AFGØRELSER

KOMMISSIONENS GENNEMFØRELSESAFGØRELSE

af 20. maj 2011

om, at udvinding af bituminøse kul i Tjekkiet ikke er omfattet af artikel 30, stk. 1, i 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 K(2011) 3406)

(Kun den tjekkiske udgave er autentisk)

(EØS-relevant tekst)

(2011/306/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. 4 og 6, og

ud fra følgende betragtninger:

I. SAGSFREMSTILLING

(1) Den 22. november 2010 modtog Kommissionen en e-mail fra Tjekkiet med en anmodning i henhold til artikel 30, stk. 4, i direktiv 2004/17/EF om, at udvinding af bituminøse kul i Tjekkiet fritages fra anvendelsen af bestemmelserne i direktiv 2004/17/EF. Kommissionen anmodede om yderligere oplysninger pr. e-mail af 21. januar 2011. De tjekkiske myndigheder svarede på anmodningen om oplysninger pr. e-mail af 9. februar 2011.

(2) Anmodningen var ledsaget af en skrivelse fra en uafhængig national myndighed (Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, det tjekkiske konkurrencebeskyttelseskontor) i form af en foreløbig udtalelse dateret den 7. november 2008. Det tjekkiske konkurrencebeskyttelseskontor analyserede betingelserne for adgang til det relevante marked og fandt, at der er fri adgang. Det fremgår dog ikke af udtalelsen, at de øvrige betingelser om, at udvinding af bituminøse kul i Tjekkiet skal være direkte undergivet almindelige konkurrencevilkår, også er opfyldt

(3) Den eneste virksomhed, som beskæftiger sig med udvinding af bituminøse kul i Tjekkiet, er virksomheden OKD a.s., som er en privat virksomhed, der er 100 % ejet af et privat nederlandsk holdingselskab — New World Resources (NWR).

II. RETSGRUNDLAG

(4) I artikel 30 i direktiv 2004/17/EF er det fastlagt, at kontrakter, der indgås med henblik på at muliggøre udførelse af en af de aktiviteter, der er omhandlet i direktivet, ikke er underlagt 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. Lovgivningen er opført på listen i bilag XI til direktiv 2004/17/EF. Hvad angår efterforskning eller udvinding af kul eller andet fast brændsel, er der dog ikke opført relevant lovgivning i bilag XI, som liberaliserer denne sektor. Følgelig foreligger der ikke en formodning om fri adgang til markedet, og det skal påvises, at der retligt og faktisk er fri adgang til det pågældende marked.

(5) En undersøgelse af de retlige bestemmelser, der finder anvendelse på udstedelse af licenser til minedrift i Tjekkiet, viser, at licenserne på nuværende tidspunkt udstedes uden forskelsbehandling på grundlag af en vurdering af ansøgerens faglige kvalifikationer og tekniske og finansielle evne til at udføre arbejdet. I forbindelse med denne afgørelse kan det anses, at der retligt er fri adgang til at opnå en licens til minedrift.

(6) Om en aktivitet er direkte undergivet almindelige konkurrencevilkår, bør bedømmes på grundlag af forskellige indikatorer, hvoraf ingen nødvendigvis er afgørende i

[1] EUT L 134 af 30.4.2004, s. 1.

sig selv. Hvad angår de markeder, der er omfattet af denne afgørelse, er hovedaktørernes samlede markedsandel på et givet marked et af de kriterier, som bør tages i betragtning ([2]). 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. omfanget af leverandørskift blandt kunderne.

(7) Nærværende afgørelse indskrænker ikke anvendelsen af konkurrencereglerne.

III. **VURDERING**

(8) Tjekkiets anmodning vedrører udvinding af bituminøse kul i Tjekkiet.

Markedsdefinition

Produktmarkedet

(9) Den tjekkiske anmodning dækker det såkaldte »primære marked for bituminøse kul« omfattende produktion af bituminøse kul og engroshandel med kul ([3]). I forbindelse med konkurrencen på markedet for produktion af bituminøse kul skal der tages hensyn til sammenhængen mellem produktion og første salg/engroshandel med de bituminøse kul, der udvindes. Denne definition er også i overensstemmelse med tidligere kommissionsbeslutninger ([4]) omhandlende udnyttelse af andre typer brændstoffer.

(10) Den kemiske sammensætning og kvalitet af det bituminøse kul, der udvindes, er forskellig alt afhængigt af geologiske forhold for de individuelle lag, hvori der udvindes. Det bituminøse kul kan opdeles i kul egnet til forkoksning (coal suitable for coking (»CSFC«)) og dampkul (steam coal (»SC«)). Selv om de to typer bituminøse kul udvindes på samme måde og ved hjælp af de samme teknologier, har de dog helt forskellige anvendelsesformål og forskellige kundeunderlag. Priserne er forskellige, og produkterne er ikke indbyrdes substituerbare.

(11) CSFC defineres som bituminøse kul af en kvalitet, der muliggør produktion af koks i højovne, og anvendes ikke direkte til opvarmning eller energiproduktion. CSFC købes udelukkende af virksomheder, der producerer koks. CSFC er den eneste råvare til koksproduktion og har reelt ingen andre anvendelsesformål. CSFC kan ikke erstattes med dampkul.

([2]) I overensstemmelse med Kommissionens faste praksis (f.eks. Kommissionens beslutning 2009/47/EF (EUT L 19 af 23.1.2009, s. 57), Kommissionens afgørelse 2010/192/EU (EUT L 84 af 31.3.2010, s. 52), osv.).

([3]) Jf. side 21 i anmodningen: »[…] der findes ikke noget marked for udvinding af bituminøse kul, og markedet kan først defineres som koncept i næste fase, hvor producenterne sælger det udvundne kul«.

([4]) Jf. f.eks. Kommissionens beslutning af 29.9.1999 om en fusions forenelighed med fællesmarkedet og EØS-aftalen (sag IV/M.1532 BP Amoco/Arco), betragtning 14.

(12) SC er det kul, der ikke er egnet til kokskul. SC anvendes i kraftværker til produktion af elektricitet, varme og teknologisk damp samt i produktionsprocessen i industrianlæg som f.eks. sukkerraffinaderier, teglværker, cementfabrikker og kalkbrænderier, papirfabrikker osv. SC kan erstattes med CSFC, men dette ville ikke være økonomisk rentabelt.

(13) CSFC kan underopdeles i kategorier alt afhængig af kvaliteten. CSFC, der betegnes som hårdt kokskul, er af den bedste kvalitet, mens CSFC af en ringere kvalitet betegnes som henholdsvis halvhårdt kokskul og halvblødt kokskul. Markedet for de individuelle typer CSFC er dog ikke opdelt, og der vil heller ikke blive foretaget en sådan opdeling i forbindelse med den vurdering, der foretages inden for rammerne af nærværende afgørelse.

(14) I betragtning af de kendsgerninger, der er beskrevet ovenfor, betragtes markedet for henholdsvis CSFC og SC som separate markeder, og de to produkttyper bør derfor undersøges separat, når det skal vurderes, om betingelserne i artikel 30, stk. 1, i direktiv 2004/17/EF er opfyldt.

Det geografiske marked

(15) Ifølge den tjekkiske anmodning er det relevante geografiske marked større end det nationale område og omfatter for CSFC's vedkommende Tjekkiet, Slovakiet, Østrig, Polen og Ungarn. For SC's vedkommende mener ansøgeren, at det geografiske marked bør defineres som Tjekkiet, Slovakiet, Østrig, Polen, Ungarn og Tyskland. Det anføres, at den vigtigste årsag til denne markedsdefinition er den betydelige grænseoverskridende levering mellem landene, mulighederne for leverandørskift blandt kunderne og fraværet af administrative hindringer (toldbarrierer, kvoter osv.).

(16) Det fremgår af ansøgningen ([5]), at Tjekkiet er nettoeksportør af både CSFC og SC. I 2009 eksporterede Tjekkiet 3 581 000 ton CSFC og 2 389 000 ton SC ([6]), hvilket henholdsvis udgør ca. 61 % og ca. 47 % af den interne produktion. Samme år var importen til Tjekkiet på henholdsvis 771 000 ton CSFC og 954 000 ton SC, hvilket udgør henholdsvis 13 % og 19 % af den interne produktion ([7]), og den vigtigste kilde til denne import var Polen. Importen fra Polen udgjorde rent faktisk ca. 90 % af den samlede import af CSFC og 80 % af den samlede import af SC.

([5]) Jf. tabel 2 på side 39 i ansøgningen.

([6]) European Commission General Directorate for Energy and Transport, Coal and Oil Market Observatory -Supplies and requirements of solid fuels in 2009 in the Czech Republic (Europa-Kommissionens Generaldirektorat for Energi og Transport, overvågning af kul- og oliemarkedet — udbud og efterspørgsel efter fast brændsel i Tjekkiet i 2009).

([7]) Idem 5.

(17) Selv om ansøgeren anfører, at det kul, der produceres af OKD i Tjekkiet — uanset om der er tale om CSFC eller SC — er konkurrencedygtigt i en radius på 500 km, bemærkes det, at OKD's kunder befinder sig inden for en radius på ca. 350 km fra produktionsstedet for kullet, dvs. Ostrava.

(18) Hvad angår CSFC-salget har OKD en betydningsfuld kunde i Slovakiet, som i henholdsvis 2007 og 2009 købte ca. 26 % og ca. 30 % af OKD's produktion, og en anden betydningsfuld kunde i Østrig, som i henholdsvis 2007 og 2009 købte 13 % og 19 % af OKD's produktion. Blandt sine vigtigste kunder uden for Tjekkiet anfører ansøgeren en virksomhed i Polen, som dog kun købte ca. 8 % af OKD's produktion.

(19) Hvad angår SC-salget, anfører OKD ud over de tjekkiske kunder en betydningsfuld kunde i Østrig, som i henholdsvis 2007 og 2009 tegnede sig for ca. 12 % og ca. 21 % af OKD's salg, og en kunde i Tyskland, som i henholdsvis 2007 og 2009 tegnede sig for ca. 5 % og ca. 3 % af OKD's salg.

(20) Ifølge ansøgningen er de tre største konkurrenter præget af en høj koncentrationsgrad ([8]), og dette kan — både for SC og CSFC — rent faktisk konstateres på alle de nationale markeder, hvis de betragtes separat. Ansøgeren anerkender også, at langt den overvejende del af det kul, der udvindes, forbruges på det lokale marked ([9]), og dette bekræftes i alle de lande i det geografiske område, som ansøgningen omhandler, og som producerer bituminøse kul (Tjekkiet, Polen og Tyskland).

(21) I henhold til Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked ([10]) omfatter det relevante geografiske marked det område, hvor konkurrencevilkårene er tilstrækkeligt ensartede og kan udskilles i tilstrækkelig grad fra vilkårene i andre områder. Det er værd at bemærke, at der importeres kul ad søvejen til kystområderne i Centraleuropa (navnlig den nordlige del af Tyskland og Polen), og bl.a. fordi søfragtraterne er betydeligt lavere end landfragtraterne, kan konkurrencevilkårene være anderledes i disse områder ([11]).

(22) Det fremgår af ansøgningen, at forsyningssikkerheden og kontraktens varighed ([12]) er betydningsfulde faktorer ved fastsættelsen af prisen for kul, og at der normalt anvendes langtidskontrakter vedrørende levering af både SC- og CSFC-kul.

(23) De tjekkiske købere af bituminøse kul køber hos OKD eller hos polske virksomheder i små mængder. Importen fra andre lande er stadig ubetydelig, om end den er stigende ([13]).

(24) I betragtning af de kendsgerninger, der er beskrevet ovenfor, betragtes det geografiske marked for henholdsvis CSFC og SC som begrænset til Tjekkiet og Polen, når det skal vurderes, om betingelserne i artikel 30, stk. 1, i direktiv 2004/17/EF er opfyldt. På grund af ovennævnte forskelle mellem de regioner, der let kan modtage kulforsyninger ad søvejen, og de regioner, der ligger for langt fra kysten, kan markedet eventuelt være endnu mindre og kun omfatte Tjekkiet og den sydlige del af Polen. Det er dog ikke nødvendigt at besvare dette spørgsmål, da definitionen med et større marked er mere gunstig for ansøgeren. Analysen giver samme resultat uanset markedsdefinitionen.

Markedsanalyse

(25) Hvad angår udvinding af bituminøse kul konkluderes det, at en af indikatorerne for omfanget af konkurrencen på de nationale markeder er den markedsandel, som de tre største producenter råder over.

CSFC-markedet

(26) OKD og to polske leverandører af CSFC er langt de vigtigste leverandører på det relevante geografiske marked. OKD er den største leverandør af CSFC i Tjekkiet (en markedsandel på 75,5 % i Tjekkiet i 2008). De to polske leverandører af CSFC er de største leverandører i Polen (en markedsandel på henholdsvis 60,2 % og 19,3 % i Polen i 2008). På det geografiske marked omfattende Tjekkiet og Polen var de tre største producenters samlede markedsandel på ca. 93 % i 2008. Det er også værd at bemærke, at OKD's største konkurrent alene tegner sig for en markedsandel på ca. 49 %.

(27) Selv hvis markedet er større og omfatter Tjekkiet, Slovakiet, Østrig, Polen og Ungarn, som ansøgeren hævder, vil de tre største konkurrenters samlede markedsandel stadig være meget stor (91,3 % i 2005, 87,7 % i 2006, 85 % i 2007 og 86,6 % i 2008 ([14])), og det fremgår således, at der ikke er tilstrækkelig konkurrence på CSFC-markedet.

([8]) Jf. s. 23, afsnit 6, i ansøgningen.
([9]) Jf. s. 23, afsnit 6, i ansøgningen.
([10]) Jf. Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret (EFT C 372 af 9.12.1997, s. 5).
([11]) Jf. s. 14, afsnit 4, i ansøgningen.
([12]) Jf. s. 8, afsnit 3, i ansøgningen.
([13]) I 2009 udgjorde CSFC-importen fra USA ca. 1 % af forbruget, og SC-importen fra Rusland udgjorde ca. 6 % af forbruget. Ifølge foreløbige oplysninger i ansøgerens brev af 9.2.2011 steg andelen af CSFC-import fra USA i 2010 til 3 % af forbruget, og andelen af SC-import fra Rusland steg til 12 % af det interne forbrug.
([14]) Jf. tabellen på side 58 i ansøgningen.

(28) Som anført i betragtning 22 spiller forsyningssikkerheden en væsentlig rolle for kontraktforholdene. Ansøgerens oplysninger om leverandørskift blandt CSFC-kunderne viser, at leverandørskift stort set ikke forekommer på dette marked. Kontrakterne vedrørende levering af CSFC er langtidskontrakter, og der er ikke forelagt dokumentation for, at nogen af OKD's kunder har skiftet til andre leverandører. Følgelig kan det ikke antages, at en CSFC-kunde ville være villig til eller for den sags skyld i stand til let at skifte leverandør i tilfælde af små, men mærkbare prisstigninger fra OKD's side.

SC-markedet

(29) OKD og to polske leverandører af SC er langt de vigtigste SC-producenter på det relevante geografiske marked. OKD er den største leverandør af SC i Tjekkiet (en markedsandel på 61,6 % i Tjekkiet i 2008). De to polske leverandører af SC er de største leverandører i Polen (en markedsandel på henholdsvis 52,5 % og 17,7 % i Polen i 2008). På det geografiske marked omfattende Tjekkiet og Polen var de tre største producenters samlede markedsandel på ca. 72 % i 2008. Det er også værd at bemærke, at OKD's største konkurrent alene tegnede sig for en markedsandel på ca. 50 % på det geografiske marked omfattende Tjekkiet og Polen.

(30) På alle tre geografiske markeder for SC, der er omhandlet i betragtning 29 (Tjekkiet alene, Polen alene og et geografisk marked omfattende begge lande), findes der en virksomhed, som alene har en markedsandel på ca. 50 % eller derover. I denne forbindelse henvises der derfor til fast retspraksis ([15]), ifølge hvilken »store markedsandele i sig selv, medmindre der foreligger usædvanlige omstændigheder, udgør et bevis for, at der foreligger en dominerende stilling. Dette er tilfældet med hensyn til en markedsandel på 50 %«.

(31) Selv hvis markedet er større end det nationale marked og omfatter Tjekkiet, Slovakiet, Østrig, Polen, Ungarn og Tyskland, som ansøgeren hævder, vil de tre største konkurrenters samlede markedsandel stadig være relativt stor (62,7 % i 2005, 60,2 % i 2006, 56,9 % i 2007 og 57,3 % i 2008 ([16])).

(32) Som det er tilfældet for CSFC, spiller forsyningssikkerheden for SC en væsentlig rolle for kontraktforholdene. Ansøgerens oplysninger om leverandørskift blandt kunderne viser, at en række af OKD's SC-kunder visse år fravalgte OKD som leverandør, eller at visse etårige kontrakter eller spotkontrakter ikke blev fornyet. Da ansøgeren ikke som ønsket forelagde oplysninger om de pågældende mængder eller deres andel af OKD's samlede produktion, vil det være vanskeligt at konkludere, at det vil være let for OKD's kunder at skifte leverandør i tilfælde af små, men mærkbare prisstigninger fra OKD's side.

([15]) Jf. præmis 328 i dom afsagt af Retten i Første Instans (Tredje Afdeling) den 28.2.2002 i sag T-395/94, Atlantic Container Line AB m.fl. mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, Sml. 2002 II, s. 875.

([16]) Jf. tabellen på side 59 i ansøgningen.

IV. **KONKLUSIONER**

(33) Situationen med hensyn til udvinding af bituminøse kul i Tjekkiet kan derfor kort gengives som følger: For så vidt angår både SC og CSFC, tegner de tre største konkurrenter på det geografiske marked, som defineret i denne afgørelse, sig for en stor markedsandel, men hvad vigtigere er, tegner den største producent sig alene for en markedsandel på næsten 50 %, og markederne bør derfor betragtes som værende præget af en høj koncentrationsgrad, og langt størstedelen af det kul, der udvindes, forbruges på det lokale marked, jf. betragtning 20. Oplysningerne om hyppigheden af leverandørskift underbygger ikke konklusionen om, at købere af bituminøse kul vil have viljen til eller muligheden for problemløst at skifte leverandør i tilfælde af små, men mærkbare prisstigninger.

(34) Ansøgeren anerkendte ligeledes, at det ikke er realistisk, at en anden virksomhed trænger ind på det tjekkiske marked, og dette er da heller ikke sket de seneste fem år, fordi det ikke er rentabelt at udvinde bituminøse kul andre steder end de steder, der allerede udnyttes (dvs. de steder, der udnyttes af OKD) ([17]). Det samme gælder for udbuddet af kul, hvor ansøgeren anfører, at han ikke er bekendt med, at der skulle være andre større aktører på det tjekkiske marked, og de fleste af de store engroskunder indgik langtidskontrakter ([18]).

(35) De forhold, der er gennemgået i betragtning 8 til 34, bør føre til den konklusion, at markedet for udvinding af bituminøse kul, herunder både CSFC og SC, i den nuværende situation ikke er direkte undergivet almindelige konkurrencevilkår i Tjekkiet. Derfor finder artikel 30, stk. 1, i direktiv 2004/17/EF ikke anvendelse på kontrakter, hvis formål er at udøve disse aktiviteter i Tjekkiet. Direktiv 2004/17/EF finder følgelig fortsat anvendelse, når ordregivere indgår kontrakter, der har til formål at muliggøre udvinding af bituminøse kul i Tjekkiet, eller når de afholder projektkonkurrencer med henblik på udøvelse af en sådan aktivitet i Tjekkiet.

([17]) Jf. side 62, afsnit 5, i ansøgningen.

([18]) Jf. side 62, afsnit 6, i ansøgningen.

(36) Denne afgørelse bygger på den retlige og faktuelle situation i tidsrummet november 2010 til marts 2011, som den fremgår af de oplysninger, som er indgivet af Tjekkiet. 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 bliver opfyldt.

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

VEDTAGET DENNE AFGØRELSE:

Artikel 1

Artikel 30, stk. 1, i direktiv 2004/17/EF finder ikke anvendelse på udvinding af bituminøse kul i Tjekkiet. Direktiv 2004/17/EF finder derfor fortsat anvendelse på kontrakter, der indgås af ordregivere med henblik på at muliggøre udførelse af sådanne aktiviteter i Tjekkiet.

Artikel 2

Denne afgørelse er rettet til Den Tjekkiske Republik.

Udfærdiget i Bruxelles, den 20. maj 2011.

På Kommissionens vegne

Michel BARNIER

Medlem af Kommissionen