked for elektricitet og om ophævelse af direktiv 96/92/EF [4], som også blev afløst af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/72/EF af 13. juli 2009 om fælles regler for det indre marked for elektricitet og om ophævelse af direktiv 2003/54/EF [5].

(5) Tyskland har gennemført og anvender ikke blot direktiv 96/92/EF men også direktiv 2003/54/EF og 2009/72/EF. Følgelig og i overensstemmelse med artikel 30, stk. 3, første afsnit, bør adgangen til markedet betragtes som fri på hele Tysklands område.

(6) Om en aktivitet er direkte undergivet almindelige konkurrencevilkår, bør bedømmes på grundlag af forskellige indikatorer, hvoraf ingen nødvendigvis er afgørende i sig selv. Hvad angår de markeder, der er omfattet af nærværende afgørelse, er hovedaktørernes markedsandel på et givet marked et af de kriterier, som bør tages

[1] EUT L 134 af 30.4.2004, s. 1.
[2] Anmodningen om undtagelse omfatter også aktiviteter i forbindelse med el-produktion såsom kraftvarmeværker.
[3] EFT L 27 af 30.1.1997, s. 20.
[4] EUT L 176 af 15.7.2003, s. 37.
[5] EUT L 211 af 14.8.2009, s. 55.

i betragtning. Et andet kriterium er koncentrationsgraden på disse markeder. På grund af de særlige kendetegn ved markederne bør der også tages hensyn til andre kriterier som f.eks. balancemarkedets virkemåde, priskonkurrencen og omfanget af leverandørskift blandt kunderne.

(7) Nærværende afgørelse indskrænker ikke anvendelsen af konkurrencereglerne.

III. ANALYSE

(8) Det tyske marked for elektricitet er kendetegnet ved en række store kraftværker, som drives af en lang række markedsdeltagere ([1]). Hovedparten af produktionskapaciteten tilhører fire store elselskaber: RWE AG, E.ON AG, EnBW AG og Vattenfall Europe AG. Da to af disse selskaber, nemlig RWE og E.ON, er private selskaber (dvs. selskaber, der ikke er undergivet direkte eller indirekte dominerende indflydelse fra de ordregivende myndigheder, jf. artikel 2, stk. 1, litra b), i direktiv 2004/17/EF), der ikke opererer i sektoren for el-produktion på grundlag af særlige eller eksklusive rettigheder i henhold til artikel 2, stk. 3, i direktiv 2004/17/EF, anses de ikke for at være ordregivende myndigheder i henhold til direktiv 2004/17/EF. Deres udbud med henblik på produktion eller salg af elektricitet er derfor ikke undergivet direktivets bestemmelser. De skal således i forbindelse med disse aktiviteter betragtes som konkurrenter til de ordregivende myndigheder, hvis udbud er undergivet dette direktiv. Analysen vil derfor i det følgende fokusere på de ordregivende myndigheder, når det skal undersøges, om aktiviteten er undergivet almindelige konkurrencevilkår på markeder, hvortil adgangen er fri.

(9) Elektricitet sælges på engrosniveau på børserne, dvs. spotmarkeder og terminsmarkeder på European Energy Exchange AG (EEX) (den europæiske energibørs) og European Power Exchange S.E. (EPEX) eller over-the-counter-salg uden for børserne. Prisen på energibørserne anvendes som regel som referencepris for over-the-counter-salg. Produktionsselskaberne optimerer driften af deres kraftværker i henhold til resultaterne på børsernes spotmarkedshandel. I princippet drives kun de kraftværker, hvis marginalomkostninger ligger under markedsprisen.

(10) *Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien* ([2]) (den tyske lov om forrang for vedvarende energi — herefter benævnt »EEG«) indeholder regler for elektricitet fremstillet ud fra vedvarende energikilder ([3]), som i tillæg til elektricitet fremstillet ud fra konventionelle kilder ([4]) spiller en stadig større rolle på det tyske marked. Ifølge den ændrede EEG, som trådte i kraft i begyndelsen af 2012, skal andelen af vedvarende energikilder i elektricitetsforsyningen stige til 35 % inden 2020, til 50 % inden 2030 og til 80 % inden 2050.

(11) Ved udgangen af 2010 var en produktionskapacitet på 160,5 GW koblet til transmissionssystemoperatørernes (TSO) (77,6 GW) og distributionssystemoperatørernes (DSO) (82,9 GW) netværk. I forhold til 2009 (152,7 GW) er dette en stigning på ca. 7,8 GW. Vedvarende energikilder udgør 54,2 GW af den samlede kapacitet. Ca. 50,7 GW fra vedvarende energikilder betales i henhold til EEG-tarifferne. Dette betyder, at vedvarende energikilder udgør ca. 34 % af den samlede kapacitet ([5]).

(12) Hvad angår indfødningen, blev der i 2010 indfødt i alt 531,2 TWh i TSO- og DSO-systemer (hhv. 367,5 TWh og 163,7 TWh). Den mængde, der blev indfødt fra vedvarende energikilder, var på 93,7 TWh, hvoraf 80,7 TWh blev afregnet i henhold til EEG's tariffer. Dette betyder, at indfødning fra vedvarende energikilder udgør ca. 18 % af den samlede indfødte mængde, altså en andel, der ligger under de 34 % af den samlede produktionskapacitet, som vedvarende energikilder udgør ([6]). Forskellen skyldes, at anvendelsesperioden for vedvarende energikilder pr. år er kortere end for konventionelle energikilder.

(13) Et andet kendetegn ved det tyske elektricitetsmarked vedrører de nationale myndigheders nylige beslutning om at lukke 8 atomkraftværker med en samlet kapacitet på 8 400 MW ([7]) som følge af atomkatastrofen i Japan i begyndelse af 2011. Det blev desuden besluttet at lukke de resterende atomkraftværker i Tyskland inden 2022. Dette ændrede på kort sagt balancen mellem import og eksport, således at Tyskland, der før var nettoeksportør af elektricitet indtil 2010, nu blev nettoimportør i 2011.

([1]) Iflg. Eurostats oplysninger om miljø og energi af 11/2010 var der i Tyskland over 450 elselskaber i 2008, svarende til mindst 95 % af nettoproduktionen af elektricitet.

([2]) EEG indeholder regler for: prioriteret adgang til nettet for generel elektricitetsforsyning til anlæg, der producerer elektricitet ud fra vedvarende energikilder og minegas; prioriteret køb, transmission og distribution af og betaling for elektricitet fra vedvarende energikilder for netoperatører, også hvad angår elektricitet fra kraftvarmeværker, og inklusiv præmier for indarbejdning af denne type elektricitet i elforsyningssystemet; og en landsdækkende udligningsordning for mængden af indkøbt elektricitet, for hvilken der er betalt afgift eller præmier.

([3]) I EEG og betingelserne heri forstås ved »vedvarende energikilder« vandkraft, inkl. bølge- og tidevandsenergi, saltkraft, vindenergi, solstråling, jordvarme, biomasseenergi, inkl. biogas, biomethan, lossepladsgas, gas fra rensningsanlæg og den bionedbrydelige del af dagrenovation og erhvervsaffald.

([4]) I denne afgørelse forstås ved elektricitet fremstillet ud fra konventionelle kilder og konventionel energi energi som ikke hører under anvendelsesområdet for EEG.

([5]) I henhold til Monitoring Benchmark Report 2011 fra Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (forbundsagenturet for elektricitet, gas, telekommunikation, post og jernbaner) (EN oversættelse), s. 9.

([6]) I henhold til Monitoring Benchmark Report 2011 fra Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (forbundsagenturet for elektricitet, gas, telekommunikation, post og jernbaner) (EN oversættelse), s. 10.

([7]) I henhold til Monitoring Benchmark Report 2011 fra Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (forbundsagenturet for elektricitet, gas, telekommunikation, post og jernbaner) (EN oversættelse).

Markedsdefinition

Det relevante produktmarked

(14) I henhold til Kommissionens tidligere sager [1] skelnes der mellem følgende relevante produktmarkeder i elektricitetssektoren: (i) produktion og engrossalg; (ii) transmission; (iii) distribution og iv) detailsalg. Selvom nogle af disse markeder yderligere kan opdeles i underkategorier, har Kommissionens praksis [2] hidtil været at afvise en skelnen mellem et el-produktionsmarked og et engrossalgsmarked, idet produktion blot er det første led i værdikæden, mens de producerede elektricitetsmængder sælges på engrossalgsmarkedet.

(15) BDEWs anmodning vedrører elektricitetsproduktion og engrossalg heraf. Bundeskartellamt definerer i sin udtalelse produktmarkedet som det primære salgsmarked for elektricitet [3], hvilket omfatter el-leverandørernes første salg af deres egen produktion og nettoimporten af elektricitet, men ikke efterfølgende salg mellem markedsdeltagerne. Desuden fastslår Bundeskartellamt, at produktion og salg af elektricitet i henhold til EEG (herefter benævnt EEG-elektricitet) ikke er en del af dette marked.

(16) Bundeskartellamt betragter markedet for EEG-elektricitet som et separat marked, for så vidt angår det første salg. EEG-elektricitet sælger normalt ikke direkte på engrosmarkedet, men købes først af transmissionsnetoperatørerne til en lovbestemt afregningssats. De videresælger derefter EEG-elektricitet på engrosmarkedet.

(17) Bundeskartellamt konkluderer, at produktion og salg af EEG-elektricitet ikke er organiseret på almindelige konkurrencevilkår og at EEG-elektricitet er uafhængig af efterspørgsels- og prisindikatorer [4]. Konklusionerne er overvejende baseret på følgende kendsgerninger:

(18) EEG-elektricitet har indfødningsprioritet; Produktionen af EEG-elektricitet er således helt uafhængig af efterspørgslen. Produktion og indfødning er desuden uafhængig af priserne, idet operatørerne er berettigede til en lovbestemt afregning. EEG-elektricitet sælges af transmissionssystemoperatørerne på spotmarkedet i henhold til fastsatte lovbestemmelser uden manøvremuligheder.

(19) Bundeskartellamt bemærkede desuden, at EEG-elektricitet i henhold til loven kan sælges direkte, og en vis procentdel af operatørerne gør brug af denne mulighed. I loven om EEG hedder det, at operatører af EEG-anlæg kan vælge mellem at sælge direkte og modtage tarifafregning i henhold til EEG den første dag i måneden. Afhængigt af prognosen for markedsprisen og efterspørgslen kan operatører af EEG-anlæg således hver måned afgøre, hvilken salgsform der er bedst egnet for dem. Denne form for direkte salg vil dog i fremtiden kun være af marginal betydning.

(20) Ifølge den ændrede lovgivning om EEG, som trådte i kraft i begyndelsen af 2012, har operatører af EEG-anlæg — som anført ovenfor — mulighed for at sælge den elektricitet, de selv producerer, og samtidig modtage en afsætningspræmie. Afsætningspræmien skal udligne forskellen mellem den fastsatte EEG-afregning og den månedlige gennemsnitspris på energibørsen, som fastsættes efterfølgende. Anvendelsen af afsætningspræmien er dog valgfri, således at operatører af EEG-anlæg kan vælge at fortsætte i ordningen med fast afregning eller vende tilbage til ordningen hver måned. Den største del af EEG-elektriciteten forventes dog at blive solgt gennem transmissionsnetoperatører. Desuden vil afsætningspræmiemodellen ikke ændre det forhold, at den samlede afregning for EEG-producenter ikke overvejende afgøres af markedspriserne [5].

(21) Bundeskartellamt anerkender derfor, at selvom EEG-elektricitet udøver et konkurrencemæssigt pres på elektricitet fremstillet ud fra konventionelle kilder, er det modsatte ikke tilfældet; EEG-elektricitet kan derfor ikke indgå i det samme marked som konventionel elektricitet, idet de markedsbetingelser, der gør sig gældende for det første salg er vidt forskellige mellem disse to produktionsformer. Det første salg af EEG-elektricitet forventes desuden at finde sted gennem transmissionsnetoperatører. Markedet adskiller sig således også fra engrosmarkedet for konventionel elektricitet, hvad angår efterspørgslen.

(22) I betragtning af de særlige kendetegn ved det tyske elektricitetsmarked og med henblik på en vurdering af betingelserne i artikel 30, stk. 1, i direktiv 2004/17/EF og uden at dette indskrænker anvendelsen af konkurrencereglerne, defineres det relevante produktmarked som markedet for produktion og første salg af elektricitet fremstillet ud fra konventionelle kilder. Produktion og første salg af EEG-elektricitet er ikke omfattet af dette marked, jf. uddybningerne ovenfor, og vil i det følgende blive evalueret separat.

Geografisk markedsdefinition

(23) Anmodningen vedrører aktiviteter på Forbundsrepublikken Tysklands område. Ansøgeren undersøger muligheden for et større område, der omfatter Tyskland og Østrig på grundlag af en række tendenser inden for udvikling af regelsæt, niveauet af elimport og –eksport og markedskobling og procedurer for forvaltning af

[1] Sag COMP/M.4110 — E.ON/ENDESA, af 25.4.2006, præmis 10, s. 3.
[2] Sag COMP/M.3696 — E.ON/MOL af 21.1.2005, præmis 223, sag COMP/M.5467 — RWE/ESSENT af 23.6.2009, præmis 23
[3] Iflg. udtalelse fra Bundeskartellamt (EN oversættelse), s. 5.
[4] Iflg. udtalelse fra Bundeskartellamt (EN oversættelse), s. 5.
[5] De enkelte operatørers vederlag varierer dog afhængigt af, om vedkommende vil kunne afsætte sin elektricitet til en pris, der ligger over den månedlige gennemsnitspris.

overbelastning, men konkluderer i sidste ende, at der ikke kan drages en endelig konklusion om, hvorvidt det tyske engrosmarked for elektricitet og de relevante markeder i nabolandene er tilstrækkeligt integrerede på nuværende tidspunkt til at blive betragtet som et regionalt marked.

(24) På grundlag af en sektorundersøgelse antager Bundeskartellamt, at der findes et fælles primært marked for elektricitet i Tyskland og Østrig. Denne konklusion er baseret på, at der ikke er flaskehalsproblemer ved sammenkoblingslinjerne på grænsen mellem Tyskland og Østrig, også det fælles markedsførings- og prisfastsættelsesområde på European Power Exchange S.E. (EPEX).

(25) I Kommissionens tidligere praksis defineredes elektricitetsmarkederne overvejende som værende af nationalt omfang ([1]) eller endda mindre ([2]). I enkelte tilfælde er der blevet åbnet mulighed for markeder, der er større end de nationale ([3]).

(26) Kommissionen mener, at det med henblik på vurdering af betingelserne i artikel 30, stk. 1, i direktiv 2004/17/EF og uden at dette indskrænker anvendelsen af konkurrenceregelerne, ikke er nødvendigt at træffe konklusioner om det nøjagtige omfang af det relevante geografiske marked for produktion og første salg af konventionel elektricitet, da resultaterne af vurderingen af ethvert alternativt marked ville være de samme.

(27) Hvad angår produktion og første salg af EEG-elektricitet, kunne det geografiske omfang ikke udvides til områder uden for Tyskland, idet det er baseret på specifikke lovbestemmelser i den tyske EEG-lovgivning.

Markedsanalyse

Produktion og første salg af elektricitet fremstillet ud fra konventionelle kilder

a) Markedsandele og markedskoncentration,

(28) Som det er fast praksis ([4]) i forbindelse med Kommissionens beslutninger i henhold til artikel 30, mente Kommissionen for elektricitetsproduktionens vedkommende, at »én indikator for omfanget af konkurrencen på de nationale markeder er den markedsandel, som de tre største producenter råder over«.

(29) Ifølge Bundeskartellamts udtalelse ([5]) var den samlede markedsandel for de tre største producenter for indfødning af elektricitet på 74 % i 2007,73 % i 2008 og 70 % i 2010. Det tyske marked for elektricitet er således placeret midt i feltet sammenlignet med tidligere beslutninger om undtagelser i henhold til artikel 30 i direktiv 2004/17/EF ([6]).

(30) Der skal dog mindes om, at de to største producenter RWE og E.ON, som tilsammen har en markedsandel på 58 % ([7]), ikke er omfattet af reglerne om kontraktindgåelse.

(31) Målet med denne afgørelse er at fastslå, om aktiviteterne i forbindelse med produktion og engrossalg af elektricitet er undergivet konkurrencevilkår i et sådant omfang (på markeder, hvortil der er fri adgang), at det også ved fravær af de disciplinerende detaljerede regler om kontraktindgåelse i direktiv 2004/17/EF sikres, at kontrakter vedrørende udøvelsen af de her berørte aktiviteter vil blive indgået på en gennemsigtig, ikke-diskriminerende måde på grundlag af kriterier, der gør det muligt at finde den løsning, som generelt er den økonomisk mest fordelagtige. Det er i den forbindelse vigtigt at erindre, at når de virksomheder, der ikke er undergivet reglerne om kontraktindgåelse (navnlig RWE og E.ON), agerer på disse markeder, har de mulighed for at lægge konkurrencepres på de øvrige markedsdeltagere. Dette vil forblive uændret, selvom Østrig integreres i det relevante geografiske marked, idet markedsandelen for de tre største producenter kun forventes at blive en smule større på et marked, der omfatter både Østrig og Tyskland ([8]).

(32) Hvad angår produktion og engrossalg af elektricitet fremstillet ud fra konventionelle kilder, kan ovenstående kendsgerninger betragtes som en indikation for, om de markedsdeltagere, der er omfattet af reglerne om kontraktindgåelse, er direkte undergivet almindelige konkurrencevilkår.

(33) Det skal desuden bemærkes, at arbejdsdokumentet fra Kommissionens tjenestegrene »2009-2011 rapporten om opbygningen af det indre marked for gas og

([1]) Kommissionens beslutning 2008/585/EF (EUT L 188 af 16.7.2008, s. 28, betragtning 9), 2008/741/EF (EUT L 251 af 19.9.2008, s. 35 betragtning 9), sag COMP/M.3440 ENI/EDP/GDP af 9.12.2004, præmis 23.

([2]) Kommissionens afgørelse 2010/403/EF (EUT L 186 af 20.7.2010, s. 44, betragtning 9).

([3]) Sag COMP/M.3268 — SYDKRAFT/GRANINGE af 30.10.2003, præmis 27, og COMP/M.3665 — ENEL/SLOVENSKE ELEKTRARNE af 26.4.2005, præmis 14.

([4]) Kommissionens beslutning 2009/47/EF (EUT L 19 af 23.1.2009, s. 57), 2008/585/EF, 2008/741/EF, 2007/141/EF (EUT L 62 af 1.3.2007, s. 23), 2007/706/EF (EUT L 287 af 1.11.2007, s. 18), 2006/211/EF (EUT L 76 af 15.3.2006, s. 6) og 2006/422/EF (EUT L 168 af 21.6.2006, s. 33).

([5]) Iflg. udtalelse fra Bundeskartellamt (EN oversættelse), s. 7, afsnit 2.

([6]) Den samlede markedsandel for de tre største producenter i Det Forenede Kongerige (39 %), Østrig (52 %) og Polen (55 %) er lavere, men de tilsvarende værdier i Finland (73,6 %) og Sverige (87 %) er højere.

([7]) Produktionen beregnes ved at tage højde for egne kraftværker, andelen i fællesejede kraftværker og langsigtet output sikret på kontraktbasis (trækningsrettigheder).

([8]) Iflg. udtalelse fra Bundeskartellamt (EN oversættelse), s. 7, afsnit 3.

elektricitet« fra juni 2011 ([1]) viser et fald i markedskoncentrationen i Tyskland ([2]), i forhold til de tidligere år, og det tyske marked for elektricitet placeres i kategorien af markeder med »moderat koncentration« ([3]), dvs. markeder med et Herfindahl-Hirschman-indeks (HHI) ([4]) på mellem 750 og 1 800.

(34) Hvad angår ovenstående tal, kan det med henblik på denne afgørelse og uden at dette indskrænker anvendelsen af konkurrencereglerne antages, for så vidt angår de ordregivende myndigheder, at koncentrationsgraden på markedet kan betragtes som en indikator for, at markedet for produktion og engrossalg af elektricitet fra konventionelle kilder i Tyskland er undergivet almindelige konkurrencevilkår.

b) Andre faktorer

(35) I de senere år, faktisk indtil marts 2011, var Tyskland nettoeksportør af elektricitet. Som følge af beslutningen om at udfase produktionen af elektricitet fra en række atomkraftværker blev Tyskland imidlertid nettoimportør. Der er således på nuværende tidspunkt et konkurrencemæssigt pres på det tyske marked på grund af muligheden for at importere elektricitet fra andre lande. Dette sikrer, at investeringer i den tyske elektricitetssektor ikke kan foretages uden at tage højde for andre producenter i de omkringliggende lande. Disse faktorer bør derfor ikke betragtes som værende til hinder for konklusionen om, at ordregivende myndigheder, der opererer på det tyske marked for produktion fra konventionelle kilder, er undergivet konkurrence. Desuden viser en analyse af situationen vedrørende leverandørskift blandt kunderne ([5]) og likviditetsgraden på engrosmarkedet ([6]), at disse faktorer ikke er til hinder for konklusionen om, at ordregivende myndigheder, der opererer på det tyske marked for produktion fra konventionelle kilder, er undergivet konkurrence. Endelig skal det også bemærkes, at det tyske balancemarked ([7]) og dets vigtigste hovedtræk (markedsbaseret prisfastsættelse og prisforskel mellem positive og negative balancekrafter) heller ikke er til hinder for en konklusion om, at ordregivende myndigheder, der opererer på det tyske marked for produktion fra konventionelle kilder, er undergivet konkurrence.

Produktion og første salg af EEG-elektricitet

(36) EEG-elektricitet har prioriteret adgang til nettet og prioriteres i forhold til konventionel elektricitet, hvad angår indfødning til nettet, hvilket betyder, at produktionen af EEG-elektricitet er uafhængig af efterspørgslen. Da EEG-elektricitet generelt produceres til omkostninger, der ligger over markedsprisen, blev der etableret en særlig støtteordning til EEG-elektricitet. Operatører af EEG-anlæg ([8]) har ret til en lovbestemt afregningssats fra transmissionsnetoperatørerne i en periode på 20 år plus idriftsættelsesåret. Denne afregning dækker deres omkostninger og er derfor højere end markedsprisen. De kan således indføde den elektricitet, de producerer, til nettet, uanset prisen på børserne ([9]).

(37) EEG-elektricitet sælges normalt ikke direkte på engrosmarkedet, men købes først af transmissionsnetoperatørerne til en lovbestemt afregningssats. Transmissionsnetsoperatørerne er ansvarlige for salg af EEG-elektricitet på energibørsens spotmarked, hvilket medfører et tab for dem. Disse omkostninger bæres i sidste ende af slutbrugerne af elektricitet, som betaler en ekstra EEG-afgift til energileverandørerne, der efterfølgende væltes over på transmissionsnetoperatørerne. Energileverandører, der køber mere end 50 % EEG-elektricitet, herunder mindst 20 % elektricitet fra sol- eller vindenergi, betaler en nedsat EEG-afgift.

([1]) http://ec.europa.eu/energy/gas_electricity/legislation/doc/20100609_internal_market_report_2009_2010.pdf

([2]) Se s. 7, afsnit 4 i arbejdsdokumentet fra Kommissionens tjenestegrene.

([3]) Tabel 3.1 i det tekniske bilag, s. 12 i det tekniske bilag til arbejdsdokument fra Kommissionens tjenestegrene »2009-2010 rapporten om opbygningen af det indre marked for gas og elektricitet« fra juni 2011.

([4]) Herfindahl-Hirshmann-indekset er defineret som kvadratsummen af markedsandelene for hver enkelt virksomhed. Det kan således variere fra næsten 0 til 10 000 som udtryk for et stort antal meget små virksomheder eller en enkelt monopolproducent. Fald i HHI antyder generelt en øget konkurrence, hvorimod en stigning indebærer det modsatte.

([5]) Iflg. tabel 2.1, s. 6 og tabel 2.2, s. 7 i det tekniske bilag til arbejdsdokument fra Kommissionens tjenestegrene »2009-2010 rapporten om opbygningen af det indre marked for gas og elektricitet« fra juni 2001 udgjorde leverandørskiftet blandt store industrier i Tyskland 10,7 % og 15,6 % pr. målersted.

([6]) I henhold til Monitoring Benchmark Report 2011 fra Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (forbundsagenturet for elektricitet, gas, telekommunikation, post og jernbaner), s. 28, er det tyske marked for engrossalg ekstremt likvidt. I 2010 beløb mængden af engrossalg sig til ca. 10 600 TWh, hvilket er mere end 17 gange så højt som den faktiske efterspørgsel efter elektricitet i Tyskland.

([7]) Balanceringsmekanismernes virkemåde bør også tages i betragtning som en yderligere indikator, skønt de kun udgør en lille del af den samlede producerede og/eller forbrugte elektricitetsmængde i en medlemsstat. Dette skyldes, at der er en stor forskel mellem den pris, som transmissionsnetoperatørerne leverer balancekraft til, og den pris, som de kan købe overskudsproduktion tilbage til. Dette kan skabe et problem for mindre markedsdeltagere og underminere udviklingen af konkurrencen.

([8]) I denne afgørelse og i overensstemmelse med EEG forstås ved »EEG-anlæg« ethvert anlæg, der producerer elektricitet fra vedvarende energikilder eller minegas. Ved anlæg, der producerer elektricitet fra vedvarende energikilder eller minegas, forstås også anlæg, der modtager energi, der midlertidigt har været opbevaret og udelukkende er produceret fra vedvarende energikilder eller minegas, og konverterer det til elektricitet; og ved »operatører af EEG-anlæg« forstås enhver operatør, uanset ejerskabet, der anvender anlægget til at producere elektricitet fra vedvarende energikilder eller minegas.

([9]) Afregningssatserne for EEG-elektricitet er generelt højere end prisen på børserne, og EEG-elektricitet er derfor dyrere end elektricitet produceret ved konventionelle kilder. Disse supplerende omkostninger bæres af energiforbrugerne via EEG-afgiften (3,5 cents/kWh i 2011).

(38) Operatører af EEG-anlæg kan også vælge »direkte salg« af den elektricitet, de producerer. Dette betyder, at en operatør af et EEG-anlæg kan afstå fra den lovbestemte afregning og vælge at sælge elektriciteten direkte på spotmarkedet. På grund af de høje omkostninger til produktion af EEG-elektricitet er direkte salg uden for de lovbestemte vilkår normalt ikke en bæredygtig mulighed. Tidligere blev denne metode overvejende anvendt i begrænset omfang, f.eks. hvor køberne kunne opnå en undtagelse fra den ekstra EEG-afgift ved at kombinere en vis mængde EEG-elektricitet, der indkøbtes direkte fra en producent, med konventionel elektricitet ([1]). Med den nye EEG-lovgivning, der trådte i kraft i begyndelse af 2012, blev muligheden for denne særlige undtagelse begrænset, hvilket forventes at begrænse anvendelsen af denne form for direkte salg ([2]).

(39) Den nye lov indeholder en ny mulighed for »direkte salg«, som dog omfatter udbetaling af en såkaldt »afsætningspræmie« til producenter af EEG-elektricitet, som dækker forskellen mellem deres højere omkostninger og den gennemsnitlige markedspris (i det følgende: »afsætningspræmiemodellen«). Transmissionsnetoperatørerne anslår salget via afsætningspræmiemodellen til at udgøre 15 % i alt for alle typer vedvarende energi i 2012 ([3]). Det kan konkluderes, at langt størstedelen af EEG-elektriciteten på nuværende tidspunkt og i den nærmeste fremtid sælges gennem ordningen med lovbestemt afregning og gennem transmissionsnetoperatørerne. Direkte salg uden subsidier vil kun udgøre en marginal andel.

(40) Ud fra ovenstående konkluderes det, at produktion og første salg af EEG-elektricitet indgår i et reguleret system, hvor producenterne modtager afregning på grundlag af en lovbestemt afregningssats. De er ikke undergivet almindelige konkurrencevilkår, idet de kan indføde deres EEG-elektricitet uanset den gældende markedspris. Som følge af deres indfødningsprioritet kan de også sælge hele deres produktion. Det kan derfor ikke konkluderes, at aktiviteten blandt producenter af EEG-elektricitet er undergivet almindelige konkurrencevilkår. Ud fra ovenstående er der ikke behov for at analysere andre indikatorer, som f.eks. indikatoren nævnt i betragtning 6.

IV. **KONKLUSIONER**

(41) På baggrund af de faktorer, der er gennemgået ovenfor, bør betingelsen om, at den pågældende aktivitet skal være direkte undergivet almindelige konkurrencevilkår, jf. artikel 30, stk. 1, i direktiv 2004/17/EF, anses for at være opfyldt for de ordregivende myndigheder, hvad angår produktion og engrossalg af elektricitet produceret ved konventionelle kilder i Tyskland.

(42) Da betingelsen om fri adgang til markedet endvidere må anses for at være opfyldt, bør direktiv 2004/17/EF ikke finde anvendelse, når ordregivende myndigheder indgår kontrakter med henblik på at muliggøre produktion og engrossalg af elektricitet ved konventionelle kilder i Tyskland, eller når de afholder projektkonkurrencer med henblik på udøvelsen af en sådan aktivitet i det geografiske område.

(43) Ikke desto mindre bør betingelsen om, at den pågældende aktivitet skal være direkte undergivet almindelige konkurrencevilkår, jf. artikel 30, stk. 1, i direktiv 2004/17/EF, ikke anses for at være opfyldt, hvad angår ordregivende myndigheders produktion og første salg af EEG-elektricitet i Tyskland.

(44) Da produktion og første salg af EEG-elektricitet fortsat er undergivet bestemmelserne i direktiv 2004/17/EF, skal det erindres, at indkøbskontrakter, der omfatter flere aktiviteter, skal behandles i henhold til artikel 9 i direktiv 2004/17/EF. Det betyder, at når en ordregivende myndighed gennemfører »blandede« indkøbskontrakter, dvs. indkøbskontrakter om udøvelse af både aktiviteter, der er undtaget fra anvendelsen af direktiv 2004/17/EF, og aktiviteter, der ikke er undtaget, skal der tages hensyn til de aktiviteter, som kontrakten først og fremmest tager sigte på. I tilfælde af sådanne blandede indkøbskontrakter, hvor formålet primært er at støtte produktionen og engrossalget af EEG-elektricitet, finder bestemmelserne i direktiv 2004/17/EF anvendelse. Hvis det ikke er muligt objektivt at afgøre, hvilken aktivitet der udgør kontraktens hovedgenstand, skal kontrakten tildeles efter reglerne i artikel 9, stk. 2 og 3, i direktiv 2004/17/EF. Denne afgørelse er baseret på de retlige og faktiske forhold i oktober 2011 til februar 2012, som de fremgår af de oplysninger, BDEW og de tyske myndigheder har indsendt. Den kan ændres, hvis betydelige ændringer af de retlige og faktiske forhold medfører, at betingelserne for at anvende artikel 30, stk. 1, i direktiv 2004/17/EF ikke længere er opfyldt, for så vidt angår produktion og engrossalg af elektricitet ved konventionelle kilder.

(45) Foranstaltningerne i denne afgørelse er i overensstemmelse med udtalelse fra Det Rådgivende Udvalg for Offentlige Aftaler —

VEDTAGET DENNE AFGØRELSE:

Artikel 1

Direktiv 2004/17/EF finder ikke anvendelse, når ordregivende myndigheder indgår kontrakter, der har til formål at muliggøre produktion og første salg af elektricitet produceret ved konventionelle kilder i Tyskland.

([1]) Dette fænomen omtales sommetider som »Grünstromprivileg«.
([2]) Transmissionsnetoperatørerne anslår andelen af dette direkte salg (§33b EEG (2012)) til 3,7 % i 2012.
Se http://www.eeg-kwk.net/de/file/111115_Eckwerte_Einspeisung_final.pdf.
([3]) Se http://www.eeg-kwk.net/de/file/111115_Eckwerte_Einspeisung_final.pdf.

I denne afgørelse forstås ved elektricitet fremstillet ud fra konventionelle kilder elektricitet, som ikke hører under anvendelsesområdet for EEG. I EEG og betingelserne heri forstås desuden ved »vedvarende energikilder« vandkraft, inkl. bølge- og tidevandsenergi, saltkraft, vindenergi, solstråling, jordvarme, biomasseenergi, inkl. biogas, biomethan, lossepladsgas, gas fra rensningsanlæg og den bionedbrydelige del af dagrenovation og erhvervsaffald.

Artikel 2

Denne afgørelse er rettet til Forbundsrepublikken Tyskland.

Udfærdiget i Bruxelles, den 24. april 2012.

På Kommissionens vegne

Michel BARNIER

Medlem af Kommissionen