

2006-04-26: Elsam og Danske Halmleverandørers aftale om licitationsbetingelser

Journal nr. 4/0120-0100-0012/ULS og UL

Rådsmødet den 26. april 2006

Resumé

1. Kraftproducenten Elsam og foreningen af Danske Halmleverandører (herefter "Parterne") har den 19. april 2006 indgået en frivillig aftale, der beskriver en ny procedure for Elsams indkøb af halm til el- og varmeproduktion i Vestdanmark. Herved imødekommer parterne en opfordring fra Konkurrencestyrelsen, der havde betænkeligheder ved den nuværende indkøbsprocedure.
2. Aftalen påvirker også Østdanmark, da DONG – den kommende ejer af Elsam – har tilkendegivet over for styrelsen, at selskabet snarest vil forhandle sig frem til en lignende aftale med Danske Halmleverandører for Østdanmark. I Østdanmark vil aftalen mellem parterne omfatte Energi E2's nuværende halmforbrug – dog undtaget de værker, der forventes frasolgt til det svenske selskab Vattenfall. Indgåelse af den østdanske aftale afventer bl.a., at generalforsamlingen i Energi E2 endeligt godkender DONG's opkøb af Energi E2 og frasalget af ca. 1/3 af den halmforbrugende kapacitet til Vattenfall. Danske Halmleverandører har endnu ikke indgået nogen aftale med Vattenfall.
3. Styrelsen har ikke godkendt den indgåede aftale. Aftalen indeholder imidlertid en række konkurrencefremmende elementer.
4. På baggrund af henvendelser fra en række halmleverandører har styrelsen i 2. halvår 2005 gennemført en større undersøgelse af det danske halmmarked. Undersøgelsen er bl.a. baseret på informationer indhentet ved kontrolundersøgelser hos Elsam og Energi E2, men også oplysninger fra spørgeskemaer, som ca. 230 halmleverandører, Elsam og Energi E2 besvarede.
5. Undersøgelsen viser bl.a., at halmmarkedet er konkurrencemæssigt interessant, fordi markedsvilkårene giver mulighed for både køber- og sælgermagt.
6. Muligheden for købermagt opstår ved, at Elsam og Energi E2 er de største købere af halm i henholdsvis Vest- og Østdanmark. Mange leverandører er derfor afhængige af, at den store elproducent køber deres halm, for at få indtægter der kan modsvare de foretagne investeringer i materiel og lagerfaciliteter. Der er mulighed for, at leverandørerne føler sig presset til at aftale en halmpris, der er lavere, end prisen ville være under fuldkommen konkurrence. Under fuldkommen konkurrence ville prisen blive fastsat til de langsigtede marginalomkostninger ved produktion af halm. Der er endvidere mulighed for diskriminerende misbrug i form af prisforskelle mellem halmleverandørerne, der alene afspejler Elsam og Energi E2's markedsmagt.
7. Elsam og Energi E2 indtager med andre ord formentlig en dominerende position på markedet for halm som kraftværksbrændsel i henholdsvis Øst- og Vestdanmark. Selskaberne kan i givet fald udnytte den stærke position til at gennemføre en såkaldt "hold up" strategi.
8. Muligheden for sælgermagt opstår ved, at offentlig regulering – i form af den såkaldte "Biomasseaftale" – bestemmer, hvor meget halm Elsam og Energi E2 skal indkøbe årligt. Herved kan leverandørerne have gode muligheder for priskoordinering, da de på forhånd har godt kendskab til den årligt efterspurgte mængde.
9. Styrelsen har undersøgt om omkostninger, priser og mængder viser tegn på brug af købermagt eller priskoordinering.
10. Styrelsens undersøgelse viser for det første, at de gennemsnitlige halmpriser er faldet siden 2001/02 i både Vest- og Østdanmark. Det kan dog hverken be- eller afkræftes, at dette forhold skulle være et resultat af misbrug af købermagt.

11. For det andet viser undersøgelsen, at Elsam og Energi E2's indkøbsprocedurer er uigennemsigtige for leverandørerne. Uigennemsigtigheden har været medvirkende til, at Danske Halmleverandører har været utilfredse med Elsams handelsform. Styrelsen er betænkelig ved, at indkøbsprocedurerne giver Elsam og Energi E2 mulighed for at udøve købermagt.

12. For det tredje viser undersøgelsen ikke tegn på, at der generelt har været tale om priskoordinering mellem halmleverandørerne. Priserne har således generelt været ganske forskellige mellem halmleverandørerne. Samtidig er det klart, at halmleverandørerne har haft god indsigt i de enkelte kraftværkers offentligt fastsatte behov for halm, og at Elsam ikke har været tilfreds med pris og leveringsvilkår i lyset af selskabets behov for fleksible leverancer.

13. Styrelsen har på den baggrund opfordret Elsam og Danske Halmleverandører til, at de blev enige om en ny indkøbsprocedure. Efter forhandlinger er der opnået enighed mellem parterne om principperne for indkøb af halm til Elsam – en såkaldt "Code of Conduct". Aftalen er vedlagt som bilag 1.

14. Hovedindholdet i aftalen er, at Elsam i fremtiden vil indkøbe størstedelen af sit halmbehov på offentlige licitationer. En uafhængig part vil overvære åbningen af leverandørernes tilbudsbreve og således begrænse muligheden for at give underbud. Elsam er i øvrigt forpligtet til at behandle alle leverandører lige. Aftalen giver på den anden side Elsam en vis fleksibilitet til at bestemme, hvor stor en del af de indkomne bud selskabet vil acceptere.

15. Aftalen øger enigheden mellem Elsam og Danske Halmleverandører og begrænser muligheden for at udøve konkurrencebegrænsende adfærd.

16. Aftalen bestemmer også, at visse oplysninger skal gives til Konkurrencestyrelsen. Derudover vil styrelsen kræve, at Elsam oplyser, hvor stor en del af de tilbudte mængder, der aftages, jf. konkurrencelovens § 17.

17. Såfremt styrelsen finder behov for dette, vil styrelsen endvidere afkræve Elsam oplysninger mhp. at vurdere, hvordan de gennemsnitlige halmpriser – samt spredningen i halmpriserne – udvikler sig.

18. Den særlige "mæglingsmetode", som styrelsen har anvendt i den foreliggende sag skal ses på baggrund af flere forhold. For det første er der tale om et stort antal komplekse og forskellige aftaler. For det andet er spørgsmålet om et evt. misbrug af dominerende købermagt konkurrenceretligt komplekst og uden præcedens. For det tredje indgår det i vurderingen, at leverandørerne ikke er uden muligheder for at varetage deres interesser, hvilket i et vist omfang er sket ved at danne leverandørforeninger.

Sagsfremstilling

Baggrund for sagen

19. Sagen bygger på konkrete henvendelser fra en række danske halmleverandører i foråret 2005. Henvendelserne vedrørte Elsams og Energi E2's formodede misbrug af købermagt i forhold til halmleverandørerne.

20. Styrelsen igangsatte derfor i sommeren/ efteråret 2005 en større undersøgelse af det danske halmmarked. Undersøgelsen bestod af et spørgeskema, der inden udsendelse blev sendt i høring hos udvalgte halmleverandører. Spørgeskemaet skulle enten indhentes elektronisk på styrelsens hjemmeside eller indhentes fysisk ved henvendelse til styrelsen.

21. Styrelsen modtog svar fra ca. 230 halmleverandører og tilsvarende informationer fra Elsam og Energi E2.

De relevante markeder

22. Sagen omhandler køb og salg af halm i forbindelse med el- og varmeproduktion.

23. Der er ikke *udbudssubstitution* mellem halm og andre biomasseprodukter. En leverandør af træflis har ikke mulighed for at omstille sin produktion således, at han uden væsentlige omkostninger kan levere halm i stedet for. Det skyldes bl.a. at halm ikke er en primær produktion, men opstår som et biprodukt, når der høstes eks. hvede.

24. En række landmænd udbyder i dag ikke deres halm til salg, men vælger i stedet at lade halmen nedmulde på marken som gødning eller at bruge halmen i gårdens øvrige landbrugsproduktion. Disse landmænd vil kunne udbyde halm til salg, hvis prisen på halm steg væsentligt.

25. Der er begrænset *efterspørgselssubstitution* mellem halm og andre biomasseprodukter. Dette skyldes en politisk aftale fra 1993 ("Biomasseaftalen"), der begrænser kraftvarmeværkernes mulighed for at anvende andre biomasseprodukter end halm.

26. I henhold til "Biomasseaftalen" er Elsam og Energi E2 således samlet forpligtet til at anvende 1,4 mio. tons biomasse om året. Mængden skal bestå af 1,0 mio. tons halm, 0,2 mio. tons træflis, og 0,2 mio. tons valgfrit halm/træflis.

27. Derudover kræver det særlige fysiske rammer at kunne fyre med forskellige biomasseprodukter. De fysiske rammer består bl.a. i, at kraftvarmeværkets brændingsanlæg og brændselshåndtering skal have en stor grad af fleksibilitet. Fx har træflis et meget højere vandindhold end halm, og dette gør det nødvendigt med et såkaldt tændbur inde i kedlen. Et kraftvarmeværk er således nødt til at foretage en række investeringer for at kunne omstille sin produktion fra at bruge halm til i stedet for at bruge et andet biomasseprodukt.

28. Ifølge Energistyrelsen har kun et begrænset antal kraftvarmeværker i dag foretaget de nødvendige investeringer, så værket kan fyre med flere forskellige biomasseprodukter. For alle andre værker vil et skift væk fra halm være forbundet med væsentlige investeringer.

29. På denne baggrund kan der formentlig defineres et produktmarked for halm til el- og varmeproduktion.

30. De relevante geografiske markeder er formentlig Øst- og Vestdanmark. Det er almindelig anerkendt af markedets aktører, at halmmarkedet i Danmark er opdelt i to forskellige geografiske områder, pga. Storebæltsbroen.

31. Eftersom al halm bliver transporteret fra sælger til køber via lastbilkørsel, er det forbundet med en meromkostning i form af broafgift, hvis halmen skal transporteres over Storebæltsbroen. Broafgiften vil for en gennemsnitlig lastbil betyde en meromkostning på ca. 7-10 øre/kg, svarende til ca. 18-25 % af afregningspriserne i 2004/05.

32. Det vurderes, at der ikke er samhandelsvirkninger. Der importeres ikke halm til Danmark.

Markedsbeskrivelse

Købere af halm – før DONGs opkøb

33. I halmåret 2004/05 blev der i Danmark leveret ca. [xx] mio. tons halm til el- og varmeværker. Tabel 1 viser, at Elsam og Energi E2 er de største købere af halm i henholdsvis Vest- og Østdanmark.

Tabel 1: Forbrug af halm og anslået markedsandel

	Forbrug i 2004/05 (1.000 tons)	Anslået markedsandel
<i>Vestdanmark:</i>		
Elsam Kraft	[315-370]	[xx]
Privatejede varmeværker	[155-210]	[xx]
I alt	[470-580]	
<i>Østdanmark:</i>		
Energi E2	[310-360]	[xx]
Privatejede varmeværker	[155-210]	[xx]

Note: Ifølge Dansk Fjernvarme har de privatejede varmekværker [xx]

34. Elsam indkøber halm til 5 værker: Studstrup, Ensted, Grenå, Måbjerg og Rudkøbing. Energi E2 indkøber halm til 7 værker: Haslev, Slagelse, Masnedø, Sakskøbing, Avedøre, Amager/Køge og Ringsted.

35. De mindre varmekværker indkøber i høj grad halm fra lokale leverandører.

Købere af halm – efter DONG's opkøb

36. Strukturen på det danske halmmarked ændrer sig som følge af DONG A/S's køb af bl.a. Elsam A/S og Energi E2 A/S og frasalg af værker til Vattenfall. I forbindelse med købet har DONG overtaget Vattenfalls ejerandele i Elsam, mod at Vattenfall får ejerskabet til en række aktiver tidligere ejet af Elsam og E2.

37. DONG's køb blev godkendt af EU-Kommissionen den 14. marts 2006. Endnu fremstår selskaberne ikke som ét samlet selskab, da købet endeligt skal godkendes på selskabernes generalforsamlinger i slutningen af april.

38. Efter den endelige godkendelse vil DONG blive den største køber af halm i både Øst- og Vestdanmark. Selskabets årlige indkøbspotentiale af halm vil samlet set udgøre ca. [xx] tons, svarende til Elsam og Energi E2's samlede forbrug i 2004/05.

39. Vattenfall vil bl.a. få ejerskab over Amagerværket (årligt forbrug på ca. [xx] tons), der anvender halmpiller fra Energi E2's biopillefabrik i Køge. I Vestdanmark vil Vattenfall overtage Fynsværket, som med virkning fra 2008/09 vil kunne afbrænde [xx] tons halm om året.

Halmleverandører

40. Ifølge Danske Halmleverandører findes der i Danmark ca. 800 halmleverandører med meget forskellige kapaciteter. Enkelte godser kan levere op til ca. 4.000 tons halm om året, mens en række mindre leverandører kan levere under 100 tons om året.

41. Ud af de ca. 800 halmleverandører er det foreningens skøn, at ca. 40 % er placeret i Østdanmark og ca. 60 % i Vestdanmark.

42. Ca. halvdelen af leverandørerne har organiseret sig i andelslignende halmleverandørforeninger, der tegner kontrakter med værkerne på medlemmernes vegne og efterfølgende afregner medlemmet. Denne form for leverandørforening er udbredt i Vestdanmark, mens leverandørerne i Østdanmark alene har stiftet en faglig forening.

43. Halm har følgende begrænsede anvendelsesmuligheder:

- Halmen kan sælges som brændsel i elproduktion
- Halmen kan anvendes i landbrugsproduktionen, gartnerier, rideskoler mv.
- Halmen kan nedmuldes på marken.

44. Hvis en landmand vælger at blive halmleverandør og forsøge at sælge sin halm som brændsel i elproduktion, er det nødvendigt med en række store investeringer i maskiner, tørringsfaciliteter mv. Halmen skal først ligge til tørring, vendes, presses, læsses på vogne og hjemkøres, aflæsses og indkøres på lager. Dansk Landbrug anslår disse investeringer til i gennemsnit at udgøre ca. 10 mio. kr. Investeringens størrelse afhænger bl.a. af leverandørens ønskede leveringskapacitet.

Styrelsens undersøgelse af halmmarkedet i Danmark

45. Styrelsen udsendte i sommeren/efteråret 2005 en række spørgeskemaer til halmleverandørerne, Elsam og Energi E2. Besvarelserne beskriver hovedsageligt de objektive markedsforhold, men både leverandører og Elsam/Energi E2 fremkommer derudover med kritik af modpartens ageren på markedet, jf. nedenfor.

Elsam og Energi E2's nuværende indkøbsprocedurer

46. Både Elsam og Energi E2 indkøber halm på to forskellige kontrakttyper.

47. Selskaberne indgår en række årskontrakter med leverandørerne. En årskontrakt er indgået før halmårets begyndelse og kan vedrøre levering i flere år. Størstedelen af selskabernes halm bliver indkøbt via årskontrakter.

48. En årskontrakt har i princippet en uendelig varighed. Dette betyder, at kontrakten er gældende, indtil en af parterne vælger at opsiges kontrakten. Normalt er der en opsigelsesfrist på mellem 1 og 3 år, men kontrakterne kan først opsiges ved udløbet af en uopsigelsesperiode, der kan være på mellem 2 og 10 år. Hvis en kontrakt ikke er opsagt, vil den automatisk blive forlænget med 1 år.

49. Derudover indgår selskaberne en række spotkontrakter med leverandørerne. En spotkontrakt bliver indgået i løbet af halmåret og indebærer levering af halm inden for det samme halmår.

50. En leverandør kan være interesseret i at levere halm på spotkontrakt, hvis han ønsker at sælge mere halm, end han har indgået årskontrakter til. Omvendt kan Elsam og Energi E2 have et behov for at indkøbe ekstra mængder halm, hvis de indgåede kontrakter viser sig ikke at kunne dække et værks fulde behov.

51. Elsam og Energi E2 anvender forskellige procedurer til at indgå henholdsvis års- og spotkontrakter, jf. nedenfor.

52. Elsam indkøber en stor del af sit halmbehov via udbudsrunder. Elsam har i perioden 2000-2005 arrangeret 30 forskellige udbud, hvoraf ca. 11 vedrørte udbud om spothalm.

53. I et udbud opfordres interesserede leverandører til at indsende et tilbudsbrev til Elsam, hvor leverandøren anfører en given pris og mængde. Elsam udvælger herefter de billigste tilbud og indgår kontrakt med disse leverandører, hvorefter leverandørerne opnår individuelle priser svarende til deres tilbudte pris.

54. Elsam offentliggør ikke resultatet af udbudsrunderne, da selskabet opfatter indkøbspriser som en forretningshemmelighed.

55. Det er ikke kun i forbindelse med Elsams udbud, at selskabet modtager tilbud fra leverandører. Elsam modtager således løbende tilbud om både års- og spotkontrakter fra leverandører, der ønsker at levere halm til selskabets værker. Ifølge Elsam anvendes disse tilbud til at få et overblik over hvilke leverandører, der kan være interesseret i levere halm.

56. Energi E2 anvender udbudsrunder til at indgå årskontrakter, når et kraftvarmeværk begynder at fyre med halm. Ved disse udbud anvender Energi E2 i store træk den samme procedure som Elsam.

57. Hvis Energi E2 på et senere tidspunkt opsiger en årskontrakt, er det selskabets procedure at give leverandøren mulighed for at genforhandle sin kontrakt. Leveringen sendes med andre ord ikke i nyt udbud, men leverandøren tilbydes at fortsætte med at levere halm til Energi E2 – forudsat at han kan give et tilbud, som Energi E2 finder acceptabelt.

58. Energi E2 anvender ikke udbud til spotkontrakter. Selskabet noterer løbende tilbud fra leverandører om ekstramængder halm, og hvis der opstår et behov for ekstramængder, kontakter Energi E2 leverandøren for at aftale levering af den tilbudte mængde til den tilbudte pris.

59. Energi E2 køber i meget begrænset omfang halm på spotkontrakter. Det er selskabets indkøbspolitik, at der alene indkøbes via spotkontrakter i tilfælde af, at den fulde mængde for de langvarige kontrakter er leveret til værket. Dvs. at det kun er eventuelle ekstramængder, der indkøbes på spotkontrakt.

60. Energi E2 oplyser, at de langvarige kontrakter til de decentrale kraftvarmeanlæg normalt dækker 100 % af disse værkers forbrug af halm. For Avedøreværket og Køge Biopillefabrik har Energi E2 endnu ikke været i stand til at aftage hele den indgåede kontraktmængde. Dette problem løser Energi E2 ved at udmelde en leveringsprocent (eks. 80 %) for hvert enkelt værk. Selskabet indkøber først halm på spotkontrakter, når den udmeldte leveringsprocent viser sig ikke at være tilstrækkelig.

Leverandørernes kritik af Elsam og Energi E2's indkøb

61. Ca. 230 halmleverandører har besvaret styrelsens spørgeskema. En gennemgang af besvarelsene viser, at halmleverandørernes kritik generelt kan opsummeres i tre forhold.

62. For det første mener leverandørerne, at den nuværende pris på halm er for lav. Prisen er angiveligt så lav, at mange leverandører ikke ville få dækket deres produktionsomkostninger, hvis de leverede til denne pris. Mange leverandører føler sig alligevel presset til at levere halm til den lave pris. Det skyldes, at leverandørerne ofte har foretaget investeringer i pressere, vendere, river, traktorer, vogne, lastbiler samt i bygninger til lagring af halm.
63. Forholdsvis store barrierer for at komme ind på og ud af markedet betyder, at en leverandør kan finde det hensigtsmæssigt at levere halm til en pris, der svarer til leverandørens gennemsnitlige variable omkostninger. Ved denne pris får leverandøren ikke dækket sine gennemsnitlige faste omkostninger og opnår herved ingen forrentning af den kapital, som han har placeret i halminvesteringer.
64. Styrelsen konkluderer – på baggrund af data fra Elsam og Energi E2 – at prisen på halm er faldet inden for de seneste år. F.eks. er Elsams vægtede, gennemsnitlige afregningspris i 2004/05 faldet med ca. [xx] % siden halmåret 2001/02.
65. Undersøgelsen hverken be- eller afkræfter, at de nuværende halmpriser er så lave, at leverandørerne sælger halm til en pris under produktionsomkostningerne. Dels har landbrugserhvervet oplyst, at der er nogen forskel på halmleverandørernes omkostninger. Dels viser styrelsens undersøgelse, at der blandt de undersøgte halmleverandører i høj grad er forskel på de priser, der opnås på markedet.
66. For det andet mener leverandørerne, at Elsam og Energi E2 anvender indkøbsprocedurer, der gør selskaberne i stand til at misbruge deres køberdominans, jf. nedenfor.
67. Flere leverandører har kritiseret Energi E2's procedure med at indlede bilaterale forhandlinger med en leverandør, når E2 har opsagt en kontrakt med leverandøren. Ved at igangsætte en genforhandling bilateralt med leverandøren, har Energi E2 mulighed for at udøve købermagt og presse leverandøren til at acceptere urimelige forretningsbetingelser.
68. Energi E2 bekræfter, at selskabet indleder bilaterale forhandlinger med leverandørerne, men mener ikke, at selskabet herved udøver købermagt.
69. Andre leverandører mener, at det er Elsams procedure at indkøbe halm på spotkontrakter, selv om nogle årskontrakter til det pågældende værk ikke opnår en leveringsprocent på 100 %. Herved kan Elsam "kunstigt" skabe et spotmarked, hvor selskabet efterfølgende kan indkøbe billig halm, da leverandørerne risikerer at "brænde inde" med halmen.
70. Endelig mener leverandørerne, at det er Elsams procedure at åbne tilbudsbrevene løbende og samtidig tillade leverandørerne at komme med nye tilbud inden tidsfristens udløb. Herved har Elsam mulighed for at signalere over for leverandørerne, hvilken pris der er nødvendig for at vinde et udbud. Leverandørerne kan således føle sig presset til at indsende et nyt tilbudsbrev med en lavere pris.
71. Elsam har over for styrelsen gjort gældende, at de to sidstnævnte forhold ikke er selskabets indkøbsprocedure.
72. På baggrund af leverandørernes kritik af Elsam og E2's indkøbsprocedurer har styrelsen opfordret Elsam og E2 til både at ændre deres indkøbsprocedurer og samtidig gøre dem mere gennemsigtige for leverandørerne.
73. For det tredje har leverandørerne gjort opmærksom på, at Elsam har udelukket en navngiven leverandør fra at levere halm til Elsam. Udelukkelsen skulle tilsyneladende være sket på baggrund af subjektive forhold.
74. Elsam og den pågældende leverandør har dog genoptaget samhandlen.
75. Styrelsen har i denne forbindelse valgt at pointere over for Elsam, at Elsam i kraft af sin stilling som dominerende køber har pligt til kun at forskelsbehandle leverandører, når dette er objektivt og sagligt begrundet (såsom historisk mangelfuld levering, dårlig kvalitet mv.), jf. konkurrencelovens § 11.
- Elsam og Energi E2's kritik af leverandørernes sælgermagt**
76. Både Elsam og Energi E2 har gjort styrelsen opmærksom på, at der blandt halmleverandørerne kan foregå samordnet praksis. Den samordnede praksis kan bl.a. komme til udtryk ved, at leverandørerne vælger at koordinere deres pristilbud.

77. Hvis leverandørerne er i stand til at koordinere deres tilbud til Elsam og Energi E2, er selskaberne tvunget til at købe halm til en højere pris, end hvis der var fuldkommen konkurrence mellem leverandørerne. Eftersom offentlig regulering bestemmer Elsam og Energi E2's samlede indkøb af halm, kan det være fristende for halmleverandørerne at indgå en form for samarbejde, der kan sikre højere priser – uden at det betyder en lavere afsat mængde. En sådan koordinering vil imidlertid være udtryk for et kartel og en hardcore overtrædelse af konkurrencelovens § 6.

78. Muligheden for at udøve sælgermagt gennem priskoordinering kan endvidere styrkes ved, at antallet af leverandører holdes kunstigt nede pga. dannelsen af leverandørforeninger. Herved er det nemmere for leverandørerne at opretholde en priskoordinering.

79. Ifølge Elsam og Energi E2 er det historisk set lykkedes leverandørerne på denne vis at opretholde et prisniveau, der lå over den "rigtige" markedspris.

80. Styrelsens undersøgelse har hverken be- eller afkræftet, at der har foregået priskoordinering mellem leverandørerne. Styrelsen har derfor valgt at pointere over for leverandørerne, at enhver form for priskoordinering er forbudt i henhold til konkurrencelovens § 6.

Styrelsens overvejelser om misbrug i form af prisdiskrimination

81. Konkurrencestyrelsen har endvidere af egen drift overvejet, om der foreligger misbrug af dominerende købermagt som følge af, at indkøbene sker til forskellige priser, uden at det er dokumenteret eller sandsynliggjort, at dette skyldes objektive forhold som fx forskelle i leverandørernes eller Elsam's/Energi E2's omkostninger.

82. Hvis en dominerende sælger søger at øge sin indtjening ved at prisdiskriminere mellem køberne, kan dette under nogle omstændigheder udgøre misbrug af en dominerende stilling. Det forudsætter dog, at prisdiskriminationen enten er designet til at holde konkurrerende sælgere ude (dvs. at der er et såkaldt ekskluderende misbrug), eller at de forskellige priser betyder, at køberne stilles ulige i konkurrencen på et efterfølgende marked. Endvidere kan der i særlige situationer være tale om et såkaldt udnyttende misbrug over for købere, der presses til at betale en meget høj pris.

83. Som udgangspunkt gælder der de samme regler og den samme konkurrenceretlige praksis for misbrug af hhv. køber- og sælgermagt. Det bør derfor overvejes, om de samme former for misbrug, som man kan forestille sig gælder i en situation med sælgermagt, også gælder i den foreliggende situation.

84. Der er ingen tegn på, at Elsam's eller Energi E2's indkøbsstrategi har som formål eller følge at holde konkurrerende halmkøber ude af markedet. Styrelsen har heller ikke fundet tegn på, at gennemsnitsprisen er så lav, at dette kunne udgøre et udnyttende misbrug.

85. Man kunne derimod ikke umiddelbart afvise, at prisforskellene mellem halmleverandørerne kunne have et sådant omfang, at de har betydning for leverandørernes markedsstilling også på andre områder. I så fald ville det være relevant at undersøge, om prisforskellene kunne objektivi forklares af omkostningsforhold hos enten leverandørerne eller Elsam/Energi E2.

86. Styrelsens undersøgelser har således vist, at der både i Vest- og Østdanmark er forskelle mellem leverandørernes afregningspriser. Forskellene er dog blevet mindre de seneste år, jf. figur 1 og 2:

Figur 1: Elsam's indkøbspriser i 2001/02 og 2004/05

[xx]

Figur 2: Energi E2's indkøbspriser i 2001/02 og 2004/05

[xx]

87. De forskellige afregningspriser kunne skyldes forskellige omkostningsforhold hos leverandørerne. F.eks. har leverandørerne forskellige lageromkostninger, ligesom forskelle i jordbundsforhold giver forskellige produktionsomkostninger pr. ton halm. Omkostningsforhold hos Elsam/Energi E2 kunne fx retfærdiggøre en højere pris ved store leverancer, eller ved leveranceformer, der medfører omkostningsbesparelser for Elsam/Energi E2.

88. Hvis styrelsen skulle foretage en misbrugsvurdering, skulle styrelsen endvidere tage hensyn til, at kraftvarmeværkerne ikke er frit stillede mht. brændselsvalg, men er lovgivningsmæssigt forpligtede til at anvende halm i et vist omfang.

89. Endelig ville styrelsen overveje betydningen af det udkast til nye retningslinier for misbrug, som EU-Kommissionen har udsendt i høring. Her fremhæves det, at misbrugsbestemmelserne må ses i lyset af konkurrencelovgivningens formål, som er samfundsmæssig effektivitet. Den samfundsmæssige effektivitet øges, når kraftvarmeværkerne presser halmprisen ned mod de marginale, langsigtede produktionsomkostninger. Det forhold, at halmleverandørerne afregnes forskelligt, påvirker ikke i sig selv effektiviteten, så længe leverandørerne forbliver på markedet.

90. På baggrund af den aftale, som parterne har indgået (jf. nedenfor) har styrelsen dog ikke set nogen grund til at gå videre med misbrugsvurderingen. Det er styrelsens forventning, at aftalen vil reducere prisforskellene mellem leverandørerne yderligere, og at den derudover vil reducere de øvrige konkurrenceretlige betænkeligheder, som parterne selv har peget på.

Parternes aftale om fremtidige indkøbsprocedurer

91. Efter styrelsens markedsundersøgelse valgte styrelsen at indbyde Elsam og repræsentanter fra Danske Halmleverandører (herefter "Parterne") til møde.

92. På mødet opfordrede styrelsen parterne til at indgå en frivillig aftale.

93. Parterne var indstillet på i fællesskab at forhandle en aftale. I de efterfølgende uger forhandlede parterne om en ny, fremtidig indkøbsprocedure for Elsam, og styrelsen blev præsenteret for et aftaleudkast på et nyt møde den 29. marts 2006.

94. Parterne underskrev aftalen den 19. april 2006.

95. Aftalen dækker som udgangspunkt kun Elsams værker i Vestdanmark, men parterne har indføjet i aftalen, at de snarest vil optage drøftelser med henblik på at lave en aftale om halm til Østdanmark efter de samme retningslinjer som denne aftale.

Aftalens hovedindhold

96. Aftalen bestemmer, hvordan Elsam skal indkøbe al sin halm, dvs. aftalen er en form for "Code of Conduct". Hovedprincipperne i aftalen er:

- Elsam indkøber hele sit halmbehov ved licitation – dog med få undtagelser.
- På licitationen udbydes kontrakter med en på forhånd fastsat løbetid på op til fem år. Ingen aftaler kan forlænges ud over kontraktperioden.
- Udbudsbetingelser mv. offentliggøres i et landbrugsblad, på Elsams hjemmeside, og fremsendes til hidtidige leverandører.
- Licitationen har offentligt kendte tidsfrister og ingen tilbudsbreve åbnes før tidsfristens udløb.
- Alle tilbud åbnes ved fristens udløb af Elsam og en uafhængig kontrollant.
- Elsam har ret til at forkaste alle tilbud og holde en ny licitation tidligst tre måneder senere. Hvis Elsam vælger at antage dele af de indkomne tilbud, skal denne mængde udgøre hele eller en væsentlig del af den i licitationen udbudte mængde.
- Det er forbudt for tilbudsgiverne at koordinere deres tilbud. Hvis Elsam fatter mistanke herom, skal Konkurrencestyrelsen orienteres.
- Eksisterende aftaler fortsætter løbetiden ud. Hvis aftalen ikke har en fastsat løbetid, kan leverandøren vælge at levere til og med halmåret 2007/08.

97. Aftalen er optrykt i sin helhed som bilag 1.

Styrelsens bemærkninger til aftalen

98. Styrelsen har ikke godkendt den indgåede aftale, men det er tilfredsstillende, at aftalen indeholder en række konkurrencefremmende elementer. Samtidig er der nu angiveligt skabt ro på det danske halmmarked.

99. Der er tre forhold i aftalen, som styrelsen har bemærkninger til, jf. nedenfor.

100. **For det første** finder styrelsen det uhensigtsmæssigt, at aftalen ikke dækker Elsams fulde halmindkøb. Aftalen undtager således al halm, der indkøbes til Grenå Kraftvarmeværk, Måbjergværket og Rudkøbing Kraftvarmeværk – svarende til ca. [xx] % af Elsams samlede halmforbrug i 2004/05. Parterne har forklaret, at disse værker er undtaget fra aftalen af logistiske årsager.

101. Der er mulighed for, at værkerne omfattes på et senere tidspunkt. Styrelsen vil endvidere kunne kontrollere, at Elsam ikke bruger sin købermagt til at presse prisen på leverancer til disse værker i et omfang, der har karakter af misbrug.

102. **For det andet** har styrelsen gjort opmærksom på, at det kan være uhensigtsmæssigt, at aftalen blot fastslår, at kraftvarmeværkerne skal købe en "væsentlig" del af den udbudte mængde, hvis ikke udbuddet går om – uden at præcisere, hvad "væsentlig" er. Den manglende præcisering kan give anledning til senere fortolkningstvister.

103. Elsam har hertil fremhævet, at selskabet lægger vægt på en vis fleksibilitet for ikke at komme i en situation, hvor man skal betale unødigt meget for halmen.

104. Konkurrencestyrelsen har på den baggrund tilkendegivet over for parterne, at styrelsen løbende vil følge, hvor stor en andel af de udbudte mængder kraftvarmeværkerne køber. Styrelsen kan hermed vurdere, hvor stor en andel "væsentlig" vil være i praksis og tage sagen op, såfremt styrelsen finder anledning hertil.

105. *For det tredje* har styrelsen fremhævet, at hvis Elsam fatter mistanke om priskoordinering, bør dette meddeles Konkurrencestyrelsen. Parterne har derfor indføjet dette i aftalens § 9. Styrelsen vil, hvis Elsam retter henvendelse, foretage en konkret vurdering af mistanken. Hvis styrelsen ikke finder anledning til at gå videre med sagen, vil det efter styrelsens opfattelse være vanskeligt for Elsam at gøre gældende, at aftalen er væsentlig misligholdt, jf. aftalens § 11, men en sådan afgørelse vil henhøre under de civile domstole.