



Miljøministeriet  
Miljøstyrelsen

# Juridiske rammer for sorteringsanlæg

Gældende juridiske rammebetingelser for  
udvalgte organisatoriske scenarier for  
større centrale affaldssorteringsanlæg

Miljøprojekt nr. 1558, 2014

**Titel:**

Juridiske rammer for sorteringsanlæg  
– Gældende juridiske rammebetingelser for  
udvalgte organisatoriske scenarier for større  
centrale affaldssorteringsanlæg

**Redaktion:**

Jacob Brandt (projektleder)  
Johan Weihe  
Jesper Kaltoft  
Michael Honoré

Bech-Bruun advokatfirma

**Udgiver:**

Miljøstyrelsen  
Strandgade 29  
1401 København K  
[www.mst.dk](http://www.mst.dk)

**År:**

2014

**ISBN nr.**

978-87-93178-30-4

**Ansvarsfraskrivelse:**

Miljøstyrelsen vil, når lejligheden gives, offentliggøre rapporter og indlæg vedrørende forsknings- og udviklingsprojekter inden for miljøsektoren, finansieret af Miljøstyrelsens undersøgelsesbevilling. Det skal bemærkes, at en sådan offentliggørelse ikke nødvendigvis betyder, at det pågældende indlæg giver udtryk for Miljøstyrelsens synspunkter. Offentliggørelsen betyder imidlertid, at Miljøstyrelsen finder, at indholdet udgør et væsentligt indlæg i debatten omkring den danske miljøpolitik.

Må citeres med kildeangivelse.

# Indhold

<b>Forord</b> .....	<b>6</b>
1.1 Tilknytningen til fyrtårnsprojektet om automatiske sorteringsanlæg.....	6
1.2 Projektets formål, afgrænsning og tilrettelæggelse .....	6
1.3 Ekstern inddragelse .....	7
<b>Sammenfatning</b> .....	<b>8</b>
1.1 Det offentlige scenarie .....	8
1.1.1 Miljøretlig regulering.....	8
1.1.2 Kommunalretlig regulering .....	9
1.1.3 Udbudsretlig regulering.....	9
1.1.4 Statsstøtteretlig regulering .....	9
1.2 Offentlig-privat samarbejde (OPS) .....	10
1.2.1 Miljøretlig regulering.....	10
1.2.2 Kommunalretlig regulering .....	10
1.2.3 Udbudsretlig regulering.....	10
1.2.4 Statsstøtteretlig regulering .....	11
1.3 Offentlig-privat aktieselskab (OP A/S) .....	11
1.3.1 Miljøretlig regulering.....	11
1.3.2 Kommunalretlig regulering .....	12
1.3.3 Udbudsretlig regulering.....	12
1.3.4 Statsstøtteretlig regulering .....	13
1.4 Offentlig-privat partnerskab (OPP) .....	13
1.4.1 Miljøretlig regulering.....	13
1.4.2 Kommunalretlig regulering .....	14
1.4.3 Udbudsretlig regulering.....	14
1.4.4 Statsstøtteretlig regulering .....	14
1.5 Det private scenarie .....	15
1.5.1 Miljøretlig regulering.....	15
1.5.2 Kommunalretlig regulering .....	15
1.5.3 Udbudsretlig regulering.....	15
1.5.4 Statsstøtteretlig regulering .....	15
1.6 Samlet oversigt over scenariernes karakteristika .....	16
<b>1. Baggrund</b> .....	<b>17</b>
1.1 Indledning.....	17
1.2 Det juridiske grundlag .....	18
1.2.1 Nærmere om den juridiske analyse.....	18
1.3 Opsummerende.....	18
<b>2. De organisatoriske scenarier</b> .....	<b>19</b>
2.1 Det offentlige scenarie .....	19
2.2 Offentligt-privat samarbejde (OPS) .....	20
2.3 Offentligt-privat aktieselskab (OP A/S).....	20
2.4 Offentligt-privat partnerskab (OPP) .....	20
2.5 Det private scenarie .....	21

<b>3. Affaldsfraktioner og materialenyttiggørelse .....</b>	<b>22</b>
3.1 Grundlaget for analyserne .....	22
3.2 De relevante affaldsfraktioner.....	22
3.2.1 Det øvrige affald .....	23
3.2.2 Klassificering af affald som "egnet til materialenyttiggørelse" .....	23
3.3 Affaldsdirektivets krav om øget genanvendelse .....	23
<b>4. Ansvar for affaldets håndtering .....</b>	<b>25</b>
4.1 Afgrænsning.....	25
4.2 Det almindelige udgangspunkt .....	26
4.3 Ansvar i forlængelse af frembringelsen .....	26
4.3.1 Kommunalt affald .....	26
4.3.2 Kildesorteret erhvervsaffald til materialenyttiggørelse.....	26
4.3.3 Miljøbeskyttelseslovens § 44, stk. 6 .....	27
4.4 Ansvar for affaldets håndtering indtil materialenyttiggørelse.....	28
4.4.1 Ansvar for affaldets håndtering – under og efter sortering .....	28
4.5 Særligt om kommunale behandlingsanlægs håndtering af kildesorteret erhvervsaffald til materialenyttiggørelse .....	31
4.5.1 Affaldsbekendtgørelsens regulering af kommunale behandlingsanlæg .....	33
4.6 Særligt om ansvar for restaffald efter sortering .....	37
4.7 Sammenfattende vurdering af ansvaret for affaldet indtil materialenyttiggørelse.....	38
4.7.1 Kommunalt affald .....	38
4.7.2 Erhvervsaffald .....	38
4.8 Nærmere om affaldsdefinitionens betydning, herunder biprodukter og affaldsfasen ophør.....	38
4.8.1 Affaldsdefinitionen .....	39
4.8.2 Kort om biprodukter .....	40
4.8.3 Kort om affaldsfasens ophør.....	41
4.9 Nærmere om definitionen på affaldsproducent .....	41
4.10 Nærmere om definitionen på affaldsindehaver.....	42
4.11 Forurenere betaler .....	42
4.12 Sammenfattende om affaldsdefinition, affaldsproducent, affaldsindehaver og forurenere betaler .....	43
4.13 Hovedkonklusioner.....	44
<b>5. Kommunalretlige forhold.....</b>	<b>45</b>
5.1 Overordnet om de kommunalretlige rammer .....	45
5.2 Selskabsdeltagelse efter kommunalfuldmagten .....	46
5.2.1 Forbud mod bestemmende indflydelse.....	46
5.2.2 Forbud mod erhvervsøkonomisk formål .....	46
5.2.3 Lovgivningen til hinder for varetagelse i selskab.....	47
5.2.4 Lovlige kommunale opgaver.....	48
5.3 Særligt om selskabsdeltagelse efter L548 .....	48
5.3.1 Lovgivningen må ikke hindre udskillelsen .....	49
5.3.2 Bestemmende indflydelse.....	49
5.3.3 Privat deltagelse .....	50
5.3.4 Omsætningens sammensætning .....	50
5.3.5 Kommunal viden.....	50
5.3.6 Krav om direkte deltagelse .....	50
5.4 Lokalitetsprincippet.....	51
5.5 Lånebekendtgørelsen.....	51
5.6 Hovedkonklusioner.....	52
<b>6. Udbudsretlige forhold .....</b>	<b>53</b>
6.1 Offentlig opgaveudførelse ved hjælp af interne eller eksterne ressourcer .....	53

6.1.1	Særligt om udvidet in house .....	53
6.1.2	Offentligt udbud og begrænset udbud .....	57
6.1.3	Konkurrencepræget dialog .....	58
6.2	Udbudsretlig analyse af de udvalgte scenarier .....	60
6.2.1	Affaldssortering som udbudspligtig anskaffelse .....	60
6.2.2	Det offentlige scenarie .....	60
6.3	OPS-scenariet.....	61
6.4	De offentlig-private scenarier (OPP og OP A/S).....	62
6.5	Særligt om varigheden af kontrakter, der indgås .....	63
6.6	Forslaget til nyt udbudsdirektiv .....	64
6.7	Hovedkonklusioner.....	65
<b>7.</b>	<b>Statsstøtteretlige forhold.....</b>	<b>66</b>
7.1	Hvornår foreligger der statsstøtte? .....	66
7.1.1	Der skal ydes en økonomisk fordel.....	66
7.1.2	Støttemodtager skal udføre en økonomisk aktivitet.....	68
7.1.3	Fordelen skal være ydet ved hjælp af statsmidler.....	68
7.1.4	Fordelen skal være selektiv.....	68
7.1.5	Støtten skal fordreje eller true med at fordreje konkurrencevilkårene .....	68
7.1.6	Samhandelen mellem medlemsstater skal kunne påvirkes .....	69
7.2	Konsekvensen af at der måtte være tale om statsstøtte .....	69
7.3	Statsstøtteretlig analyse.....	69
7.3.1	Der skal foreligge en økonomisk fordel.....	69
7.3.2	Støttemodtager skal udføre en økonomisk aktivitet.....	71
7.3.3	Støtten skal fordreje eller true med at fordreje konkurrencevilkårene .....	71
7.4	Muligheden for at få støtte godkendt af EU-Kommissionen .....	72
7.5	Opsummering i forhold til de enkelte scenarier .....	73
7.5.1	Det offentlige scenarie .....	73
7.5.2	Offentlig-privat samarbejde .....	73
7.5.3	Offentlig-privat aktieselskab .....	73
7.5.4	Offentlig-privat partnerskab og det private scenarie .....	73
7.6	Hovedkonklusioner.....	74
<b>Bilag 1:</b>	<b>Deltagerne i fokusgruppen:.....</b>	<b>75</b>

# Forord

## 1.1 Tilknytningen til fyrtårnsprojektet om automatiske sorteringsanlæg

Under Miljøministeriets Program for Grøn Teknologi 2013 har Miljøstyrelsen, Region Midtjylland og Region Sjælland etableret et partnerskab, som har til formål at undersøge grundlaget for etablering af større centrale automatiske sorteringsanlæg samt eventuelt ved tilskud at medvirke til etableringen heraf. Det er målsætningen, at der skal være tale om et større projekt, som kan demonstrere den næste generation af teknologi, der – hvis den får chancen for at vise sit værd i virkelig drift - kan blive state-of-the-art om få år.

Som et led i undersøgelsen af mulighederne for etableringen af sådanne anlæg har partnerskabet iværksat to videnprojekter, som skal afklare en række forhold samt give affaldsbranchens aktører et bedre grundlag for et beslutte, hvilke anlæg der skal etableres, og hvordan anlæggene skal organiseres.

Det ene videnprojekt vedrører en undersøgelse af teknologi og systemer, mens nærværende videnprojekt vedrører de juridiske rammer for organiseringen.<sup>1</sup>

## 1.2 Projektets formål, afgrænsning og tilrettelæggelse

Projektet har til formål at fastslå de juridiske rammer for forskellige organisationsformer.

Til brug for projektets afgrænsning og tilrettelæggelse er foretaget en række valg med henblik på at skabe en vis grad af operationalisering af projektets resultater. Valgene indebærer bl.a. fokus på fem udvalgte organisatoriske scenarier, som er dækkende for de traditionelle og kendte organisationsformer, og det kan således forventes, at varianter af organisationsformerne kan få konsekvenser i forhold til juraen.

De behandlede organisatoriske scenarier og problemstillinger er identificeret i samarbejde med partnerskabet og de til projektet tilknyttede fokusgrupper.

Projektets afgrænsning og tilrettelæggelse er bl.a. sket under hensyntagen til, at projektet skulle gennemføres inden for en nærmere bestemt tidsramme fra august til november 2013. Efter projektets foreløbige afrapportering blev der indledt drøftelser mellem Miljøstyrelsen, Indenrigs- og Økonomiministeriet samt Erhvervs- og Vækstministeriet om en nærmere afgrænset problemstilling. Ministerierne drøftede endvidere problemstillingen med Kammeradvokaten, og resultatet af drøftelserne er i løbet af februar blevet indarbejdet i rapporten.

I forbindelse med afrapporteringen er der først afgivet et udkast til rapport til kommentering hos Miljøstyrelsen, og der er blevet afholdt møder med samt modtaget Miljøstyrelsens skriftlige bemærkninger, som er indarbejdet i den endelige version.

---

<sup>1</sup> Miljøprojekt "Automatisk affaldssortering – teknologier og danske udviklings- og produktionskompetencer" (Miljøstyrelsen 2014)

Et særligt spørgsmål om kommunernes adgang til i større eller mindre omfang at deltage i selskaber, som håndterer kildesorteret erhvervsaffald til materialenyttiggørelse, har givet anledning til drøftelser mellem Miljøministeriet, Økonomi- og Indenrigsministeriet og Erhvervs- og Vækstministeriet, efter at det endelige udkast var afleveret til Miljøstyrelsen. De tre ministerier har endvidere indhentet rådgivning om dette spørgsmål hos Kammeradvokaten. Til brug for projektet blev Kammeradvokatens notat af 6. februar 2014 samt et fællesministerielt notat af 6. januar 2014 stillet til rådighed. Resultatet af drøftelserne og notaterne er efterfølgende indarbejdet i denne rapport.

### **1.3 Ekstern inddragelse**

I forbindelse med projektets opstart blev en fokusgruppe under betegnelsen "Jura og organisering" tilknyttet nærværende projekt. Som bilag 1 findes en liste over deltagerne i fokusgruppen.

Der er blevet afholdt to møder med fokusgruppen, ligesom der har været løbende direkte inddragelse af fokusgruppens medlemmer, hvor dette blev vurderet relevant af projektudførende. Følgegruppen har dog ikke kommenteret på udkast til nærværende Miljøprojekt-rapport.

De valgte organisatoriske scenarier samt udvalgte problemstillinger er endvidere blevet præsenteret på møder i DAKOFA's kommune- og juranetværk, DAKOFA's Teknisk Råd samt forelagt på DAKOFA's årskonference. Endelig blev der i oktober 2013 afholdt en åben workshop med 97 deltagere faciliteret af DAKOFA for partnerskabet, hvor navnlig interesseorganisationerne havde anledning til at drøfte projektets aspekter.

I de forskellige ovennævnte sammenhænge er det navnlig blevet fremhævet, at stordriftsfordele (behandling af såvel kommunalt affald som kildesorteret erhvervsaffald til materialenyttiggørelse), sikkerhed for levering af affald til sortering, indbygget incitament for anlægget til at sortere miljø- og ressourcemarkedsmæssigt optimalt samt løbende udvikling af teknologiske løsninger er vigtige forudsætninger for, at et større centralt sorteringsanlæg får optimale rammebetingelser. Disse budskaber er anvendt til at fokusere projektets analyse.

# Sammenfatning

I det følgende sammenfattes de muligheder og begrænsninger, som er identificeret for de enkelte scenarier. Scenarierne sammenstilles til sidst, men der er ikke gennemført en selvstændig tværgående vurdering af scenarierne i forhold til overordnede målsætninger for affaldssektorens udvikling.

For at skabe et overblik har vi udarbejdet et skema, som indeholder de væsentligste parametre i hvert enkelt scenarium. Det er i skemaet angivet, hvordan de enkelte parametre er vurderet i det pågældende scenarium. Afslutningsvist har vi samlet skemaerne med henblik på at lette sammenligningen af karakteristika på tværs af scenarierne.

De valgte parametre er:

1. Mulighed for at håndtere kildesorteret erhvervsaffald til materialenyttiggørelse (herefter betegnet "erhvervsaffald")
2. Sikkerhed for levering af kommunalt affald til sortering på anlægget (herefter betegnet "leveringssikkerhed").
3. Kommunal medfinansiering
4. Operatørens mulighed for at overtage det offentligretlige ansvar for kommunalt affald frem til sluthåndtering (incitament til optimal sortering med henblik på økonomisk gevinst ved afsætning)
5. Anlæggets mulighed for at overtage det offentligretlige ansvar for kommunalt affald frem til sluthåndtering (optimale vilkår for indretning og drift af anlægget)
6. Mulighed for at anvende udbudsformen konkurrencepræget dialog
7. Risiko for statsstøtte, som skal godkendes af EU-Kommissionen

Der er knyttet bemærkninger til skemaet under hvert scenarie, som har til formål at fremhæve de karakteristika, som adskiller hvert scenarie fra de øvrige.

## 1.1 Det offentlige scenarie

Scenarie 1 – Offentligt ejet	
1. Erhvervsaffald	Ikke adgang
2. Leveringssikkerhed	Ja
3. Kommunal medfinansiering	100 %
4. Operatørens mulighed for at overtage ansvar for kommunalt affald	Ja
5. Anlæggets mulighed for at overtage ansvar for kommunalt affald	Ja
6. Mulighed for konkurrencepræget dialog	Ikke relevant
7. Risiko for godkendelsespligtig statsstøtte	Ja, i mindre grad

### 1.1.1 Miljøretlig regulering



Det offentlige scenarie er den mest udbredte konstruktion til løsning af opgaver på affaldsområdet. De kommunale fællesskaber, integrerede kommunale forsyningsvirksomheder og kommunale aktieselskaber er de mest udbredte organisationsformer.

Det offentlige scenaries stærkeste juridiske kendetegn er de begrænsninger, som følger af det rene offentlige ejerskab som følge af, at de kommunalretlige regler forhindrer offentligt ejede virksomheder i at udøve erhvervsøkonomiske aktiviteter. Dette indebærer i lyset af affaldsreguleringen, at et større centralt sorteringsanlæg alene må dimensioneres til håndtering af kommunalt affald svarende til behovet i den eller de deltagende kommuners opland.

I det rene offentlige scenarie opstår der ikke problemer i forhold til spørgsmålet om sorteringsanlæggets mulighed for at overtage ansvaret for det modtagne affalds videre håndtering frem til materialenyttiggørelse. Anlægget vil kun kunne modtage kommunalt affald, som stammer fra de kommunale ejere. Sammenfaldet mellem det kommunale ejerskab/drift og det offentligretlige ansvar for affaldets håndtering indebærer således, at incitamentet til at lave et godt sorteringsresultat i forhold til efterspørgslen i markedet ikke afkobles. Ved deltagelse af flere kommuner vil dog kun det kommunale fællesskab i medfør af kommunestyrelseslovens § 60 kunne overtage det offentligretlige ansvar for affaldets videre håndtering, hvorfor andre organisationsformer vil skulle respektere affaldets opland ved opgavens praktiske tilrettelæggelse.

### **1.1.2 Kommunalretlig regulering**

Organiseringen i det offentlige scenarie skal respektere, at sorteringsanlægget skal styres og drives indenfor rammerne af den kommunalretlige lovgivning, herunder kommunestyrelsesloven og kommunalfuldmagten, og at anlægget derfor bl.a. ikke kan drives med fortjeneste for øje, og at anlægget alene kan dimensioneres efter at varetage affaldsopgaver for den eller de deltagende kommuner eller kommunale fællesskaber. Endvidere skal organiseringen respektere, at opgaven kan være overdraget til varetagelse i et kommunalt fællesskab.

### **1.1.3 Udbudsretlig regulering**

Hvis det offentlige scenarie udspiller sig sådan, at en række kommuner i fællesskab etablerer og driver anlægget inden for rammerne af et selskab, der er en selvstændig juridisk person, vil dette selskab udgøre en fra kommunerne juridisk adskilt virksomhed, og derfor vil de enkelte kontrakter mellem kommunerne og selskabet om levering af affaldssorteringssydelser alene kunne indgås uden udbud, hvis betingelserne for udvidet in house er opfyldte. I den forbindelse skal det særligt bemærkes, at beregningen af intern og ekstern virksomhed/omsætning i relation til opgaveudførelseskriteriet generelt kan være vanskelig at foretage, og at der må foretages en konkret vurdering heraf i det enkelte tilfælde.

### **1.1.4 Statsstøtteretlig regulering**

Sorteringsanlægget kan formentlig optage lån til samme rentesats som kommunen, forudsat at anlægget er en enhed integreret i den kommunale forsyningsvirksomhed og således ikke er udskilt i en selvstændig juridisk enhed. Herved undgås det, at kommunen skal stille lånegarantier, der skal betales garantiprovision for.

Hvis anlægget er udskilt i en selvstændig juridisk enhed, er der endvidere gode argumenter for, at kommunal finansiering (inkl. lånegarantier) på favorable vilkår ikke indebærer statsstøtte, forudsat at anlægget ikke behandler kildesorteret genanvendeligt erhvervsaffald.

Selv hvis der måtte være tale om statsstøtte, skal det undersøges, om støtten kan godkendes af EU-Kommissionen. Dette forventes at være tilfældet. Dog kan særligt brugen af ubegrænsede garantier vise sig problematisk.

## 1.2 Offentlig-privat samarbejde (OPS)

<b>Scenarie 2 – Offentligt ejet – drift udliciteret</b>	
<b>1. Erhvervsaffald</b>	Ikke adgang
<b>2. Leveringssikkerhed</b>	Ja
<b>3. Kommunal medfinansiering</b>	100 %
<b>4. Operatørens mulighed for at overtage ansvar for kommunalt affald</b>	Nej
<b>5. Anlæggets mulighed for at overtage ansvar for kommunalt affald</b>	Ja
<b>6. Mulighed for konkurrencepræget dialog</b>	Nej
<b>7. Risiko for godkendelsespligtig statsstøtte</b>	Ja, i mindre grad

### 1.2.1 Miljøretlig regulering

Det offentlig-private samarbejde (OPS) indeholder alene en begrænset scenariemæssig modifikation. Muligheden for at lade en privat aktør forestå driften af sorteringsanlægget og afsætningen af de sorterede materialer er inddraget.

Sorteringsanlægget vil på grund af det offentlige ejerskab i udgangspunktet være afskåret fra at håndtere andet affald end det, som stammer fra den eller de kommunale ejerkommuner.

Selvom anlægget i lighed med det rene offentlige scenarie pga. det kommunale ejerskab har mulighed for at overtage det offentligretlige ansvar for det kommunale affald, er det en begrænsning for OPS-scenariet, at den private aktør ikke kan overtage ansvaret for det kommunale affald indtil materialenytiggørelse. Dette indebærer, at operatøren skal afsætte de sorterede materialer på vegne af de offentlige ejere, hvilket afkobler incitamentet til at skabe et godt sorteringsresultat i forhold til efterspørgslen efter de sorterede materiale. I forhold til det offentligretlige ansvars betydning for tilrettelæggelse af sorteringsopgaven er retsstillingen den samme som i det rent offentlige scenarie. Den private operatør løser alene driftsopgaven på vegne af den offentlige ejer af sorteringsanlægget.

### 1.2.2 Kommunalretlig regulering

Organiseringen i et offentlig-privat samarbejde (OPS) er i al væsentlighed den samme som i det offentlige scenarie. Det betyder, at kommunens deltagelse skal styres indenfor rammerne af den kommunalretlige lovgivning, herunder kommunestyrelsesloven og kommunalfuldmagten, og at anlægget derfor bl.a. ikke kan drives med fortjeneste for øje, og at anlægget alene kan dimensioneres efter at varetage affaldsopgaver for den eller de deltagende kommuner eller kommunale fællesskaber. Endvidere skal organiseringen respektere, at opgaven kan være overdraget til varetagelse i et kommunalt fællesskab.

### 1.2.3 Udbudsretlig regulering

I relation til en kontrakt om driften af anlægget må det antages, at en sådan kontrakt alene kan indgås på baggrund af en af udbudsdirektivets sædvanlige udbudsprocedurer; offentligt eller begrænset udbud. Der vil således formentlig ikke være forhold, der indikerer, at en kontrakt om

driften af affaldssorteringsanlægget har den fornødne kompleksitet til, at udbudsproceduren konkurrencepræget dialog kan bringes i anvendelse.

Driftskontrakten vil heller ikke på baggrund af udvidet in house kunne indgås uden udbud, da hverken kontrol- eller opgaveudførelseskriteriet vil være opfyldt i relationen mellem kommunerne og den private virksomhed, der skal drive anlægget.

Der skal foretages en særskilt vurdering af, hvorvidt de efterfølgende tjenesteydelseskontrakter om sortering af kommunernes affald vil kunne indgås på baggrund af udvidet in house. Hvis denne vurdering måtte falde sådan ud, at kriterierne for direkte kontrakttildelelse på baggrund af udvidet in house ikke er opfyldte, vil den enkelte kommune eller de samlede kommuner alene kunne tildele disse tjenesteydelseskontrakter efter afholdelse af offentligt eller begrænset udbud

#### **1.2.4 Statsstøtteretlig regulering**

Hvis anlægget ikke behandler kildesorteret genanvendeligt erhvervsaffald, er der gode argumenter for, at kommunal finansiering (inkl. lånegarantier) på favorable vilkår ikke indebærer statsstøtte.

Selv hvis der måtte være tale om statsstøtte, taler meget for, at støtten ville kunne godkendes af EU-Kommissionen. Brugen af ubegrænsede garantier kan dog være problematisk.

### **1.3 Offentlig-privat aktieselskab (OP A/S)**

<b>Scenarie 3 – Offentligt privat selskab</b>	
<b>1. Erhvervsaffald</b>	Fuld adgang
<b>2. Leveringssikkerhed</b>	Ja (Kun kommunalt affald fra ejerkommuner)
<b>3. Kommunal medfinansiering</b>	Måske
<b>4. Operatørens mulighed for at overtage ansvar for kommunalt affald</b>	Nej
<b>5. Anlæggets mulighed for at overtage ansvar for kommunalt affald</b>	Nej
<b>6. Mulighed for konkurrencepræget dialog</b>	Måske
<b>7. Risiko for godkendelsespligtig statsstøtte</b>	Ja, i betydelig grad

#### **1.3.1 Miljøretlig regulering**

Miljøbeskyttelsesloven og forarbejderne hertil udgør i kombination med affaldsbekendtgørelsens regler om kommunale behandlingsanlæg, herunder navnlig definitionen i affaldsbekendtgørelsens § 3, nr. 37, et særdeles uklart grundlag for at afgøre, hvorvidt det rent faktisk er muligt for en kommune at deltage i ejerskabet af et behandlingsanlæg, som håndterer kildesorteret erhvervsaffald til materialenyttiggørelse.

Miljøbeskyttelseslovens materielle bestemmelser tildeler kommunerne opgaven med håndtering af affald i almindelighed, mens "forbuddet" mod håndtering af kildesorteret erhvervsaffald til materialenyttiggørelse primært finder sit udtryk i bemærkningerne til loven, som dog heller ikke er klart formuleret. Både loven og lovens forarbejder fokuserer på kommunale behandlingsanlæg, som er defineret i affaldsbekendtgørelsen på en måde, som åbner mulighed for en vis grad af kommunalt ejerskab til et behandlingsanlæg, uden at et sådant behandlingsanlæg skal anses som omfattet af definitionen på et kommunalt behandlingsanlæg. Dette kan forstås sådan, at ministeren ved fastsættelse af definitionen har vurderet, at et vist begrænset ejerskab til behandlingsanlæg, som behandler kildesorteret erhvervsaffald til materialenyttiggørelse, er foreneligt med loven og forarbejderne hertil. Det kan derfor ikke med fornøden sikkerhed fastslås, om kommuner på

baggrund af gældende ret kan deltage i ejerskabet af behandlingsanlæg, som håndterer kildesorteret erhvervsaffald til materialenyttiggørelse. Der vil dog i givet fald formentlig kun være adgang til at ejerskab i størrelsesordenen 5-10 %. Der er under alle omstændigheder behov for en tydeliggørelse af kommunernes mulighed for at deltage i behandlingsanlæg, som håndterer kildesorteret erhvervsaffald til materialenyttiggørelse.

Behandlingsanlægget kan i givet fald overtage det offentligretlige ansvar for det kildesorterede erhvervsaffald til materialenyttiggørelse fra de affaldsproducerende virksomheder.

Den private deltagelse i selskabet forudsættes etableret gennem et udbud, som omfatter såvel etableringen af anlægget som håndteringen af den eller de kommuners affald, som skal sorteres. Selskabet vil således kunne håndtere det kommunale affald fra deltagerkommunerne, men der er ikke mulighed for, at selskabet overtager det offentligretlige ansvar for håndteringen af det kommunale affald. Dette afkobler sammenhængen mellem sorteringsopgavens udførelse og resultat i forhold til de sorterede materials videre håndtering.

### **1.3.2 Kommunalretlig regulering**

Et sorteringsanlæg organiseret som et OP A/S vil enten skulle organiseres indenfor rammerne af kommunalfuldmagten eller 548-loven.

Såfremt selskabet organiseres indenfor kommunalfuldmagten, kan selskabet ikke have et erhvervsøkonomisk formål, og selskabet kan som udgangspunkt alene dimensioneres efter at varetage affaldsopgaver for den eller de deltagende kommuner, medmindre det er begrundet i fælleskommunal opgavevaretagelse i medfør af miljøbeskyttelseslovens § 49, stk. 2. Efter 548-loven vil der være muligt for kommunen at etablere sorteringsanlægget i et selskab med erhvervsøkonomisk formål, forudsat at selskabet baseres på kommunal viden. Det er endvidere en forudsætning, at en kommune ikke har bestemmende indflydelse, og at der er mindst 25 % privat deltagelse, samt at højst 50 % af omsætningen stammer fra andre end kommuner.

Behandling af kildesorteret erhvervsaffald til materialenyttiggørelse er som udgangspunkt ikke længere en kommunal opgave. Det har ikke været muligt med sikkerhed at afklare, om dette helt afskærer kommuner og kommunale fællesskaber fra at deltage i ejerskabet af anlæg, som dimensioneres efter at behandle kildesorteret erhvervsaffald til materialenyttiggørelse. Det er vurderingen, at begrænsningen alene gælder for "kommunale behandlingsanlæg", jf. affaldsbekendtgørelsens § 3, nr. 37, men det er behæftet med betydelig usikkerhed, om kommuner eller kommunale fællesskaber kan deltage i ejerskabet af anlæg, der behandler kildesorteret erhvervsaffald til materialenyttiggørelse, eller i selskaber, der ejer sådanne anlæg.

### **1.3.3 Udbudsretlig regulering**

OP A/S-scenariet indebærer et begrænset offentligt ejerskab til anlægget.

Det betyder, at kontraktindgåelse mellem kommunerne og anlægget i dette scenarie ikke kan ske uden udbud som udvidet in house uanset graden af det private ejerskab..

Kontraktindgåelsen skal herefter foregå efter afholdelse af udbud i form af offentligt udbud, begrænset udbud eller – hvis betingelserne herfor er opfyldte - konkurrencepræget dialog.

Kontrakter, der i OP A/S-scenariet indgås mellem kommunerne og affaldssorteringsanlægget, vil – udover levering af affaldssorteringsydelse – indeholde elementer vedrørende etablering og drift af anlægget. Der er således i dette scenarie tale om, at kommunerne og en virksomhed indgår en samlet kontrakt, der regulerer såvel forhold i forbindelse med etableringen af anlægget (herunder

finansiering og drift) som forhold i forbindelse med anlæggets virksomhed efter etableringen (leveringen af affaldssorteringsydelse), og det bliver herefter særligt relevant, om disse forhold medfører, at en sådan samlet kontrakt kan anses som værende særligt kompleks. Hvis dette er tilfældet, vil et udbud nemlig kunne iværksættes som en konkurrencepræget dialog. Det er ikke udelukket, at en OP A/S-kontrakt kan have den fornødne kompleksitet, men bedømmelsen heraf vil i højere grad kræve en nærmere analyse af de specifikke forhold ved en sådan kontrakt.

I relation til OP A/S-scenariet vil det formentlig være i overensstemmelse med udbudsdirektivet, at udvælgelsen af den private selskabsdeltager og tildelingen af den offentlige kontrakt om levering af affaldssorteringsydelser sker ved et samlet udbud. Det er dog i den sammenhæng en betingelse, at dette samlede udbud omfatter såvel de selskabsretlige forhold – vedrørende selskabets vedtægter, aktionæraftaler mellem parterne mv. – som de kontraktretlige forhold – vedrørende kontraktpartnerens økonomiske og tekniske kvalifikationer, oplysninger om kontraktgenstanden, valg af tildelingskriterium mv.

Det skal endelig have for øje, at alene kontrakter, der har været forudsat i det oprindelige udbudsmateriale, kan tildeles OP A/S'et uden udbud, ligesom der alene vil kunne ændres i den samlede kontrakt uden afholdelse af udbud, hvis sådanne ændringer er forudset i udbudsmaterialet, eller hvis ændringerne ikke er væsentlige.

#### 1.3.4 Statsstøtteretlig regulering

Der er risiko for, at kommunal medfinansiering (inkl. lånegarantier) på favorable vilkår indebærer statsstøtte. Muligheden for ringfencing bør overvejes.

Det bør afdækkes nærmere, om en sådan støtte vil kunne godkendes af EU-Kommissionen som enten miljøstøtte eller public service støtte. Brugen af ubegrænsede garantier kan være særligt problematisk.

### 1.4 Offentlig-privat partnerskab (OPP)

<b>Scenarie 4 – OPP kontrakt</b>	
<b>1. Erhvervsaffald</b>	Fuld adgang
<b>2. Leveringssikkerhed</b>	Ja (Kun kommunalt affald fra udbudskommuner)
<b>3. Kommunal medfinansiering</b>	Nej
<b>4. Operatørens mulighed for at overtage ansvar for kommunalt affald</b>	Nej
<b>5. Anlæggets mulighed for at overtage ansvar for kommunalt affald</b>	Nej
<b>6. Mulighed for konkurrencepræget dialog</b>	Ja
<b>7. Risiko for godkendelsespligtig statsstøtte</b>	Ja, i mindre grad

#### 1.4.1 Miljøretlig regulering

I forhold til det offentligretlige ansvar for affaldets håndtering indtil materialenytiggørelse og mulighederne for at håndtere såvel kommunalt affald som kildesorteret erhvervsaffald til materialenytiggørelse reguleres det offentlig-private partnerskab (OPP) på samme måde som et OP A/S.

#### **1.4.2 Kommunalretlig regulering**

I OPP-scenariet består det kommunale engagement i udbuddet af og indgåelsen af en OPP-kontrakt med OPP-leverandøren, som skal opføre, drive og finansiere sorteringsanlægget. Kommuner eller kommunale fællesskabers indgåelse af en OPP-kontrakt skal være i overensstemmelse med de kommunalretlige regler, som bl.a. indebærer, at kontrakten ikke må indebære, at de kommunale parter ved profitdeling eller på anden måde deltager i erhvervsvirksomhed, og der overlades OPP-leverandøren ansvar, fx offentligretligt ansvar, som ikke kan delegeres til private. Endvidere skal det påses, at kommunerne ikke udsættes for økonomiske risici, som ikke tjener varetagelse af kommunale formål. Endvidere skal det altid ved indgåelse af OPP-kontrakter sikres, at kontakten ikke utilsigtet påvirker kommunens låneramme. Det vil normalt være uproblematisk at sikre, at OPP-kontrakten opfylder disse krav.

#### **1.4.3 Udbudsretlig regulering**

OPP-scenariet indebærer, at ejerskabet til anlægget er 100 % privat, og allerede af denne årsag er in house-kontraktindgåelse ikke er mulighed i dette scenarie.

Kontraktindgåelsen skal herefter foregå efter afholdelse af udbud i form af offentligt udbud, begrænset udbud eller – hvis betingelserne herfor er opfyldte - konkurrencepræget dialog.

Ligesom ved OP A/S-scenariet vil de kontrakter, der indgås mellem kommunerne og affaldssorteringsanlægget, udover levering af affaldssorteringsydelser indeholde elementer vedrørende etablering og drift af anlægget. Der altså tale om, at kommunerne og en virksomhed indgår en samlet kontrakt, der regulerer såvel forhold i forbindelse med etableringen af anlægget (herunder finansiering og drift) som forhold i forbindelse med anlæggets virksomhed efter etableringen (leveringen af affaldssorteringsydelser), og det bliver herefter særligt relevant, om disse forhold medfører, at en sådan samlet kontrakt kan anses som værende særligt kompleks. Hvis dette er tilfældet, vil et udbud nemlig kunne iværksættes som en konkurrencepræget dialog. Meget taler for, at udbudsproceduren konkurrencepræget dialog kan anvendes i OPP-scenariet.

Der har ikke tidligere har været opført lignende større centrale affaldssorteringsanlæg i Danmark eller udbudt kontrakter herom.

Endvidere vil det trække i retning af en adgang til anvendelse af konkurrencepræget dialog, hvis den kontrakt, der udbydes er teknologineutral – på den måde forstået, at der ikke ved udbuddet opstilles krav om anvendelse af bestemte tekniske løsninger eller af et bestemt teknisk system. Der skal dog være tale om reelle vanskeligheder ved på forhånd at opstille den tekniske kravspecifikation (medmindre andre forhold i sig selv kan berettige anvendelsen).

Betingelsen om en særligt kompleks kontrakt forekommer som nævnt meget nærliggende at kunne opfyldes ved OPP-scenariet, og Kommissionens *explanatory note* vedrørende konkurrencepræget dialog nævner da også eksplicit OPP-kontrakter som eksempel på kontrakter af juridisk eller finansiell kompleksitet. Det vil dog under alle omstændigheder altid bero på en konkret vurdering af de nærmere og samlede forhold, om betingelserne for anvendelse af konkurrencepræget dialog er opfyldte.

#### **1.4.4 Statsstøtteretlig regulering**

Fraværet af kommunal medfinansiering minimerer statsstøtteretlige betænkeligheder sammenlignet med det offentlige scenarie, OPS og OP A/S. Der er en risiko for at blive omfattet af statsstøttereglerne, hvis anlægget ikke kan drives på kommercielle vilkår, fx hvis det tildeles en

kommunal eneret. Det bør endvidere afdækkes, om den kommunale betaling for affaldssorteringen indebærer elementer af statsstøtte.

Selv hvis der måtte være tale om statsstøtte, taler meget for, at støtten ville kunne godkendes af EU-Kommissionen, hvis ejeren/operatøren vælges efter udbud. Offentlig eller begrænset udbud vil være at foretrække

## 1.5 Det private scenarie

<b>Scenarie 5 – Privat anlæg</b>	
<b>1. Erhvervsaffald</b>	Fuld adgang
<b>2. Leveringssikkerhed</b>	Nej
<b>3. Kommunal medfinansiering</b>	Nej
<b>4. Operatørens mulighed for at overtage ansvar for kommunalt affald</b>	Nej
<b>5. Anlæggets mulighed for at overtage ansvar for kommunalt affald</b>	Nej
<b>6. Mulighed for konkurrencepræget dialog</b>	Nej
<b>7. Risiko for godkendelsespligtig statsstøtte</b>	Ja, i mindre grad

### 1.5.1 Miljøretlig regulering

I forhold til det offentligretlige ansvar for affaldets håndtering indtil materialenytiggørelse og mulighederne for at håndtere såvel kommunalt affald som kildesorteret erhvervsaffald til materialenytiggørelse reguleres det private scenarie på samme måde som et OP A/S.

### 1.5.2 Kommunalretlig regulering

Det private scenarie vil normalt ikke indebære selvstændige kommunalretlige problemstillinger.

### 1.5.3 Udbudsretlig regulering

Det private scenarie indebærer pr. definition, at der ikke med henvisning til in house-betragtninger kan tildeles opgaver til anlægget uden forudgående udbud. Udbuddet skal iværksættes som enten et offentligt eller begrænset udbud. Kontrakter, der indgås i det private scenarie, vil således ikke have den fornødne kompleksitet til at opfylde betingelserne for anvendelse af undtagelsesproceduren konkurrencepræget dialog.

### 1.5.4 Statsstøtteretlig regulering

Fraværet af kommunal medfinansiering minimerer statsstøtteretlige betænkeligheder sammenlignet med det offentlige scenarie, OPS og OP A/S. Der er en risiko for støtte, hvis anlægget ikke kan drives på kommercielle vilkår, fx hvis det tildeles en kommunal eneret. Det bør endvidere afdækkes, om den kommunale betaling for affaldssorteringen indebærer elementer af statsstøtte.

Selv hvis der måtte være tale om statsstøtte, taler meget for, at støtten ville kunne godkendes af EU-Kommissionen, hvis ejeren og operatøren afholdes efter udbud. Offentlig eller begrænset udbud vil være at foretrække.

## 1.6 Samlet oversigt over scenariernes karakteristika

	Offentligt	OPS	OP A/S	OPP	Privat
1. Erhvervsaffald	Nej	Nej	Ja	Ja	Ja
2. Leveringssikkerhed	Ja	Ja	Delvist (fra deltagende kommuner)	Delvist (fra udbydende kommuner)	Nej
3. Kommunal medfinansiering	Ja	Ja	Måske	Nej	Nej
4. Operatørens mulighed for at overtage ansvar for kommunalt affald	Ja	Nej	Nej	Nej	Nej
5. Anlæggets mulighed for at overtage kommunalt affald	Ja	Ja	Nej	Nej	Nej
6. Mulighed for anvendelse af konkurrencepræget dialog <sup>2</sup>	Nej	Nej	Måske	Ja	Nej
7. Risiko for godkendelsespligtig statsstøtte	Ja	Ja	Ja	Ja	Ja

---

<sup>2</sup> Der er ikke taget stilling til, om det rent offentlige scenarie har adgang til at anvende konkurrencepræget dialog i forhold til entreprenøren i forbindelse med indkøbet af bygge- og anlægsarbejder samt materiel, maskiner, inventar, m.v.



# 1. Baggrund

## 1.1 Indledning

Dette videnprojekt har til formål at kortlægge de juridiske rammebetingelser for udvalgte organisatoriske scenarier for større centrale affaldssorteringsanlæg. Større centrale sorteringsanlæg vil være et væsentligt element i ønsket om at fremme genanvendelse frem for afbrænding af affaldet. Som det fremgår af regeringens ressourcestrategi "Danmark uden affald" samt ressourceplanen udsendt i høring på baggrund heraf, er mere genanvendelse af materialer fra husholdninger og servicesektoren et centralt emne, herunder understøttelse af udviklingen af nye sorterings- og behandlingsteknologier.

Videnprojektet skal give et overblik over de juridiske rammebetingelser for større centrale affaldssorteringsanlæg.

Da der er tale om komplekse problemstillinger, er det besluttet, at projektet metodisk skal forholde sig til et antal udvalgte organisationsformer (scenarier), og at udgangspunktet skal være scenarier, der rummer forskellige grader af samarbejde mellem offentlige og private aktører. Projektet tager i valget af organisationsformer udgangspunkt i to basis-scenarier, som er hinandens modsætninger, i form af på den ene side den rene offentlige organisering og på den anden side den rene markedsbaserede organisering af sorteringsanlæg.

Herefter er udvalgt tre organisationsformer, som bygger på forskellige grader af offentlig og privat deltagelse. Organisationsformerne er udvalgt med det formål at muliggøre en juridisk analyse af disse organisationsformer, som kan bidrage til en forståelse af de forhold, der har væsentlig betydning for etablering drift af et større centralt affaldssorteringsanlæg.

De organisatoriske scenarier er fastlagt i samarbejde med Miljøstyrelsen efter forelæggelse for projektets fokusgruppe "Jura og organisering" samt DAKOFA's jura- og kommunenetværk. Scenarierne er således de to basis-scenarier og derudover tre kendte modeller for etablering af samarbejde mellem offentlige og private aktører.

Videnprojektet omfatter fem udvalgte organisatoriske scenarier, som tager deres udgangspunkt i ensartede lovgivningsmæssige rammebetingelser.

Videnprojektets analyser er gennemført parallelt med gennemførelsen af miljøprojektet "Automatisk affaldssortering – Teknologier og danske udviklings- og produktionskompetencer".

Rapporten er udarbejdet af Bech-Bruun advokatfirma.

Rapporten er udarbejdet som et videnprojekt for Miljøstyrelsen med henblik på at bidrage til det generelle vidensniveau om juridiske forhold ved etableringen af større centrale affaldssorteringsanlæg. Det skal understreges, at rapporten ikke kan træde i stedet for konkret juridisk eller finansiel rådgivning.

## **1.2 Det juridiske grundlag**

Videnprojektets juridiske del har til formål at kortlægge og analysere gældende ret for et større centralt affaldssorteringsanlæg, som organiseres under én af de fem udvalgte organisationsformer. Den juridiske beskrivelse af de fem organisatoriske scenarier tager således alle deres udgangspunkt i gældende lovgivning (november 2013). Det betyder, at der er taget udgangspunkt i, at det er en kommunal opgave at indsamle husholdningsaffald egnet til materialenyttiggørelse med henblik på yderligere sortering, mens håndteringen af kildesorteret erhvervsaffald til materialenyttiggørelse er markedsudsat.

Videnprojektet tager endvidere udgangspunkt i, at større centrale affaldssorteringsanlæg i mange tilfælde vil skulle modtage affald til sortering i form af såvel det kommunale affald som kildesorteret erhvervsaffald til materialenyttiggørelse fra virksomhederne for at opnå stordriftsfordele. Organiseringen af større centrale affaldssorteringsanlæg får dermed stor betydning for, hvilket affald affaldssorteringsanlægget får adgang til i medfør af affaldslovgivningen.

Hvis affaldssorteringsanlægget drives i samarbejde mellem offentlige og private aktører, vil den udbudsretlige analyse få central betydning for, hvordan anlægget kan sikre sig det affald, som skal sorteres. Det vurderes derfor også, hvornår og hvordan kommuner kan afsætte husholdningsaffald til et helt eller delvist privat affaldssorteringsanlæg. I relation til det rent offentlige scenarie beskrives de udbudsretlige muligheder for opgavetildeling på grundlag af in-house betragtninger.

### **1.2.1 Nærmere om den juridiske analyse**

I kapitel 5-8 gennemføres en miljø-, udbuds- og kommunalretlig analyse af rammebetingelserne for etablering af større centrale sorteringsanlæg. Det er endvidere vurderet, hvorvidt der i forhold til de forskellige scenariers finansiering kan være et statsstøtteretligt problem pga. offentligt engagement. Analysen kortlægger gældende ret i de enkelte organisatoriske scenarier, herunder de muligheder og begrænsninger, som gældende ret indebærer.

Analysen fastslår blandt andet, hvordan ansvarsfordelingen i medfør af national miljølovgivning og EU-retten har betydning for hvilket affald, affaldssorteringsanlægget kan håndtere, og hvem der har ansvaret for at afsætte det sorterede affald. Det er endvidere vurderet, hvordan henholdsvis husholdnings- og erhvervsaffald kan håndteres i de forskellige organisatoriske scenarier.

Analysen kortlægger endelig de kommunalretlige muligheder og begrænsninger. For kommunernes dimensionering af offentligt ejede anlæg har kommunalfuldmagten endvidere betydning, ligesom eksempelvis kommunernes adgang til at udføre opgaver for andre kommuner – og dimensionere anlæg herefter – er reguleret af kommunalretlige regler.

Analysen fastslår også, hvornår udbudspligten indtræder for én eller flere kommuner, når husholdningsaffaldet afsættes til et affaldssorteringsanlæg organiseret efter de udvalgte scenarier. Det vil desuden blive vurderet, hvornår der vil være grundlag for at anvende de forskellige udbudsformer, ligesom hvert organisatoriske scenarier betydning for længden af de udbudte kontrakter bliver gennemgået.

## **1.3 Opsummerende**

Videnprojektet beskriver således, med udgangspunkt i fem organisatoriske scenarier, den gældende miljø-, kommunal- og udbudsretlige regulering, som er relevant for de forskellige organisatoriske muligheder. Derudover inddrages statsstøtteretlige perspektiver.

## 2. De organisatoriske scenarier

Forud for gennemførelsen af projektets analyser har en række forskellige organisatoriske scenarier været diskuteret og fastlagt. Udgangspunktet for scenarierne har været, at der på forhånd var taget afsæt i de to modstillede organisationsformer i affaldssektoren – en fuldstændig offentligt styret affaldssektor og en fuldstændig markedsbaseret affaldssektor. De øvrige tre scenarier skulle således baseres på forskellige former for/grader af offentligt privat samarbejde.

De tre scenarier, der bygger på offentligt-privat samarbejde, har været fastlagt ud fra en række kriterier, som skulle sikre, at:

- Scenarierne skal bygge på forskelle i omfang og måde for organisering af offentligt-privat samarbejde (efter udbud eller på grundlag af fælles selskab).
- Scenarierne skal baseres på kendte og lovlige organisationsformer.
- Scenarierne skal være realistiske i forhold til affaldssektorens udfordringer og de generelle markedsøkonomiske mekanismer.

De fem udvalgte organisatoriske scenarier indebærer alle forskellige udfordringer i forhold til de juridiske og økonomiske rammer.

Eksempelvis vil et offentligt ejet anlæg, som har adgang til billig finansiering gennem Kommunekredit, som udgangspunkt ikke have adgang til at håndtere erhvervsaffald, mens et privatejet anlæg, som ikke har adgang til at låne hos Kommunekredit til meget lave renter, som udgangspunkt kun er sikret at modtage erhvervsaffald, hvis anlægget kan tiltrække affaldet på det frie marked.

De følgende afsnit skal skabe et overblik over de forskellige scenariers karakteristika, i det omfang disse ikke følger direkte af gældende ret. Der er således tale om scenarier, som er konstrueret med henblik på, at disse vurderes i forhold til gældende ret. I det omfang, at et forhold ikke er givet i de nedennævnte afsnit, vil forholdet være baseret på beskrivelsen af gældende ret i de efterfølgende kapitler.

### 2.1 Det offentlige scenarie

Det offentlige scenarie indebærer, at affaldssorteringsanlægget etableres, finansieres og drives udelukkende af offentlige aktører - af én eller flere kommuner eller kommunale fællesskaber. Der er tale om en organisationsform, der allerede kendes fra eksisterende affaldsbehandlingsanlæg.

Scenariet tager udgangspunkt i den eksisterende regulering af helejede kommunale aktieselskaber. Anlægget finansieres eksempelvis på grundlag af kommunale lånegarantier fra de deltagende kommuner eller kommunale fællesskaber.

Anlægget kan være organiseret som et fælleskommunalt aktieselskab eller som et interessentskab. I de tilfælde, hvor kun en enkelt kommune ejer anlægget, kan anlægget endvidere være en enhed integreret i den kommunale forsyningsvirksomhed.

## **2.2 Offentligt-privat samarbejde (OPS)**

Organiseringen af et affaldssorteringsanlæg som et OPS indebærer, at affaldssorteringsanlægget etableres (ejes) og finansieres af én eller flere kommuner eller kommunale fællesskaber. Dette scenarie er valgt, fordi det er det eneste samarbejdsscenario, hvor finansieringen af omkostningerne til etablering af sorteringsanlægget kan baseres på kommunale lånegarantier og dermed belåning til en lav rente hos eksempelvis Kommunekredit.<sup>3</sup>

Ejerkommunen(-erne)/det kommunale fællesskab udbyder herefter driften af anlægget til private operatører med henblik på at få konkurrenceudsat driften af anlægget. Det er antagelsen, at en driftskontrakt vil typisk have en løbetid på 4-5 år. Når kontrakten udløber, gennemføres et nyt udbud af driften.

## **2.3 Offentligt-privat aktieselskab (OP A/S)**

Et OP A/S er karakteriseret ved et delt ansvar mellem den private og den offentlige aktør for etablering (ejerskab), finansiering og drift.

Scenariet adskiller sig således fra de øvrige scenarier ved, at ansvaret for etablering, finansiering og drift af affaldssorteringsanlægget deles mellem én eller flere kommuner eller kommunale fællesskaber og den private virksomhed, samt at dette sker gennem etablering af et fælles aktieselskab.

Det forudsættes, i lighed med OPP-scenariet, at OP A/S'et i forbindelse med etableringen sikres modtagelse og sortering af den eller de deltagende kommuners indsamlede affald.

Det er et centralt forhold, om et sorteringsanlæg i et OP A/S skal anses som omfattet af affaldsbekendtgørelsens definition af kommunale behandlingsanlæg. Hvis selv en begrænset kommunal ejerandel fører til, at anlægget skal anses som et kommunalt behandlingsanlæg, vil sorteringsanlægget være afskåret fra at behandle kildesorteret erhvervsaffald til materialenyttiggørelse.

## **2.4 Offentligt-privat partnerskab (OPP)**

OPP-scenariet karakteriseres ved, at affaldssorteringsanlægget etableres (ejes), finansieres og drives af en privat virksomhed på grundlag af et udbud gennemført af den ordregivende myndighed (én eller flere kommuner eller kommunale fællesskaber).

Et OPP adskiller sig fra det rent private scenarium ved, at én eller flere kommuner i større eller mindre udstrækning på forhånd har specificeret, hvordan opgaven skal løses. Det vil sige, at kommunen(-erne) eller det kommunale fællesskab på forhånd har taget stilling til affaldssorteringsanlæggets tekniske kapacitet, eksempelvis i form af udarbejdelse af kvalitetskrav til det sorterede affald.

---

<sup>3</sup> For så vidt angår spørgsmålet om en eventuel udbudspligt ved låneoptagelsen (der udgør indkøb af en finansiel tjenesteydelse) er den generelle opfattelse, at aftaler om optagelse af – i hvert fald obligationsbaserede – lån ikke er omfattet af ordregivende myndigheders udbudspligt. Se således blandt andet Konkurrencestyrelsens vejledning til udbudsdirektiverne af 30. juni 2006, pkt. 5.3.1.

OPP-scenariet er desuden kendetegnet ved, at kommunen(-erne) eller det kommunale fællesskab forpligter sig til at levere det indsamlede affald til OPP-selskabets affaldssorteringsanlæg.

## **2.5 Det private scenarie**

Scenariet indebærer, at det er overladt til markedet og dermed private virksomheder at etablere (eje), finansiere og drive affaldssorteringsanlægget.

Dette medfører, at det også overlades til markedet at vurdere, hvordan affaldet skal sorteres for, at det efterfølgende kan afsættes på økonomisk set optimale vilkår. Dette skal dog ske i respekt for såvel nationale som lokale krav til kvaliteten af materialerne og den efterfølgende anvendelse af de sorterede materialer. Derudover kan sorteringsanlæggets leverandører af affald i et frit marked forventes at stille krav til kvaliteten af sorteringen.

I det private scenarie initieres affaldssorteringsanlæggets etablering ikke af, at én eller flere kommuner eller kommunale fællesskaber har fremsat ønske herom. Tværtimod forudsættes det, at kommunerne indsamler genanvendeligt affald hos husholdningerne, hvorefter affaldet udbydes til sortering.

# 3. Affaldsfraktioner og materialenyttiggørelse

## 3.1 Grundlaget for analyserne

Grundlaget for analyserne af gældende ret er, at affaldet, der tilføres sorteringsanlæggene, er husholdningsaffald, affald fra de kommunale genbrugspladser og kommunale virksomheder/institutioner samt, hvor dette er muligt/lovligt, det kildesorterede erhvervsaffald til materialenyttiggørelse.<sup>4</sup>

## 3.2 De relevante affaldsfraktioner

I forlængelse af miljøprojekt *"Miljø- og samfundsøkonomisk vurdering af muligheder for øget genanvendelse af papir, pap, plast, metal og organisk affald fra dagrenovation"* fokuseres i dette miljøprojekt på, hvorledes organiseringen af affaldssorteringsanlæg kan være en medvirkende faktor til øget genanvendelse af såvel husholdningsaffald som dagrenovationslignende erhvervsaffald fra servicesektoren.<sup>5</sup>

Det er tanken, at et større centralt affaldssorteringsanlæg skal kunne håndtere modtagelse af dagrenovation med henblik på at sikre udsortering af papir, pap, plast, metal og glas. Der tages endvidere udgangspunkt i, at det "tørre" affald - omfattende papir, pap, glas, plast og metal – skal kunne håndteres af affaldssorteringsanlægget, og at det overlades til kommunerne at tilrettelægge de enkelte ordninger, idet affaldsbekendtgørelsens §§ 21, stk. 1, og § 22, stk. 1, dog fastsætter krav om kildesortering, ligesom affaldsbekendtgørelsen ligeledes stiller krav om, at en række genanvendelige fraktioner genanvendes. Der kan således være tale om modtagelse af både kildesorteret, kildeopdelt og blandet affald. Der er imidlertid ikke med dette projekt taget stilling til hvilket anlæg, der skal etableres, eller til, hvor mange anlæg der skal etableres. Det er dog lagt til grund, at anlægget skal kunne modtage affald egnet til materialenyttiggørelse.

I miljøprojektet sondres mellem kommunalt affald og kildesorteret erhvervsaffald til materialenyttiggørelse. Dette skyldes, at ansvaret for håndteringen af de to affaldsfraktioner placeres forskelligt, da kommunen som udgangspunkt ikke har hjemmel til at håndtere det kildesorterede erhvervsaffald til materialenyttiggørelse.

Det kommunale affald omfatter affald egnet til materialenyttiggørelse, som håndteres i de kommunale ordninger, herunder erhvervsaffald modtaget på genbrugspladser, jf. affaldsbekendtgørelsens § 40, foruden affald fra kommunens egne institutioner og virksomheder, jf. affaldsbekendtgørelsens § 24, stk. 3.

---

<sup>4</sup> I ændringslovens til miljøbeskyttelsesloven blev anvendt betegnelsen "genanvendeligt erhvervsaffald" anvendt, hvilket oprindeligt også var tilfældet i affaldsbekendtgørelsen. I slutningen af 2011 blev der imidlertid i bekendtgørelse nr. 1415 om af 12. december 2011 om affald introduceret nye begreber som følge af ændret terminologi introduceret af EU-kommissionen, hvor bl.a. "kildesorteret genanvendeligt erhvervsaffald" blev til "kildesorteret erhvervsaffald til materialenyttiggørelse".

<sup>5</sup> Miljøstyrelsens miljøprojekt nr. 1458/2013.

Det kildesorterede erhvervsaffald til materialenyttiggørelse omfatter det affald, som er reguleret i affaldsbekendtgørelsens kapitel 10, i det omfang affaldet er kildesorteret, jf. affaldsbekendtgørelsens § 64.

### **3.2.1 Det øvrige affald**

Det er muligt at etablere større centrale sorteringsanlæg, som kan håndtere forbrændings- og muligvis også deponeringseget affald, hvorved det vil være muligt at materialenyttiggøre dele af disse affaldstyper.

Håndtering af forbrændingseget og deponeringseget affald er en kommunal opgave, hvorfor de forskellige juridiske problemstillinger svarer til dem, som gør sig gældende for det kommunale affald til materialenyttiggørelse.

### **3.2.2 Klassificering af affald som "egnet til materialenyttiggørelse"**

Kommunalbestyrelsen afgør, om et konkret stof eller en genstand er affald, jf. affaldsbekendtgørelsens § 4, stk. 1. Det er også kommunalbestyrelsen, som afgør, om affald skal henføres under eksempelvis forbrændingseget affald, jf. affaldsbekendtgørelsens § 4, stk. 2, nr. 4, eller affald egnet til materialenyttiggørelse, jf. affaldsbekendtgørelsens § 4, stk. 2, nr. 3.

Efter affaldsbekendtgørelsens § 64 er virksomhederne forpligtede til at kildesortere eget affald. Dette bør, i medfør af affaldsbekendtgørelsens definition på kildesortering i § 3, nr. 36, føre til, at alt erhvervsaffald til materialenyttiggørelse udsorteres, hvorefter virksomheden kan overveje, hvordan det skal håndteres, og om ansvaret herfor skal overdrages, jf. nedenfor.

Det bemærkes i denne sammenhæng, at kommunerne ikke som følge af mangelfuld kildesortering bør håndhæve affaldsbekendtgørelsens § 64 ved at omklassificere affald egnet til materialenyttiggørelse til forbrændingseget affald.

Dels er kommunen, i medfør af affaldsbekendtgørelsens § 4, stk. 3, forpligtet til at klassificere erhvervsaffald som affald egnet til materialenyttiggørelse, hvis det kan godtgøres, at affaldet kan forberedes til genbrug, genanvendes eller anvendes til anden endelig materialenyttiggørelse. Dels er kommunen, i medfør af samme bestemmelse, forpligtet til at klassificere sammenblandinger af affald egnet til materialenyttiggørelse som affald egnet til materialenyttiggørelse.

Dertil kommer, at den rette fremgangsmåde i situationer, som ikke er omfattet af affaldsbekendtgørelsens § 4, stk. 3, i lyset af affaldshierarkiet vil være at indskærpe, at der efter affaldsbekendtgørelsens § 64 er tale om et ulovligt forhold, som skal lovliggøres ved at kræve affaldet sorteret. Kun hvis en efterfølgende sortering ikke vil medføre et rimeligt forhold mellem den potentielle materialenyttiggørelse af affaldet og omkostninger, som er forbundet med sorteringen, kan kommunalbestyrelsen omklassificere det pågældende affald til forbrændingseget affald.

## **3.3 Affaldsdirektivets krav om øget genanvendelse**

EU's affaldsdirektiv opstiller de grundlæggende retlige rammer for affaldsbehandling i Fællesskabet. Direktivet fastlægger centrale definitioner, som er direkte gældende i dansk ret, og opstiller et forureneren betaler-princip, som skal implementeres i dansk ret.

Det fastslås i direktivets betragtning 6, at affaldspolitikken skal tilsigte en reduceret brug af ressourcerne og fremme den praktiske anvendelse af affaldshierarkiet. I betragtning 8 angives med

henvisning til tidligere vedtagelser, at revisionen af affaldsrammedirektivet fra 1975 sker for at fremme nyttiggørelse af affald og anvendelsen af nyttiggjorte materialer.

Ifølge 28. betragtning skal affaldsdirektivet bidrage til, at EU i højere grad bliver et genanvendelsessamfund, der anvender affald som en ressource. I betragtning 28 opfordres medlemsstaterne, med henvisning til det 6. miljøhandlingsprogram, til at sikre kildesortering samt indsamling og genanvendelse af prioriterede affaldsstrømme. I 29. betragtning udbygges dette med en opfordring til medlemsstaterne om at støtte anvendelsen af genanvendelige materialer i overensstemmelse med affaldshierarkiet. I 41. betragtning anføres, at der bør opstilles mål for genanvendelse af affald for at sikre, at der effektivt arbejdes på at leve op til intentionerne i direktivet.

Affaldsdirektivets artikel 1 ligger i naturlig forlængelse heraf, når bestemmelsen blandt andet fastslår, at direktivet har som ét blandt flere formål at mindske de samlede følger af medlemsstaternes ressourceanvendelse og forbedre effektiviteten i ressourceanvendelsen.

Affaldsdirektivets artikel 10, stk. 2, fastslår, at affald skal indsamles særskilt, hvor det er nødvendigt for at lette eller forbedre nyttiggørelsen, hvis det er miljømæssigt og teknisk muligt. Affaldsdirektivets artikel 11, stk. 1, 3. pkt., fastslår direkte, at der senest i 2015 skal ske særskilt indsamling af minimum papir, metal, plastic og glas.

Direktivets artikel 11, stk. 2, fastlægger bindende mål for de mængder affald, som medlemsstaterne skal sikre forberedes med henblik på genbrug eller genanvendes. I bestemmelsens litra a fastsættes målene for henholdsvis papir, metal, plastic og glas fra husholdningerne (og tilsvarende affald fra andre kilder). Målet er, at samlet mindst 50 % af vægtprocenten af affaldet forberedes til genbrug eller genanvendes i 2020.<sup>6</sup>

Etableringen af et større centralt affaldssorteringsanlæg, som sikrer, at relevante affaldsfraktioner sorteres på en måde, som er fremmede for genanvendelsen, er således et bidrag til at opfylde kravene i affaldsdirektivet, ligesom det vil være i overensstemmelse med EU's affaldspolitik.

---

<sup>6</sup> For nærmere om beregningsmetoder: Kommissionens afgørelse (2011/753/EU) af 18. november 2011 om fastlæggelse af regler og beregningsmetoder med henblik på at kontrollere overholdelse af de mål, der er omhandlet i artikel 11, stk. 2, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2008/98/EF.



# 4. Ansvar for affaldets håndtering

## 4.1 Afgrænsning

Ved analyser af mulighederne for organisering af større centrale sorteringsanlæg kommer en række grundlæggende forhold i gældende ret i fokus, fordi disse forhold udgør en begrænsning for, med hvilken styrke en offentlig eller privat aktør kan deltage i etablering og drift af større centrale sorteringsanlæg.

I diskussioner med fokusgruppen "Jura og organisering" har et entydigt budskab peget på vigtigheden af, at affaldssorteringsanlægget har ansvaret for både at sortere affaldet og for at afsætte de sorterede materialer. Fokusgruppen har peget på, at det er vigtigt, at den aktør, som har ansvaret for at sortere affaldet, også er den aktør, som efterfølgende har "besværet" med at afsætte de sorterede materialer i ressourcemarkedet. Hvis der er sammenfald mellem ansvaret for sorteringen og ansvaret for afsætning af de sorterede materialer sikres, at affaldssorteringen i tilstrækkelig grad afspejler efterspørgslen i markedet, og at operatøren i højere grad har incitament til at løse sorteringsopgaven på økonomisk set og miljømæssig optimal vis. Det er tilkendegivet, at en aktør, som kan gennemføre en "minimumssortering", uden, at dette får betydning for aktørens overskud, altid vil optimere sorteringen til billigst mulige ydelse. Dette vil ifølge fokusgruppen indebære, at der er betydelig risiko for, at operatøren ikke har det fornødne incitament til at sikre tilstrækkelig kvalitet i sorteringsprocessen. Fokusgruppen har endvidere antaget, at de materialer med de færreste urenheder vil opnå den højeste pris.

Det har endvidere været drøftet i fokusgruppen "Jura og organisering", at der kan være et problem for sorteringsanlægget, hvis ejeren af et sorteringsanlæg samtidigt ejer et forbrændingsanlæg, som har brug for affald til at producere el og varme. Der er risiko for, at sorteringen resulterer i en større mængde restaffald til forbrænding, end hvis sorteringsanlægget har en interesse i at undgå at betale for afbrænding af restaffaldet. Flere medlemmer af fokusgruppen gav udtryk for, at der bør være en klar adskillelse af de forskellige roller, herunder myndighed og drift, ved etablering og drift af større centrale affaldssorteringsanlæg

I det følgende behandles de problemstillinger, som sammen med fokusgruppen og i øvrigt, er vurderet som centrale rammebetingelser i affaldsreguleringen.

Indledningsvist fastslås, hvem der har ansvaret for affald i forlængelse af frembringelsen. Dernæst fastslås, hvem der har ansvaret for affaldet indtil materialenyttiggørelse.<sup>7</sup> Det diskuteres i forlængelse heraf, hvornår behandlingsanlæg med både offentligt og privat ejerskab er omfattet af affaldsbekendtgørelsens definition på kommunale behandlingsanlæg.

Afslutningsvist beskrives kortfattet de retlige rammer i affaldsdirektivets centrale definitioner, som udgør den ramme, som evt. ændrede nationale regler skal respektere.

---

<sup>7</sup> Det bemærkes, at det lægges til grund, at der er sammenfald mellem ansvaret for affaldet i medfør af affaldsbekendtgørelsen og ejerskabet til affaldet, selvom aktøren, der har ansvaret for affaldet på privatretligt grundlag, måtte overlade til andre aktører at foretage håndtering af affaldet på deres vegne.

## 4.2 Det almindelige udgangspunkt

Som det klare udgangspunkt er det i medfør af miljøbeskyttelseslovens § 45, stk. 1, vedtaget, at det er kommunalbestyrelsen, som forestår håndteringen af affald. Dette udgangspunkt gælder dog kun, i det omfang andet ikke følger af lovgivningen.

Miljøbeskyttelseslovens § 45, stk. 3, fastsætter en benyttelsespligt for både virksomheder og husholdninger, når der er etableret en kommunal ordning. Efter miljøbeskyttelseslovens § 45, stk. 6, gælder denne benyttelsespligt imidlertid ikke for genanvendeligt erhvervsaffald. Dette skal ses i sammenhæng med de regler, som miljøministeren i affaldsbekendtgørelsen har fastsat for håndtering af kildesorteret erhvervsaffald til materialenyttiggørelse.

## 4.3 Ansvar i forlængelse af frembringelsen

### 4.3.1 Kommunalt affald

Kommunalt affald er omfattet af affaldsbekendtgørelsens § 24, stk. 1, hvorefter kommunerne er forpligtede til at etablere ordninger for det affald, som produceres af husholdningerne i kommunen.

Bestemmelsen indebærer, at kommunalbestyrelsen er forpligtet til at sikre, at det affald, som husholdningerne frembringer, håndteres gennem en ordning eller eventuelt ved konkret anvisning, jf. affaldsbekendtgørelsens § 24, stk. 6, hvilket i praksis normalt kun omfatter begrænsede sjældent forekommende mængder.

Kommunalbestyrelsen beslutter som udgangspunkt selv, om der skal etableres en indsamlings- eller anvisningsordning. Der er dog for en række affaldsfraktioner taget stilling til, at der skal etableres en indsamlingsordning, herunder for papir-, pap-, glas-, metal- og plastemballageaffald, jf. affaldsbekendtgørelsens §§ 26-27 samt §§ 29-31. Det er navnlig disse fraktioner, som forventes at gå til større centrale affaldssorteringsanlæg.

Efter affaldsbekendtgørelsens § 39, stk. 1, er husholdningerne i kommunen forpligtede til at benytte indsamlingsordningerne som foreskrevet i det kommunale affaldsregulativ.

En indsamlingsordning er i affaldsbekendtgørelsens defineret som: *"En regulativbestemt ordning, hvor kommunen overtager ansvaret for affaldets videre håndtering ved opsamlingsstedet, og som er organiseret som en hente- eller bringeordning"*, jf. affaldsbekendtgørelsens § 3, nr. 34.

På denne baggrund kan det fastslås, at det er den enkelte husholdning (borger eller grundejer), som i forlængelse af affaldets frembringelse har ansvaret for, at affaldet indgår i den kommunale indsamlingsordning, som affaldet er omfattet af. Tilsvarende gør sig gældende i det omfang, at en affaldsproducerende virksomhed måtte benytte sig af genbrugspladsen eller kommunale institutioner eller virksomheder benytter de kommunale ordninger.

Kommunen overtager således ansvaret for og ejerskabet til affaldet fra indsamlingsstedet.

### 4.3.2 Kildesorteret erhvervsaffald til materialenyttiggørelse

Den 1. januar 2010 trådte en revideret affaldsbekendtgørelse i kraft, hvorefter kommunerne ikke længere havde ansvaret for at indsamle kildesorteret genanvendeligt erhvervsaffald.<sup>8</sup> Forud for denne ændring havde den affaldsproducerende virksomhed ansvaret for affaldet, indtil *"det øjeblik affaldet er afleveret på det anlæg, kommunalbestyrelsen har anvist affaldet til, uanset om den*

---

<sup>8</sup> Bekendtgørelse nr. 1473 af 21. december 2009 om affald.

*affaldsproducerende virksomhed har overdraget affaldet fysisk til f.eks. en transportør. Dette følger af, at kommunalbestyrelsens anvisningsret og – pligt modsvarer af en pligt for alle affaldsproducerende virksomheder til at benytte den anviste behandling (benyttelsespligten). ”<sup>9</sup>*

Med lov nr. 513 af 12. juni 2009 om ændring af lov om miljøbeskyttelse og andre love blev miljøministeren bemyndiget til at fastsætte regler om overdragelse af virksomheders ansvar for håndtering af genanvendeligt erhvervsaffald til en godkendt indsamlingsvirksomhed, jf. miljøbeskyttelseslovens § 44, stk. 4, nr. 2. En godkendt indsamlingsvirksomhed er defineret som *”Virksomheder, som henter eller modtager affald, og som efter eventuel indledende sortering, foreløbig oplagring eller forbehandling overdrager affaldet”*, jf. affaldsregisterbekendtgørelsens § 2, nr. 17.<sup>10</sup>

Affaldsbekendtgørelsens § 64 indeholder en pligt for de affaldsproducerende virksomheder til at kildesortere deres affald, medmindre virksomheden er omfattet af en af undtagelserne i affaldsbekendtgørelsens § 65, stk. 5 og 6, eller § 66.

Affaldsproducerende virksomheder er i medfør af affaldsbekendtgørelsens § 67 forpligtede til at sikre, at væsentlige dele af deres kildesorterede affald, som er egnet til materialenyttiggørelse, herunder genanvendeligt papir, pap og emballageaffald af glas, plast og metal, forberedes til genbrug, genanvendes eller anvendes til anden endelig materialenyttiggørelse.

Denne forpligtelse opfyldes ved enten selv at gennemføre behandlingen af affaldet eller ved at overdrage affaldet til en af de i affaldsbekendtgørelsens § 68, stk. 1, nævnte aktører, herunder et genanvendelses anlæg, et anlæg, som forbereder til genbrug, eller en indsamlingsvirksomhed, jf. affaldsbekendtgørelsens § 68, stk. 1. Den affaldsproducerende virksomhed er endvidere berettiget til at sikre materialenyttiggørelsen af affaldet i udlandet eller i henhold til anden lovgivning, jf. affaldsbekendtgørelsens § 68, stk. 2.

På denne baggrund kan det fastslås, at det er den enkelte affaldsproducerende virksomhed, som har ansvaret for at sikre, at deres affald egnet til materialenyttiggørelse rent faktisk materialenyttiggøres – enten ved egen foranstaltning eller overdragelse til en lovlig modtager, jf. affaldsbekendtgørelsens § 68, stk. 2.

#### **4.3.3 Miljøbeskyttelseslovens § 44, stk. 6**

Miljøministeren har i medfør af miljøbeskyttelseslovens § 44, stk. 6, adgang til at bestemme, at en virksomhed skal have eneret til at forestå behandlingen af en bestemt affaldsfraktion.

Bestemmelsen giver hjemmel til, at ministeren ved bekendtgørelsen kan bestemme, at én eller få virksomheder på baggrund af et åbent udbud midlertidigt skal have eneret til at forestå behandlingen af en bestemt affaldsfraktion. Efter bestemmelsen kan eneretten tildeles for 6 år ad gangen. Baggrunden for bestemmelsen er, at investeringsrisikoen for de virksomheder, som investerer i en mere miljømæssig optimal håndtering af en affaldsfraktion, derved kan mindskes.

Bestemmelsen vil således kunne anvendes til at sikre et grundlag for et større centralt affaldssorteringsanlæg. Fokusgruppen ”Jura og organisering” har påpeget, at der er behov for at sikre et større centralt affaldssorteringsanlæg en solid tilgang af affald, der skal sorteres, og denne bestemmelse vil blandt andet kunne anvendes til at sikre en sådan tilgang.

Bestemmelsens anvendelse forudsætter dog, at det vurderes, at der er et særligt behov for at understøtte udviklingen af behandlingsteknologier i større centrale sorteringsanlæg i en

<sup>9</sup> L 152, 2008-2009, 1. samling, afsnit 2.1.2.1.

<sup>10</sup> Bekendtgørelse nr. 1305 af 17. december 2012 om Affaldsregistret og om godkendelse som indsamlingsvirksomhed.

overgangsperiode. Bestemmelsen forudsætter endvidere, at der er tale om *"en bestemt affaldsfraktion"*, hvorfor der næppe er mulighed for at anvende bestemmelsen på anlæg, som skal sortere på sammenblandede fraktioner. Det vil derfor formentlig kræve en lovændring at anvende bestemmelsen, medmindre der er tale om specialiserede anlæg, som eksempelvis alene sorterer på plast.

#### **4.4 Ansvar for affaldets håndtering indtil materialenytiggørelse**

Såvel national ret som EU-retten indeholder bestemmelser af stor betydning for, hvorledes et større centralt affaldssorteringsanlæg er stillet i forhold til ansvaret for affaldet før og efter, at et større centralt affaldssorteringsanlæg har sorteret affaldet.

På møder med fokusgruppen "Jura og organisering" er det som nævnt ovenfor fastslået, at det er afgørende, at et større centralt affaldssorteringsanlæg kan overtage ansvaret for at afsætte de sorterede materialer. Fra kommunal side er det påpeget, at afsætning af finsorterede genanvendelige materialer på et marked ikke er en opgave, som naturligt ligger i forlængelse af kommunernes myndighedsrolle. Fra de private virksomheders side er det tilkendegivet, at det er afgørende, at den enkelte virksomhed har incitament til at foretage en optimal sortering af det modtagne affald, og at dette bedst sikres ved, at affaldssorteringsanlægget får ansvaret for at afsætte de materialer, som er fremkommet efter sorteringen i affaldssorteringsanlægget.

##### **4.4.1 Ansvar for affaldets håndtering – under og efter sortering**

Som det fremgår ovenfor, har de enkelte husholdninger i kommunen ansvaret for at aflevere deres genanvendelige affald til de kommunale ordninger, mens de affaldsproducerende virksomheder har ansvaret for at aflevere deres affald egnet til materialenytiggørelse til en lovlig modtager.

Det næste skridt bliver herefter at vurdere, hvordan et større centralt affaldssorteringsanlæg kan overtage ansvaret for affaldets videre håndtering efter modtagelse fra henholdsvis den kommunale indsamlingsordning og de affaldsproducerende virksomheder.

###### **4.4.1.1 Affaldsdirektivets regler om ansvar for affaldshåndtering**

Affaldsdirektivets artikel 15 fastlægger ansvaret for affaldshåndteringen.

Affaldsdirektivets artikel 15, stk. 1, fastslår, at medlemsstaterne er forpligtede til at træffe de foranstaltninger, som sikrer, at de oprindelige affaldsproducenter eller andre indehavere selv udfører affaldsbehandlingen eller foranstalter den udført. Bestemmelsen rummer således muligheden for, at medlemsstaterne pålægger den oprindelige affaldsproducent ansvaret for affaldet indtil slutbehandling, men den rummer også mulighed for, at senere indehavere overtager ansvaret.

Affaldsdirektivets artikel 15, stk. 2, 1. pkt., fastslår, at en overførsel af affaldet fra den oprindelige affaldsproducent eller indehaver med henblik på en indledende behandling som udgangspunkt indebærer, at den oprindelige affaldsproducent eller indehaver beholder ansvaret for, at affaldet gennemgår en fuldstændig nyttiggørelses- eller bortskaffelsesoperation.

Affaldsdirektivets artikel 15, stk. 2, 2. pkt., rummer imidlertid mulighed for, at medlemsstaterne selv afgør, om ansvaret for hele behandlingskæden skal være hos den oprindelige affaldsproducent eller deles/uddelegeres til de øvrige aktører i behandlingskæden. Bestemmelsen rummer således mulighed for, at medlemsstaterne vedtager bestemmelser, hvorefter det er muligt for den oprindelige affaldsproducent at overdrage ansvaret for, at affaldet undergår en nyttiggørelses- eller bortskaffelsesoperation.

Medlemsstaterne er dog i medfør af affaldsdirektivets artikel 15, stk. 4, forpligtede til at sikre, at affaldet tilgår egnede behandlingsanlæg.

#### **4.4.1.2 Kommunalt affald**

Når en husholdning har afleveret sit genanvendelige affald i den kommunale ordning, har kommunen ansvaret for, at affaldet bliver håndteret, jf. miljøbeskyttelseslovens § 45, stk. 1. For bl.a. papiraffald, jf. affaldsbekendtgørelsens § 26, stk. 2, papaffald, jf. affaldsbekendtgørelsens § 27, stk. 2, og emballageaffald af glas, metal og plast, jf. affaldsbekendtgørelsens § 29, stk. 2, § 30, stk. 2, og § 31, stk. 2, er denne pligt præciseret således, at kommunalbestyrelsen skal sikre, at væsentlige dele af det indsamlede genanvendelige affald bliver genanvendt.

Håndtering er i affaldsbekendtgørelsens § 3, nr. 32, defineret som *"Indsamling, transport, nyttiggørelse og bortskaffelse af affald, herunder tilsyn i forbindelse hermed og efterbehandling af deponeringsanlæg samt forhandleres og mægleres virksomhed"*. Materialenyttiggørelse er defineret i affaldsbekendtgørelsens § 3, nr. 38: *"Forberedelse til genbrug, genanvendelse eller anvendelse til anden endelig materialenyttiggørelse eller forbehandling med henblik på en af de nævnte behandlingsformer"*.

Kommunalbestyrelsen har dermed i offentligretlig henseende ansvaret for affaldets håndtering, indtil affaldet materialenyttiggøres eller affaldsfasen ophører.

Kommunalbestyrelsen er dog berettiget til at lade eksempelvis private virksomheder forestå en del af håndteringen.<sup>11</sup> Dette vil dog i offentligretlig henseende ske på vegne af kommunen.

Dette følger også af affaldsbekendtgørelsens enslydende bestemmelser for eksempelvis papiraffald, papaffald og emballageaffald af glas, metal og plast, hvorefter kommunalbestyrelsen i tilfælde, hvor der indgås en aftale med en virksomhed om håndtering af affaldet forud for materialenyttiggørelse heraf, skal sikre sig, at virksomheden i medfør af aftalen dokumenterer, at affaldet afleveres på et anlæg, som kan genanvende affaldet, jf. affaldsbekendtgørelsens § 26, stk. 3, § 27, stk. 3, § 29, stk. 3, § 30, stk. 3, og § 31, stk. 3. De nævnte bestemmelser rummer ikke hjemmel til en egentlig overdragelse af det offentligretlige ansvar for affaldets håndtering, men udgør alene en forpligtelse for kommunalbestyrelsen i forhold til indholdet af de kontrakter, der måtte indgås med private virksomheder om håndtering af affaldet fra de kommunale ordninger for de pågældende affaldsfraktioner.

På denne baggrund må det fastslås, at kommunerne har ansvaret for, at kommunalt affald, som indgår i de kommunale indsamlingsordninger, materialenyttiggøres, og at dette ansvar først ophører, når affaldet afleveres til den virksomhed, som skal gennemføre materialenyttiggørelse af affaldet. Dette indebærer, at aflevering af affaldet til et affaldssorteringsanlæg ikke pålægger affaldssorteringsanlægget ansvaret for at afsætte de sorterede materialer. Denne afsætning vil affaldssorteringsanlægget foretage på vegne af den pågældende kommune.

Det bør overvejes, om sorteringsanlæggets operation kan klassificeres som forberedelse med henblik på genbrug, hvorved anlægget ville kunne overtage det offentligretlige ansvar for affaldets videre håndtering. Definitionen af "forberedelse med henblik på genbrug", jf. affaldsbekendtgørelsens § 3, nr. 24, stiller imidlertid specifikke krav til, at operationen skal indebære kontrol, rengøring eller reparation, foruden at operationen skal resultere i, at de pågældende komponenter eller produkter bruges igen til samme formål, jf. affaldsbekendtgørelsens § 3, nr. 30. Det kan ikke udelukkes, at dele af de modtagne affaldsfraktioner vil være af en karakter,

---

<sup>11</sup> Se eksempelvis Miljøstyrelsens vejledning nr. 4/1994 – bortskaffelse, planlægning og registrering af affald, s. 16.

som efter omstændighederne kan føre til, at en sorteringsproces suppleret med kontrol, rengøring eller reparation kan anses som "forberedelse til genbrug".

#### **4.4.1.3 Kildesorteret erhvervsaffald til materialenyttiggørelse**

Som nævnt ovenfor har de affaldsproducerende virksomheder pligt til at sikre, at eget kildesorteret affald, som er egnet til materialenyttiggørelse, forberedes til genbrug, genanvendes eller anvendes til anden endelig materialenyttiggørelse, jf. affaldsbekendtgørelsens § 67. Private virksomheder kan selv opfylde denne forpligtelse, eller de kan overdrage affaldet til en lovlig modtager af affaldet, jf. affaldsbekendtgørelsens § 68, stk. 1.

En lovlig modtager kan eksempelvis være en godkendt indsamlingsvirksomhed. Som nævnt er en godkendt indsamlingsvirksomhed defineret som "*Virksomheder, som henter eller modtager affald, og som efter eventuel indledende sortering, foreløbig oplagring eller forbehandling overdrager affaldet*", jf. affaldsregisterbekendtgørelsens § 2, nr. 17.

I denne sammenhæng er det navnlig relevant at notere sig definitionen på forbehandling: "*De fysiske ... processer forud for nyttiggørelse ..., herunder sortering, ..., adskillelse, ..., hvorved affaldets egenskaber ændres med det formål at mindske dets omfang ... eller på anden måde gøre den videre håndtering lettere.*", jf. affaldsbekendtgørelsens § 3, nr. 3.

Hvis det lægges til grund, at et større centralt affaldssorteringsanlæg gennemfører en sortering af det modtagne affald, som gør det muligt at lade affaldet erstatte andre materialer, jf. affaldsbekendtgørelsens § 3, nr. 40, vil et større centralt affaldssorteringsanlæg kunne anses som en indsamlingsvirksomhed.

Dette indebærer, at affaldssorteringsanlægget kan overtage ansvaret for affaldets videre håndtering fra den affaldsproducerende virksomhed, jf. affaldsbekendtgørelsens § 69, stk. 1.

Affaldssorteringsanlægget skal i givet fald sikre sig, at der indgås en skriftlig aftale med den, der overdrager affaldet, om, at affaldssorteringsanlægget overtager ansvaret for affaldets materialenyttiggørelse, jf. affaldsbekendtgørelsens § 69, stk. 2. Den affaldsproducerende virksomhed har dog mulighed for at beslutte, at der ikke skal indgås en sådan aftale, såfremt affaldssorteringsanlægget udsteder en faktura, hvoraf det specifikt fremgår, at anlægget overtager ansvaret for affaldet. Hvis der hverken indgås en aftale eller udstedes en faktura, jf. affaldsbekendtgørelsens § 69, stk. 2 og 3, vil affaldet blive anset som overgivet til en transportør, jf. affaldsbekendtgørelsens § 69, stk. 4. Dermed vil den affaldsproducerende virksomhed, på trods af overdragelsen af affaldet til en godkendt indsamlingsvirksomhed, fortsat have ansvaret for at sikre, at affaldet materialenyttiggøres.

På denne baggrund må det fastslås, at affaldsproducerende virksomheder kan overdrage ansvaret for affaldets materialenyttiggørelse til en godkendt indsamlingsvirksomhed eller én af de øvrige lovlige modtagere, jf. affaldsbekendtgørelsens § 68, stk. 1. Hvis det lægges til grund, at affaldssorteringsanlægget kan blive godkendt som indsamlingsvirksomhed, vil affaldssorteringsanlægget kunne overtage ansvaret for det kildesorterede erhvervsaffald til materialenyttiggørelse, som affaldssorteringsanlægget måtte modtage. Dermed vil affaldssorteringsanlægget kunne overtage ansvaret for afsætning af de sorterede materialer.

#### **4.4.1.4 Særligt om ansvarsoverførsel ved håndtering af kommunalt affald**

Som nævnt er det ikke muligt for kommunen at frasige sig det offentligretlige ansvar, selvom det på kontraktuelt grundlag er overladt til affaldssorteringsanlægget at afsætte det sorterede affald med henblik på at lade det indgå i en produktion som sekundære råvarer.

Det kommunale affald, som affaldssorteringsanlægget behandler, vil derfor fortsat være kommunens ansvar, indtil en egentlig materialenyttiggørelse finder sted.

Det blev drøftet med fokusgruppen "Jura og organisering", hvorvidt det ville blive en barriere for de kommunale aktører at sende affaldet til et privat affaldssorteringsanlæg, når affaldssorteringsanlægget ikke samtidig kunne overtage det offentligretlige ansvar for affaldets håndtering, indtil affaldets materialenyttiggørelse.

De kommunale medlemmer af fokusgruppen vurderede, at det ikke i praksis ville gøre den store forskel. Dels vil kommunerne i praksis sikre sig kontraktuelt, og dels er det kommunernes opfattelse, at de som offentlige myndigheder vil have det moralske ansvar for en korrekt og lovlig håndtering og materialenyttiggørelse af affald fra kommunale ordninger. En praktisk adskillelse af affald efter opland vil dog kunne komplicere affaldshåndteringsanlæggets arbejdsprocedurer unødigt. De anså det endvidere som hensigtsmæssigt, hvis offentligretlige og civilretlige ansvar fulgtes ad. På den baggrund ses et behov for at kunne overføre det offentligretlige ansvar til anlægget.

Repræsentanter for private operatører i fokusgruppen har ligeledes peget på, at kommunens ansvar hindrer en optimal drift af affaldssorteringsanlægget. En fysisk adskillelse af de modtagne og sorterede affaldsmængder vil blive til hinder for at indrette affaldssorteringsanlægget økonomisk optimalt og stå i vejen for en tilrettelæggelse af driften på den mest effektive måde. Repræsentanterne for de private operatører i fokusgruppen anser endvidere ansvaret for affaldet som det grundlæggende forhold, som sikrer størst muligt incitament til gennemførelse af sorteringen med et resultat/produkt, som kan afsættes til industrien på økonomisk og miljømæssig set optimal vis. Det er således af afgørende betydning for de private aktører, at såvel det kontraktuelle som offentligretlige ansvar for affaldet følges ad.

På denne baggrund bør det overvejes, om der for det kommunale affald skal være en hjemmel svarende til affaldsbekendtgørelsens § 69, hvorefter et affaldssorteringsanlæg, som er godkendt som indsamlingsvirksomhed, kan overtage ansvaret for affaldets videre håndtering fra de affaldsproducerende virksomheder. En tilsvarende bestemmelse for det kommunale affald kunne således udgøre hjemlen for, at affaldssorteringsanlægget kan overtage ansvaret for det kommunale affald, herunder en eventuel affaldsrestfraktion. På det grundlag gøres det mere attraktivt for private virksomheder at etablere og drive større centrale affaldssorteringsanlæg.

#### **4.5 Særligt om kommunale behandlingsanlægs håndtering af kildesorteret erhvervsaffald til materialenyttiggørelse**

Et større centralt affaldssorteringsanlæg vil være omfattet af definitionen på et "behandlingsanlæg", jf. affaldsbekendtgørelsens § 3, nr. 11 og 37, hvis en eller flere kommunalbestyrelser (eller kommunale fællesskaber) tilsammen ejer en væsentlig del af anlægget eller af kapitalen i det selskab, som ejer anlægget. Det er derfor relevant at vurdere det kommunale affaldssorteringsanlægs muligheder for at behandle kildesorteret erhvervsaffald til materialenyttiggørelse. Det er desuden relevant at vurdere, hvorvidt et affaldssorteringsanlæg anses som "kommunalt" i affaldsbekendtgørelsens forstand, såfremt anlægget ejes af dels kommunale, dels private aktører.

Fra 1. januar 2010 er håndteringen af genanvendeligt erhvervsaffald som nævnt ikke længere en kommunal forpligtelse. Det anføres således under afsnit 2.1.1.4 i de almindelige bemærkninger til lov nr. 513 af 12. juni 2009, *"at kommunalbestyrelserne fremover ikke vil have kapacitetsforpligtelse for det genanvendelige erhvervsaffald bortset fra kapacitet til genanvendeligt erhvervsaffald fra genbrugspladser og affald frembragt af kommunens institutioner og virksomheder. Kommunalbestyrelsen må derfor fremover ikke etablere*

*indsamlings- eller anvisningsordninger for genanvendeligt erhvervsaffald. Kommunalbestyrelsen må som en konsekvens af forslaget heller ikke dimensionere kapaciteten på eventuelle kommunale genanvendelses anlæg efter mængden af genanvendeligt erhvervsaffald eller indgå aftaler om håndtering af genanvendeligt erhvervsaffald med andre anlæg".<sup>12</sup> Det fremgår desuden af samme afsnit, at "De kommunale genanvendelses anlæg kan med forslaget til § 46 b, udbyde ledig behandlingskapacitet til genanvendeligt erhvervsaffald på markedsvilkår, uanset at det med forslaget ikke længere er en kommunal opgave at sikre behandlingskapacitet for genanvendeligt erhvervsaffald".<sup>13</sup>*

I et svar til Folketingets Miljø- og Planlægningsudvalg tog miljøministeren stilling til etablering af ny kommunal kapacitet for behandling genanvendeligt erhvervsaffald.<sup>14</sup> Ministeren anfører, at den nye lovgivning indebærer, at kommunerne alene skal kunne udnytte eksisterende behandlingskapacitet til genanvendeligt erhvervsaffald. Det anføres, at et offentligt/privat partnerskab vil indebære "en øget adgang for de kommunale anlæg", som ikke er forenelig med den politiske aftale. Miljøministerens svar går dog alene på kommunale anlæg, og det bør derfor primært tillægges betydning for de anlæg, som er omfattet af affaldsbekendtgørelsens definition på kommunale behandlingsanlæg. Detaljeringsgraden i svaret giver desuden ikke grundlag for at afgøre, hvad der menes med offentligt/privat partnerskab, da der ikke foreligger en legaldefinition herpå, ligesom et offentligt/privat partnerskab af samme grund ikke nødvendigvis indebærer offentligt ejerskab til anlægsaktiver. Svaret bygger derfor på en forkert forudsætning om, at et offentligt/privat partnerskab vil indebære offentligt ejerskab til behandlingsanlægget. Der henvises til afsnit 2.4, som beskriver de gængse karakteristika for et offentligt/privat partnerskab.

Miljøministeren har i affaldsbekendtgørelsen fastsat yderligere materielle bestemmelser, som tager sigte på at implementere lovens forarbejder. Det fremgår bl.a. af affaldsbekendtgørelsens § 24, stk. 3, at "Kommunalbestyrelsen må ikke etablere ordninger for eller tilbyde indsamling af kildesorteret erhvervsaffald til materialenyttiggørelse fra virksomheder, jf. dog § 40, stk. 1, §§ 41 og 42".

Miljøstyrelsen har ved vejledende udtalelse af 17. marts 2010 taget udtrykkeligt stilling til betydningen af navnlig bemærkningerne til lov nr. 513 af 12. juni 2009 i forhold til indsamlingsordninger.<sup>15</sup> Miljøstyrelsen anfører her, at "Det følger af affaldsbekendtgørelsen, at kommuner ikke skal etablere ordninger for kildesorteret genanvendeligt erhvervsaffald (undtagen for etablering af en ordning for genbrugspladser)". Der er derfor ikke tvivl om, at det som udgangspunkt ikke er en lovlig kommunal opgave at etablere ordninger for kildesorteret genanvendeligt erhvervsaffald (senere affald egnet til materialenyttiggørelse fra erhverv) efter 1. januar 2010. Det er mere uklart, hvad der skal anses som gældende for kommunale behandlingsanlæg.

Det er således uklart, hvordan affaldsbekendtgørelsens definition på kommunale behandlingsanlæg er forenelig med bemærkningerne til ændringen af miljøbeskyttelsesloven. På den ene side fokuseres på, at det ikke er en kommunal opgave at etablere kommunale ordninger for genanvendeligt erhvervsaffald, og at kapaciteten på kommunale behandlingsanlæg ikke må dimensioneres herefter. På den anden side fastsættes i affaldsbekendtgørelsen en legaldefinition, som fastslår, hvornår et behandlingsanlæg anses som kommunalt – og dermed omfattet af forbuddet i forarbejderne.

Kammeradvokaten har i et notat til Miljøstyrelsen vurderet, at forarbejderne til miljøbeskyttelsesloven indebærer, at der ikke kan lægges vægt på affaldsbekendtgørelsens

<sup>12</sup> L 152, 2008/2009, 1. samling, afsnit 2.1.1.4.

<sup>13</sup> L 152, 2008/2009, 1. samling, afsnit 2.1.1.4.

<sup>14</sup> Svar på spørgsmål nr. 14, L 152, bilag 17, saml. 2008-09.

<sup>15</sup> Vejledende udtalelse af 17. marts 2010 om ophør af kommunale ordninger for kildesorteret, genanvendeligt erhvervsaffald, j.nr. 759-00027.



definition på kommunale behandlingsanlæg.<sup>16</sup> Det er Kammeradvokatens vurdering, at formuleringen af definitionen på kommunale behandlingsanlæg ikke pga. forarbejderne kan udgøre grundlaget for en modsætnings slutning fra affaldsbekendtgørelsens § 84, som vil indebære, at kommunerne kan deltage med en uvæsentlig ejerandel i et behandlingsanlæg, som håndterer kildesorteret erhvervsaffald til materialenyttiggørelse.<sup>17</sup> Det fremgår af Kammeradvokatens notat, at Kammeradvokaten lægger større vægt på motiverne til miljøbeskyttelsesloven end på mere præcise bestemmelser fastsat i medfør af loven.<sup>18</sup> Det er efter Bech-Bruuns vurdering tvivlsomt, om de relativt upræcise bemærkninger til miljøbeskyttelsesloven indebærer, at ministeren har været afskåret fra at bestemme, at kommuner kan deltage i aktiviteterne, når dette sker i et uvæsentligt omfang. På denne baggrund er det efter Bech-Bruuns vurdering ikke muligt med sikkerhed at konkludere, om kommuner og kommunale fællesskaber helt er udelukket fra at deltage i aktiviteter vedrørende genanvendeligt erhvervsaffald.

#### 4.5.1 Affaldsbekendtgørelsens regulering af kommunale behandlingsanlæg

Det var som fremhævet ovenfor hensigten med lov nr. 513 af 12. juni 2009, at kommunerne ikke skulle drive behandlingsanlæg, som håndterede genanvendeligt erhvervsaffald, medmindre der blev opnået særskilt godkendelse hertil for eksisterende behandlingsanlæg.

Det er vanskeligere at fastslå, om et behandlingsanlæg med delvis kommunalt ejerskab, som ikke er omfattet af definitionen på kommunale behandlingsanlæg i affaldsbekendtgørelsen, er omfattet af det forbud mod kommunal virksomhed, som navnlig kommer til udtryk i forarbejderne til lov nr. 513 af 12. juni 2009.

Den første reviderede affaldsbekendtgørelse, som ophævede kommunernes adgang til at håndtere kildesorteret genanvendeligt erhvervsaffald, indførte samtidig en overgangsordning, som skulle sikre, at eksisterende kommunale behandlingsanlæg kunne fortsætte deres aktiviteter, på trods af at håndteringen af kildesorteret genanvendeligt erhvervsaffald blev konkurrenceudsat, hvorefter det ikke længere var en kommunal opgave.<sup>19</sup>

Miljøstyrelsen udtalte ved vejledende udtalelse af 17. marts 2010 endvidere: *"Efter miljøbeskyttelsesloven kan eksisterende anlæg fortsat – under nærmere angivne betingelser – behandle kildesorteret genanvendeligt erhvervsaffald, jf. miljøbeskyttelseslovens § 46 b. Lovgiver har derved taget udtrykkeligt stilling til, at de kommunale behandlingsanlæg for kildesorteret genanvendeligt erhvervsaffald under nærmere angivne betingelser fortsat har adgang til at drive kommunal virksomhed med behandlingen af kildesorteret genanvendeligt erhvervsaffald."*

Efter § 94, stk. 1, i den dagældende affaldsbekendtgørelse var udgangspunktet et egentligt forbud mod, at kommunale behandlingsanlæg behandlede kildesorteret genanvendeligt erhvervsaffald.

En egentlig undtagelse fandtes i den dagældende bekendtgørelses § 94, stk. 2, hvorefter de kommunale behandlingsanlæg fortsat kunne behandle kildesorteret genanvendeligt erhvervsaffald fra kommunens (flere kommuners såfremt behandlingsanlægget var ejet af et kommunalt fællesskab) egne institutioner. Denne regel er videreført i den gældende bekendtgørelses § 84, stk. 2.

<sup>16</sup> Kammeradvokatens notat af 6. februar 2014 om Kommuners deltagelse i selskaber der håndterer genanvendeligt erhvervsaffald.

<sup>17</sup> Det er i denne sammenhæng nærliggende at overveje, om affaldsbekendtgørelsens § 84, stk. 1, sammenholdt med definitionen i affaldsbekendtgørelsens § 3, nr. 37, ikke nærmere skal anses som udtryk for, at tilkendegivelserne i forarbejderne kun skal gælde de kommunale anlæg, som er omfattet af definitionen herpå.

<sup>18</sup> Det er i denne sammenhæng værd at notere sig, at det fremgår af Justitsministeriets Vejledning om Lovkvalitet, nr. 9801 af 3. juni 2005, afsnit 2.3.5, at lovgivning i lovbemærkninger principielt bør undgås. Lovbemærkningerne skal utvivlsomt anses som det vægtigste fortolkningsbidrag til loven, men det kræver naturligvis meget klare lovbemærkninger, hvis disse skal anvendes som grundlag for at anse materielle bestemmelser udstedt i medfør af loven for uhjemlede.

<sup>19</sup> Bekendtgørelse nr. 1473 af 21. december 2009 om affald.

Overgangsordningen bestod i, at de eksisterende kommunale behandlingsanlæg kunne fortsætte behandlingen af kildesorteret genanvendeligt erhvervsaffald fra ikke-kommunale institutioner og virksomheder "i det omfang det er i overensstemmelse med en af Miljøstyrelsen efter § 96 godkendt anmeldelse efter § 95, og på de vilkår, som fremgår af § 96-99". Bestemmelserne tog sigte på at begrænse den kommunale behandlingskapacitet til den faktisk etablerede, og at denne kommunale behandlingskapacitet blev udbudt på markedet i konkurrence med private aktører. Desuden kunne kun genanvendelsesanlæg, hvor mindst 80 % af det modtagne affald enten blev genanvendt på anlægget eller sendt videre til genanvendelse, blive godkendt. Disse krav omfattede også eksisterende sorteringsanlæg.

Efter den dagældende affaldsbekendtgørelses § 95, stk. 1, skulle de kommunale behandlingsanlæg senest den 1. marts 2010 anmelde deres ønske om at fortsætte, hvorefter Miljøstyrelsen kunne gøre indsigelse inden den 30. april 2010, hvis anmeldelsen skulle afvises. Indsigelser blev sendt i næsten alle sager inden den 30. april 2010, og der er på tidspunktet for projektet offentliggørelse alene truffet nogle få endelige afgørelser. Disse fastslår primært, at der ikke var tale om anmeldepligtige behandlingsanlæg.

Reglerne er delvist videreført i kapitel 14 i den gældende affaldsbekendtgørelse. Dog er begrebet ændret fra "genanvendeligt erhvervsaffald" til "erhvervsaffald til materialenyttiggørelse" ligesom i den øvrige del af affaldsbekendtgørelsen.

Miljøbeskyttelseslovens § 46b blev vedtaget ved lov nr. 513 af 12. juni 2009 om ændring af lov om miljøbeskyttelse og andre love. Denne bestemmelse indeholder miljøministerens bemyndigelse – og forpligtelse - til pr. 26. februar 2009 at fastsætte reglerne i affaldsbekendtgørelsens kapitel 14 om eksisterende kommunal kapacitet.

Som anført ovenfor fremgår det af lovbemærkningerne til bestemmelsen, at det fra reglerens ikrafttræden i udgangspunktet ikke længere er en kommunal opgave at behandle genanvendeligt erhvervsaffald, bortset fra affald afleveret på genbrugspladser samt affald fra de kommunale institutioner. Det fremgår også klart, at alene eksisterende kapacitet pr. 26. februar 2009 skal videreføres, og at dette skal ske på markedsvilkår.

#### **4.5.1.1 Særligt om definitionen på kommunale behandlingsanlæg**

Kommunale behandlingsanlæg defineres i affaldsbekendtgørelsens § 3, nr. 37: "*Kommunale behandlingsanlæg: Kommunale anlæg, som behandler genanvendeligt affald, og hvor en eller flere kommunalbestyrelser tilsammen ejer en væsentlig andel af anlægget eller direkte eller indirekte ejer en væsentlig del af kapitalen i det selskab eller lignende, der ejer anlægget*".<sup>20</sup>

Eftersom affaldsbekendtgørelsens § 3, nr. 37, fastsætter en legaldefinition af begrebet "*kommunalt behandlingsanlæg*", kan bestemmelsen anses som modsætningsvist udtømmende.

Herefter falder de behandlingsanlæg, som alene i begrænset (ikke væsentlig ejerandel) omfang er ejet af en kommune eller et kommunalt fællesskab, ud af betegnelsen kommunalt behandlingsanlæg i affaldslovgivningens forstand. Sådanne anlæg vil følgelig ikke være omfattet af bestemmelserne i affaldsbekendtgørelsens kapitel 14. Eftersom definitionen er udstedt på grundlag af en bemyndigelse i miljøbeskyttelsesloven, er det mest nærliggende at antage, at miljøministeren ved fastsættelse af affaldsbekendtgørelsens § 3, nr. 37, har vurderet, at definitionen er i

---

<sup>20</sup> Definitionen var oprindeligt formuleret med en fast grænse på 10 % eller mere kommunalt ejerskab, før der var tale om et kommunalt behandlingsanlæg omfattet af definitionen, jf. Miljøstyrelsens høringsnotat af 10. februar 2010, s. 19f. Dette kan i sig selv tages til udtryk for, at intentionen med definitionen var, at kommuner skulle have adgang til i begrænset omfang at deltage i behandlingsanlæg, som ikke var omfattet af forbuddet mod kommuners håndtering af genanvendeligt erhvervsaffald i såvel miljøbeskyttelseslovens bemærkninger som affaldsbekendtgørelsens begrænsning af den kommunale behandling af genanvendeligt erhvervsaffald.

overensstemmelse med loven og dennes forarbejder, og at de behandlingsanlæg, som ikke er omfattet af definitionen, heller ikke er omfattet af forbuddet i lovens bemærkninger.

Eftersom kommunerne i medfør af miljøbeskyttelseslovens § 45, stk. 1, har kompetence til at forestå håndteringen af affald, medmindre andet er bestemt i loven eller regler udstedt i medfør heraf, og da miljøbeskyttelseslovens § 45, stk. 6, og § 46b ikke indeholder en udtrykkelig undtagelse til denne regel, kan det ikke udelukkes, at der består en adgang for en kommune til at eje en andel af et behandlingsanlæg, som håndterer kildesorteret erhvervsaffald til materialenyttiggørelse. Dette forudsætter dog, at den samlede kommunalt ejede andel ikke anses som væsentlig i den forstand, som følger af affaldsbekendtgørelsens § 3, nr. 37.<sup>21</sup>

#### 4.5.1.2 Væsentlig ejerandel

Der er ikke i forarbejderne til miljøbeskyttelsesloven eller ved vejledende udtalelser fra Miljøstyrelsen taget stilling til, hvor stor en andel af et kommunalt behandlingsanlæg, der skal ejes af en kommune, før der er tale om en "væsentlig andel". Der er heller ikke publiceret afgørelser i henhold til affaldsbekendtgørelsens kapitel 14, som kan bruges til at fastslå dette.

Det kan give anledning til overvejelse, om selskabslovens § 7 om bestemmende indflydelse kan anvendes som rettesnor for vurderingen.<sup>22</sup>

Efter selskabslovens § 7, stk. 1, er bestemmende indflydelse "*beføjelsen til at styre en dattervirksomheds økonomiske og driftsmæssige beslutninger*". Dette er efter § 7, stk. 2, tilfældet, "*når moderselskabet direkte eller indirekte gennem en dattervirksomhed ejer mere end halvdelen af stemmerettighederne i en virksomhed, medmindre det i særlige tilfælde klart kan påvises, at et sådant ejerforhold ikke udgør bestemmende indflydelse*".

Der kan således, jf. selskabslovens § 7, opnås bestemmende indflydelse på andre måder end ved ejerskab, men i forhold til at anvende principperne på definitionen i affaldsbekendtgørelsens § 3, nr. 37, er det navnlig relevant at fokusere på den del af bestemmelsen, som vedrører ejerskab, fordi affaldsbekendtgørelsens § 3, nr. 37, ligeledes er fokuseret på dette.

Selskabslovens § 7, stk. 2, er en formodningsregel om, at hvis et moderselskab ejer mere end halvdelen af stemmerettighederne i et datterselskab direkte eller indirekte, er der tale om bestemmende indflydelse, medmindre det modsatte klart kan dokumenteres. Bestemmelsen er således udtryk for, at et moderselskab, som ejer mere end 50 % af stemmerettighederne, følgerlig som udgangspunkt har bestemmende indflydelse på datterselskabet.

En tilsvarende opfattelse er kommet til udtryk i kommunalretten.<sup>23</sup>

Der er dog andre forhold, som tyder på, at der skal væsentligt mindre til, før væsentlighedskriteriet er opfyldt. Reglen var oprindeligt formuleret med en fast grænse på 10 %. Dette tyder i sig selv på, at miljøministeren tiltænkte kommuner et noget mere begrænset ejerskab til anlæg, som ikke skulle være omfattet af forbuddet mod behandling af genanvendeligt erhvervsaffald, end op til lige under halvdelen.

<sup>21</sup> Miljøministeriet har sammen med Økonomi- og Indenrigsministeriet samt Erhvervs- og Vækstministeriet konkluderet, at reglerne i affaldsbekendtgørelsen udgør et forbud mod ethvert kommunalt ejerskab til behandlingsanlæg, som håndterer kildesorteret erhvervsaffald til materialenyttiggørelse, jf. Notat af 6. januar 2014 om Anvendelsesområdet for Lov nr. 548 af 8. juni 2006 om kommuners udførelse af opgaver for andre offentlige myndigheder og kommuners og regioners deltagelse i selskaber med senere ændringer. Der ses dog heller ikke i dette notat at være taget udtrykkelig stilling til betydningen af formuleringen af affaldsbekendtgørelsens § 3, nr. 37.

<sup>22</sup> Lovbekendtgørelse nr. 322 af 11. april 2011 om aktie- og anpartsselskaber.

<sup>23</sup> Se eksempelvis Frederik Gammelgaard i "*Kommunal erhvervsvirksomhed*", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2004, s. 171ff. eller Karsten Revsbech, "*Kommunernes opgaver*", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2010, s. 204ff.

Dertil kommer endvidere, at Natur- og Miljøklagenævnet i en sag vedrørende klage over dispensation over udvidede arbejdstider efter en lokal forskrift i medfør af Bekendtgørelse om miljøregulering af visse aktiviteter har fastslået, at Frederiksberg Kommunes ejerskab af Metroselskabet I/S på 8,3 % skal anses som væsentligt.<sup>24</sup> Nævnet fastslår i afgørelsen, at ejerskabet giver Frederiksberg Kommune væsentlig indflydelse på tilrettelæggelsen af driften af byggeriet af Cityringen i hovedstaden, hvorfor der er klageadgang til nævnet. Eftersom afgørelsen er truffet i henhold til regler efter miljøbeskyttelsesloven, som har det samme fokus som definitionen i affaldsbekendtgørelsen, som har hjemmel i samme lov, kan afgørelsen anvendes som fortolkningsbidrag til væsentlighedskriteriet i affaldsbekendtgørelsens § 3, nr. 37.

Samlet set er der betydelig usikkerhed om, hvor grænsen for kommunalt medejerskab til behandlingsanlæg, som behandler kildesorteret erhvervsaffald til materialenyttiggørelse, går. Det må dog formentlig konkluderes, at den ligger tættere på 10 % end 49,9 %..

#### **4.5.1.3 Sammenfattende vurdering – kommunale behandlingsanlæg**

På baggrund af ovenstående kan det konkluderes, at kommunale behandlingsanlæg, som behandler kildesorteret erhvervsaffald til materialenyttiggørelse, kun kan bestå i det omfang, at de eksisterede den 26. februar 2009. De kan endvidere alene fortsætte driften med den kapacitet, som var etableret den 26. februar 2009.

Spørgsmålet er herefter, om kommunerne eller de kommunale fællesskaber lovligt kan deltage i driften af et behandlingsanlæg, som ikke er omfattet af definitionen på et kommunalt behandlingsanlæg i affaldsbekendtgørelsens § 3, nr. 37, og som dermed heller ikke er omfattet af reglerne i affaldsbekendtgørelsens kapitel 14 – eller bemærkninger vedrørende kommunale behandlingsanlæg til miljøbeskyttelsesloven.

Denne vurdering skal foretages på baggrund af intentionerne med lov nr. 513 af 12. juni 2009 sammenholdt med de materielle bestemmelser i affaldsbekendtgørelsen, som er udmøntet på baggrund heraf.

Intentionen med lov nr. 513 af 12. juni 2009 var at ophæve kommunernes forpligtelse til at sikre behandlingen af genanvendeligt erhvervsaffald. Efterfølgende er reglerne præciseret til at omfatte kildesorteret erhvervsaffald til materialenyttiggørelse. Det fremgår ligeledes, at håndteringen af dette affald ikke fremadrettet er en kommunal opgave.

Der er imidlertid ikke med lov nr. 513 af 12. juni 2009 taget udtrykkeligt stilling til kommunal deltagelse i selskaber med private aktører, som agerer på markedet for behandling af kildesorteret erhvervsaffald til materialenyttiggørelse. Der kan ikke herske tvivl om, at tanken med lov nr. 513 af 12. juni 2009 var, at behandlingen af kildesorteret erhvervsaffald til materialenyttiggørelse fremadrettet skulle håndteres på markedsvilkår.

For så vidt angår helejede kommunale behandlingsanlæg skulle kun den eksisterende kapacitet videreføres, og kommunerne blev med loven og bestemmelserne i affaldsbekendtgørelsens kapitel 14 afskåret fra at udvide kapaciteten, i tilfælde hvor behandlingsanlægget alene ejes af én eller flere kommuner eller af kommunale fællesskaber.

Formuleringen af affaldsbekendtgørelsens definition i § 3, nr. 37, fastslår, at behandlingsanlæg, hvor en eller flere kommuner ikke tilsammen ejer en væsentlig del, ikke er omfattet af affaldsbekendtgørelsens regler om kommunale behandlingsanlæg. Med et udgangspunkt i miljøbeskyttelseslovens § 45, stk. 1, og i lyset af fraværet af et udtrykkeligt forbud i

---

<sup>24</sup> Natur- og Miljøklagenævnets afgørelse af 3. februar 2014, j.nr. NMK-10-00727.

miljøbeskyttelseslovens § 45, stk. 6, eller § 46b, kan det ikke udelukkes, at kommuner kan eje en ikke væsentlig del af et kommunalt behandlingsanlæg, som håndterer kildesorteret erhvervsaffald til materialenyttiggørelse. Det har formodningen imod sig, at miljøministeren har udnyttet sin bemyndigelse til at udstede regler, som er i strid med loven, og som derfor må anses som uhjemlede.

På den anden side indikerer forarbejderne til miljøbeskyttelsesloven med stor sikkerhed, at kommunerne ikke fra 1. januar 2010 skulle etablere ordninger til håndtering af genanvendeligt erhvervsaffald. Det er mere uklart, hvordan kommunale behandlingsanlæg fremadrettet skulle være reguleret, men det kan lægges til grund, at intentionen var, at den eksisterende kapacitet kunne fortsætte. Derimod tager lovbemærkningerne ikke udtrykkelig stilling til, om det vil være i strid med loven, hvis kommunerne med et ikke væsentligt ejerskab til et behandlingsanlæg håndterer genanvendeligt erhvervsaffald.

Det kan alene med sikkerhed fastslås, at der er tale om et uklart hjemmelsgrundlag, som gør det usikkert, hvorvidt kommuner i større eller mindre udstrækning kan have ejerskab til behandlingsanlæg, som behandler kildesorteret erhvervsaffald til materialenyttiggørelse, og som ikke er omfattet af definitionen i affaldsbekendtgørelsens § 3, nr. 37. Selvom et behandlingsanlæg med et vist kommunalt ejerskab ikke skal anses som et kommunalt behandlingsanlæg, er det usikkert om hjemlen i miljøbeskyttelseslovens § 45, stk. 1, kan udstrækkes som grundlag for det kommunale ejerskab til et sådant anlæg. Selvom der ikke med loven eller lovens forarbejder er taget udtrykkeligt stilling til dette, er det tydeligt, at intentionerne med ændringsloven fra 2009 i større eller mindre udstrækning er at fratage kommunerne muligheden for at håndtere kildesorteret erhvervsaffald til materialenyttiggørelse.

Der består således en sådan betydelig usikkerhed om såvel grundlaget for et kommunalt ejerskab til et behandlingsanlæg, som håndterer kildesorteret erhvervsaffald til materialenyttiggørelse, som den mulige ejerandel i henhold til definitionen i affaldsbekendtgørelsens § 3, nr. 37, at der er behov for, at Miljøministeriet sikrer et mere klart retsgrundlag.

I forbindelse med et konkret projekt bør kommuner og kommunale fællesskaber, som overvejer at deltage i behandlingsanlæg møntet på erhvervsaffald, tidligt i processen klarlægge, om der er det fornødne juridiske grundlag for kommunalt ejerskab.

#### **4.6 Særligt om ansvar for restaffald efter sortering**

Det må forventes, at et større centralt sorteringsanlæg efter sorteringsprocessen vil have en mængde restaffald, som ikke er egnet til materialenyttiggørelse.

Restaffald må herefter hovedsageligt forventes at kunne henføres under definitionen for henholdsvis forbrændingseget affald, jf. affaldsbekendtgørelsens § 3, nr. 25, eller deponeringseget affald, jf. affaldsbekendtgørelsens § 3, nr. 18.

Såvel forbrændings- eller deponeringseget erhvervsaffald som forbrændings- og deponeringseget kommunalt affald er omfattet af de kommunale indsamlings- og anvisningsordninger. Efter affaldsbekendtgørelsens § 24, stk. 1, er de kommunale ordninger etableret med henblik på, at husholdninger og virksomheder i kommunen har pligt til at benytte dem til det affald, som de producerer, jf. affaldsbekendtgørelsens § 39, stk. 1, og § 47, stk. 1.

For så vidt angår det kildesorterede erhvervsaffald egnet til materialenyttiggørelse vil ansvaret for håndteringen af dette normalt forventes at være overdraget til affaldssorteringsanlægget, såfremt anlægget er godkendt som indsamlingsvirksomhed med forbehandlingsanlæg, og allerede derfor må

restaffaldet anses som frembragt af sorteringsanlægget, jf. dog også nedenfor om affaldsdefinitionen.

For så vidt angår det kommunale affald, vil det som udgangspunkt være den kommune, som har afleveret affaldet på sorteringsanlægget, som har ansvaret for affaldets håndtering, indtil det brændes eller deponeres. Eftersom restaffaldet imidlertid må anses som et resultat af sorteringsprocessen, må restaffaldet anses som frembragt af sorteringsanlægget i den kommune, hvor sorteringsanlægget er beliggende, og restaffaldet bliver følgelig omfattet af den indsamlings- eller anvisningsordning, som er etableret i den pågældende kommune. Sorteringsanlægget vil dog være berettiget til at eksportere det forbrændingsegnete affald til et nyttiggørelsesanlæg i udlandet, jf. affaldsbekendtgørelsens § 47, stk. 2.

#### **4.7 Sammenfattende vurdering af ansvaret for affaldet indtil materialenyttiggørelse**

##### **4.7.1 Kommunalt affald**

Ansvaret for affaldets håndtering efter indsamling gennem en kommunal indsamlings- eller anvisningsordning er i medfør af miljøbeskyttelseslovens § 45, stk. 1, kommunalbestyrelsens.

Der er alene særlig hjemmel til på civilretligt grundlag at overdrage ansvaret for affaldets håndtering til private aktører. En sådan civilretlig overdragelse til et større centralt affaldssorteringsanlæg af ansvaret for affaldets videre håndtering vil alene medføre, at anlægget overfor den kontraherende kommune forpligter sig til at overholde aftalen, og misligholdelse heraf vil medføre, at der kan ifaldes et erstatningsansvar. Anlægget må forventes at skulle implementere processer, der overvåger hvilken kontraktpart, affaldet hidrører fra, ligesom kontraktens udformning får betydning for anlæggets incitament til at sortere det modtagne affald tilstrækkelig effektivt. Det vil fortsat være kommunerne, som har den offentligretlige forpligtelse til at sikre, at affaldet materialenyttiggøres, og at affaldslovgivningen i øvrigt overholdes.

Det vil være muligt at lade affaldssorteringsanlægget afsætte de sorterede materialer på vegne af kommunerne, men hvis det skal sikres, at affaldssorteringsanlægget gennemfører en sorteringsproces, som sikrer det bedst mulige grundlag for at afsætte det sorterede affald som sekundære råvarer, er det nødvendigt, at der i kontraktgrundlaget mellem parterne sikres affaldssorteringsanlægget en tilstrækkelig økonomisk motivation til dette.

##### **4.7.2 Erhvervsaffald**

Ansvaret for affaldets håndtering frem til materialenyttiggørelse påhviler, i medfør af affaldsbekendtgørelsens § 67, de affaldsproducerende virksomheder.

Ansvaret kan imidlertid, i medfør af affaldsbekendtgørelsens § 69, stk. 1, overdrages til et større centralt affaldssorteringsanlæg.

De kommunale behandlingsanlæg kan kun efter godkendt anmeldelse til Miljøstyrelsen sortere kildesorteret erhvervsaffald til materialenyttiggørelse. Definitionen på kommunale behandlingsanlæg må dog antages at indebære, at større centrale sorteringsanlæg, hvor der er mindre end 50 % kommunalt ejerskab, ikke skal anses som et kommunalt behandlingsanlæg i affaldsbekendtgørelsens forstand.

#### **4.8 Nærmere om affaldsdefinitionens betydning, herunder biprodukter og affaldsfasen ophør**

Affaldsdefinitionen er afgørende for, om affaldsreguleringen finder anvendelse. Det er derfor af betydning kortfattet at redegøre for den gældende definition på affald.

#### 4.8.1 Affaldsdefinitionen

Affald er i affaldsdirektivets artikel 3, nr. 1, defineret som "*ethvert stof eller enhver genstand, som indehaveren skiller sig af med eller agter eller er forpligtet til at skille sig af med*". Definitionen er implementeret ved affaldsbekendtgørelsens § 2, stk. 1.<sup>25</sup>

Definitionen er kun justeret i begrænset omfang siden affaldsrammedirektivets ikrafttræden i 1975.<sup>26</sup> Affaldsdefinitionen har været prøvet ofte og har været genstand for betydelig retspraksis. EU-Domstolen fastslog i de forenede sager C-304/94, C-330/94, C-242/94 og C-224/95 (Tombesi m.fl.), at affaldsdefinitionen var direkte gældende, herunder i national ret uden grænseoverskridende elementer. EU-Domstolen har endvidere fastslået, "*at stoffer og genstande, som kan genbruges økonomisk, [ikke] er udelukket*" fra at være omfattet af affaldsdefinitionen.<sup>27</sup>

Det normative element i affaldsdefinitionen bliver herefter afgørende, og det indebærer, at der er tre afgørende kriterier for, hvornår et stof eller en genstand skal anses som affald:

1. indehaveren skiller sig af med,
2. indehaveren agter at skille sig af med, og
3. indehaveren er forpligtet til at skille sig af med.

De to første kriterier er afhængige af indehaverens subjektive forhold, mens det sidste kriterium lægger afgørende vægt på, om stoffet eller genstanden besidder bestemte karakteristika, som indebærer, at indehaveren er forpligtet til at skille sig af med stoffet/genstanden, selvom dette ikke er indehaverens intention.<sup>28</sup>

Udviklingen går i retning af øget genanvendelse og genbrug, og der har vist sig et behov for en regulering, som tager højde for, at stoffer/genstande kan gennemgå en behandling, som medfører, at der ikke længere er tale om affald, samt at visse genstande kan være et biprodukt, som ikke bør være omfattet af affaldsreguleringen.<sup>29</sup>

Den vigtigste sag i denne sammenhæng var EU-Domstolens dom i sag C-9/00 (Sidestensdommen), hvor EU-Domstolen for første gang opstillede nærmere kriterier for, hvornår biprodukter fra fremstillingsvirksomhed *ikke* skal anses som affald.<sup>30</sup> EU-Domstolen fastslår i dommen, at sidestenene (småsten fra udhugning af granit), som fremkommer ved drift af et stenbrud, i princippet er omfattet af affaldsdefinitionen, men dommen fastslår principielt, at der i situationer med sikkerhed for, at et biprodukt af en proces afsættes, ikke være tale om affald. Hvis der imidlertid kun er *mulighed* for, at biproduktet afsættes, vil det være omfattet af affaldsdefinitionen.<sup>31</sup> Dommen fastslår dog samtidigt, at i situationer, hvor det økonomisk set er fordelagtigt for indehaveren at afsætte biproduktet, vil der være en så høj grad af sandsynlighed for genanvendelse, at biproduktet ikke skal anses som affald.<sup>32</sup> Der lægges dog også vægt på, at et biprodukt kun oplagres i en tidsbegrænset periode, da domstolen fastslår, at tidsbegrænset oplagring uden sikkerhed for afsætning fører til, at der er tale om affald.<sup>33</sup>

<sup>25</sup> Bekendtgørelse nr. 1309 af 18. december 2012 om affald.

<sup>26</sup> Rådets direktiv af 15. juli 1975 om affald (75/442/EØF).

<sup>27</sup> De forenede sager C-206-207/88 (Vessoso og Zanetti).

<sup>28</sup> Ellen Margrethe Basse (red.), Miljøretten 3, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2. udgave, 2006, s. 134f.

<sup>29</sup> Se eksempelvis Sag C-418/419/97 (ARCO Chemie Nederland og Vereniging Dorpsbelang Hees).

<sup>30</sup> Sag C-9/00 (Palin Granit Oy).

<sup>31</sup> Sag C-9/00 (Palin Granit Oy), præmis 36.

<sup>32</sup> Sag C-9/00 (Palin Granit Oy), præmis 37.

<sup>33</sup> Sag C-9/00 (Palin Granit Oy), præmis 38-39.

Dommen er fortolket af Folketinget i bemærkningerne til lov nr. 213 af 29. marts 2006 om ændring af lov om forurenede jord. I de specielle bemærkninger til jordforureningslovens § 50, stk. 4, anføres således:

*"Under visse betingelser må uforurenede jord, der graves op, antages at falde uden for affaldsdefinitionen. Dette er tilfældet, når jordproducenten har en aftage af den uforarbejdede jord på opgravningstidspunktet, og jorden derfor aldrig når at blive til affald, før den finder anden anvendelse. I disse tilfælde må jorden anses for at være et produkt. Ved afgørelsen af, om der er tale om et produkt eller affald, bør der lægges vægt på, at aftalen om aftagning af jorden er indgået senest på opgravningstidspunktet, og at jorden kun oplagres for en kortere tidsafgrænset periode, inden den finder fornyet anvendelse. Såfremt jorden oplagres for en længere eller ikke-tidsafgrænset periode, må jorden anses for at udgøre en byrde for ejeren, hvilket er et indicium for, at der er tale om affald. Støtte for sådanne betragtninger findes i præmisserne for den såkaldte »Sidestensdom« fra EF-domstolen (dom af 18. april 2002, sag C-9/00)."*<sup>34</sup>

Den danske forståelse af Sidestensdommen indikerer således, at genstande og stoffer, som normalt vil blive anset som affald, under de angivne betingelser ikke vil være omfattet af affaldsdefinitionen. Der lægges navnlig vægt på, om der er indgået en aftale med en aftager, inden genstanden/stoffet frembringes, og om oplagringen af genstanden/stoffet alene sker i kortere tid, inden genstanden/stoffet finder fornyet anvendelse.

Dommen blev med det nye affaldsdirektiv kodificeret i reglerne om biprodukter og affaldsfasens ophør.

Affaldsdefinitionen har betydning for, hvem der skal anses som ejer af affaldet, da affaldsdefinitionen forudsætter, at det er indehaveren, som skiller sig af med et stof/en genstand, før der kan være tale om affald.

#### **4.8.2 Kort om biprodukter**

Affaldsdirektivets artikel 5 om biprodukter er implementeret i affaldsbekendtgørelsens § 2, stk. 2.

Efter bestemmelsen anses stoffer/ genstande ikke som affald, hvis de er resultatet af den produktionsproces, som ikke primært sigter mod fremstilling af dette stof/denne genstand, og hvis:

1. det er sikkert, at stoffet/genstanden videreanvendes,
2. stoffet/genstanden kan anvendes direkte uden anden yderligere forarbejdning, end hvad der er normal industriel praksis,
3. stoffet/genstanden fremstilles som en integreret del af en produktionsproces, og
4. videreanvendelse er lovlig, dvs. stoffet eller genstanden lever op til alle relevante krav til produkt-, miljø og sundhedsbeskyttelse for den pågældende anvendelse og ikke vil få generelle negative indvirkninger på miljøet eller menneskers sundhed.

Selvom resultatet af en effektiv sorteringsproces normalt vil føre til, at slutresultatet helt eller delvist opfylder ovennævnte kriterier 1-4, vil reglerne ikke kunne finde anvendelse, idet de materialer og stoffer, som et større centralt sorteringsanlæg modtager allerede er at anse som affald, og samtidig er der tale om en proces, hvor dette slutresultat er det primære resultat af en proces, hvorfor der ikke kan tales om et biprodukt.

---

<sup>34</sup> Folketingstidende 2005/2006, Tillæg A, spalte 6885.



### 4.8.3 Kort om affaldsfasens ophør

Affaldsdirektivets artikel 6 regulerer affaldsfasens ophør. Bestemmelsen er implementeret ved navnlig affaldsbekendtgørelsens § 4, stk. 4 og 5.

Bestemmelsen opstiller kriterier for, hvornår affald ophører med at være affald, men fastsætter samtidig krav om, at der skal udarbejdes kriterier for sådanne særlige former for affald, som kan gennemgå en sådan proces, som medfører, at det ikke længere skal anses som affald.

Betingelserne for, at et stof eller en genstand ophører med at være affald, er følgende:

1. Stoffet eller genstanden er almindeligt anvendt til specifikke formål.
2. Der findes et marked for eller en efterspørgsel efter et sådant stof eller en sådan genstand.
3. Stoffet eller genstanden opfylder de tekniske krav til de specifikke formål og lever op til gældende lovgivning og normer vedrørende produkter.
4. Anvendelsen af stoffet/genstanden får ikke generelle negative indvirkninger på miljøet eller menneskers sundhed.

Efter affaldsdirektivets artikel 6, stk. 1, er det endvidere et krav, at affaldet skal gennemgå en nyttiggørelsesoperation, før der kan blive tale om, at affaldsfasen ophører.

Hvis der ikke på fællesskabsplan for en given affaldsfraktion er fastsat kriterier for affaldsfasens ophør, er der i medfør af affaldsdirektivets artikel 6, stk. 4, hjemmel til, at medlemsstaterne, fra sag til sag, kan beslutte, om affaldsfasen er ophørt. Bestemmelsen er implementeret ved affaldsbekendtgørelsens § 4, stk. 4, hvorefter kommunalbestyrelsen skal træffe afgørelse om, hvorvidt stoffer/genstande, som opfylder ovennævnte kriterier, ikke længere er affald.

I lighed med betingelserne for, at affald er omfattet af reglerne for biprodukter, vil resultatet af en effektiv sorteringsproces normalt helt eller delvist kunne opfylde betingelserne for, at affaldsfasen er ophørt for det pågældende affald.

Fokusgruppen "Jura og organisering" blev adspurgt, om målet med de større centrale sorteringsanlæg dybest set er at skabe et resultat efter sortering, som lever op til betingelserne for affaldsfasens ophør. Stemningen i fokusgruppen var overvejende bekræftende. Såfremt affaldsfasen kunne ophøre efter sortering vil fokusgruppens ønske om, at affaldssorteringsanlægget skal have ansvaret for at afsætte de materialer i markedet, som er resultatet af sorteringen, kunne imødekommes under gældende lovgivning. Det kunne formentlig også være befordrende for affaldssorteringsanlæggets incitament til og muligheder for at afsætte de sorterede stoffer/genstande i markedet. Det bemærkes, at EU-Kommissionens kriterier for, hvornår affaldsfasen kan ophøre generelt er vanskelige at leve op til, og at det ofte vil være nemmere at overholde eksempelvis affaldsreguleringen, herunder transportforordningen, end at opnå, at affaldsfasen ophører.

Eftersom affaldsdirektivets artikel 6, stk. 4, anvender formuleringen "*fra sag til sag*" må affaldsbekendtgørelsens § 4, stk. 4, fortolkes således, at kommunen skal tage stilling på et meget konkret niveau. Reglerne er derfor ikke, i forhold til sorterede materialer fra et affaldssorteringsanlæg, anvendelige i praksis.

### 4.9 Nærmere om definitionen på affaldsproducent

Affaldsdirektivets definition af begrebet "affaldsproducent" findes i artikel 3, nr. 5, og har følgende ordlyd: "*enhver, hvis aktivitet frembringer affald (den oprindelige affaldsproducent), eller enhver, der foretager forbehandling, blanding eller andet, som medfører en ændring af dette affalds*

*karakter og sammensætning*". Definitionen er uændret implementeret ved affaldsbekendtgørelsens § 3, nr. 6.

I den danske regulering af affaldshåndteringen fokuseres i vid udstrækning på den oprindelige affaldsproducent. Efter affaldsbekendtgørelsens § 24, stk. 1, skal kommunalbestyrelsen etablere ordninger for affald, som er *"produceret af husholdninger og virksomheder i kommunen"*. Det er de oprindelige affaldsproducenter, herunder borgere, grundejere og virksomheder, som i medfør af affaldsbekendtgørelsens §§ 39 og 47 er forpligtede til at benytte de kommunale ordninger.

Derudover er pligtsubjektet i reglerne i affaldsbekendtgørelsens kapitel 10 de affaldsproducerende virksomheder, hvor affaldsbekendtgørelsen dog som nævnt i § 69 giver den affaldsproducerende virksomhed mulighed for at overdrage ansvaret til en godkendt indsamlingsvirksomhed.

Affaldsdirektivets definition af affaldsproducent indebærer som udgangspunkt, at et større centralt affaldssorteringsanlæg vil kunne anses som affaldsproducent, idet sortering anses som en forbehandling, jf. affaldsbekendtgørelsens § 3, nr. 23.

Det vil således være foreneligt med definitionen på affaldsproducent, såfremt den danske regulering indrettes sådan, at et større centralt affaldssorteringsanlæg kan overtage den oprindelige affaldsproducents rettigheder og forpligtelser.

#### **4.10 Nærmere om definitionen på affaldsindehaver**

Affaldsdirektivets definition af "affaldsindehaver" fremgår af artikel 3, nr. 6, og har følgende ordlyd: *"producenten af affaldet eller den fysiske eller juridiske person, der er i besiddelse af affaldet"*. Definitionen er uændret implementeret ved affaldsbekendtgørelsens § 3, nr. 5.

Begrebet affaldsindehaver anvendes – udover i definitionen på affald – ikke andre steder i affaldsbekendtgørelsen, hvor fokus som nævnt er på affaldsproducenten.

Definitionen rummer i lighed med de øvrige regler mulighed for, at indehaveren af affaldet ikke nødvendigvis skal være den oprindelige affaldsproducent. Ved affaldsbesiddelse må umiddelbart forstås, at man juridisk har retten til at disponere over affaldet, hvorved forudsættes, at affaldet sammen med retten til at disponere over det kan overdrages.<sup>35</sup>

#### **4.11 Forureneren betaler**

Affaldsdirektivet bygger på forureneren betaler-princippet, jf. artikel 14.

Affaldsdirektivets artikel 14, stk. 1, fastslår, at forureneren skal betale omkostningerne ved affaldshåndtering. Forureneren er i medfør af bestemmelsen enten den oprindelige affaldsproducent eller de nuværende eller tidligere affaldsindehavere.

Bestemmelsen er implementeret ved miljøbeskyttelseslovens § 48 samt i affaldsbekendtgørelsens kapitel 8. Den danske regulering fokuserer grundlæggende på, at det er den oprindelige affaldsproducent, som skal afholde omkostningerne forbundet med håndteringen af affaldet.

Affaldsdirektivets artikel 14, stk. 1, indebærer, at der er mulighed for at vedtage en regulering, hvor det ikke nødvendigvis er den oprindelige affaldsproducent, som skal afholde omkostningerne forbundet med affaldshåndteringen.

---

<sup>35</sup> Se herom også Miljøstyrelsens notat af 12. april 2011, j.nr. MST-7779-00105, *"Definition af affaldsproducent – vurderet i forhold til affald frembragt ved håndværkeres og anlægsgartneres aktiviteter hos private"*. Notatet er nærmere omtalt nedenfor.

#### **4.12 Sammenfattende om affaldsdefinition, affaldsproducent, affaldsindehaver og forurenere betaler**

Den danske regulering indebærer, at et større centralt affaldssorteringsanlæg kan overtage ansvaret for den videre håndtering af det erhvervsaffald, som anlægget modtager, mens kommunen er ansvarlig for håndteringen af kommunalt affald før, under og efter, at et større centralt affaldssorteringsanlæg gennemfører en sortering.

Miljøstyrelsen har tidligere udtalt sig om definitionen af affaldsproducent – navnlig med fokus på pligten til at betale affaldsgebyrer.<sup>36</sup> Miljøstyrelsens vurdering skal således ses i den kontekst, at det i Danmark er den oprindelige affaldsproducent, som skal betale affaldsgebyret, jf. miljøbeskyttelseslovens § 48 og affaldsbekendtgørelsens kapitel 8. Miljøstyrelsen har vurderet, at den oprindelige affaldsproducent er den, som har dispositionsretten over det affald, som frembringes. Det afgørende bliver således, hvilket aftalegrundlag der ligger til grund for den aktivitet, som resulterer i affaldsfrembringelsen.

Affaldsdefinitionen forudsætter, at man er indehaver af den genstand/det stof, man skiller sig af med. Et stof/en genstand bliver således til affald, når indehaveren skiller sig af med det. Det er således den oprindelige indehaver af den genstand/det stof, som bliver til affald, som skal anses som den oprindelige affaldsproducent.

Definitionen af "affaldsproducent" og "affaldsindehaver" eller affaldsdirektivets "forurenere betaler-princip" fokuserer ikke ensidigt på den *oprindelige* affaldsproducent. Disse begreber omfatter såvel den oprindelige affaldsproducent som senere led i behandlingskæden under forskellige forudsætninger, og definitionen rummer derfor mulighed for, at andre fysiske eller juridiske personer end den oprindelige affaldsproducent kan have ansvaret for affaldets håndtering. Affaldsproducentbegrebet indebærer, at eksempelvis en senere behandler kan anses som affaldsproducent, mens affaldsindehaverbegrebet rummer, at den oprindelige affaldsproducent kan overdrage ansvaret for affaldet til en fysisk eller juridisk person. Tilsvarende gør sig gældende i forhold til forurenere betaler-princippet.

I denne sammenhæng er spørgsmålet navnlig, om de EU-retlige definitioner er til hinder for, at der etableres hjemmel til, at ansvaret for affaldets videre håndtering i forbindelse med og efter en sorteringsoperation overdrages til et større centralt affaldssorteringsanlæg.

Det vurderes, at dette vil være foreneligt med affaldsdirektivets definitioner samt affaldsdirektivets artikler 14 og 15 om forurenere betaler-princippet og ansvaret for affaldets håndtering.

---

<sup>36</sup> Se herom også Miljøstyrelsens notat af 12. april 2011, j.nr. MST-7779-00105, "Definition af affaldsproducent – vurderet i forhold til affald frembragt ved håndværkeres og anlægsgartneres aktiviteter hos private".

#### 4.13 Hovedkonklusioner

Hovedkonklusionerne kan opsummeres som følgende:

Ansaret (og dermed ejerskabet til) for affald omfattet af kommunale ordninger forbliver kommunens, indtil affaldet afleveres til den aktør, som foretager materialenyttiggørelse. Dermed er det ikke muligt for en operatør og/eller ejer af et sorteringsanlæg at overtage ansvaret for det kommunale affald. Dette forventes at udgøre en begrænsning i forhold til operatørens og/eller ejerens incitament til at sikre en optimal kvalitet i sorteringen. Det indebærer endvidere, at den praktiske tilrettelæggelse af driften besværliggøres, idet sammenblanding af affald fra forskellige kommuner vil umuliggøre den enkelte kommunes mulighed for at kontrollere, hvordan det affald, som kommunen har ansvaret, håndteres efter sorteringen.

Ansaret (og dermed ejerskabet til) for kildesorteret erhvervsaffald til materialenyttiggørelse er som udgangspunkt hos den affaldsproducerende virksomhed. Denne virksomhed kan imidlertid overdrage ansvaret til en godkendt indsamlingsvirksomhed. Eftersom sorteringsanlæg vil kunne godkendes som indsamlingsvirksomhed, vil sorteringsanlæg kunne overtage ansvaret for kildesorteret erhvervsaffald til materialenyttiggørelse. Dette forventes at føre til, at der på anlægget vil ske en sortering, som resulterer i materialer, som overholder såvel centrale og lokalt fastsatte kvalitetskrav, og som kan afsættes til anvendelse i produktionsvirksomheder.

Kommunale sorteringsanlæg er afskåret fra at opnå de stordriftsfordele, som der kan være forbundet med at håndtere sortering af det kildesorterede erhvervsaffald til materialenyttiggørelse. Det er behæftet med betydelig usikkerhed, hvorvidt – og i givet fald i hvilken udstrækning – at kommuner kan eje behandlingsanlæg, som håndterer kildesorteret erhvervsaffald til materialenyttiggørelse, sammen med private aktører.

EU's affaldsdirektiv er ikke til hinder for en indretning af reglerne, som indebærer, at sorteringsanlæg overtager ansvaret for affaldets videre håndtering.

# 5. Kommunalretlige forhold

## 5.1 Overordnet om de kommunalretlige rammer

Kommuners etablering af eller deltagelse i samarbejde om etablering af større centrale affaldssorteringsanlæg skal ske inden for de rammer, som følger af lovgivningen og kommunalfuldmagten.

Miljøbeskyttelsesloven og affaldsbekendtgørelsen indeholder ikke en nærmere regulering af, hvordan kommuner skal organisere affaldsopgaverne. Definitionen på kommunale behandlingsanlæg, jf. affaldsbekendtgørelsens § 3, nr. 37, indebærer dog en stillingtagen til, hvornår et behandlingsanlæg pga. kommunal deltagelse skal anses som et kommunalt behandlingsanlæg, som er omfattet af forbuddet i affaldsbekendtgørelsens § 84, stk. 1, jf. også ovenfor.

Kommunalfuldmagten fastlægger en række principper for, hvordan kommuner uden lovhjemmel kan varetage opgaver, samt hvordan kommuner skal organisere opgavevaretagelsen.

Kommunalfuldmagten indeholder bl.a. et forbud mod, at kommunerne driver erhvervsvirksomhed, hvilket indebærer, at kommunerne ikke, medmindre der er hjemmel hertil i lovgivningen, selvstændigt eller i samarbejde med andre kan drive virksomhed i konkurrence med private virksomheder. Dette indebærer, at kommuner, herunder kommunale behandlingsanlæg, jf. affaldsbekendtgørelsens § 3, nr. 37, som udgangspunkt ikke kan håndtere kildesorteret erhvervsaffald til materialenyttiggørelse, jf. også ovenfor.

Det er imidlertid fast antaget i de kommunale tilsynsmyndigheders praksis, at kommuner på ulovbestemt grundlag efter kommunalfuldmagtsreglerne, under visse betingelser, kan deltage i privatretlige samarbejder og selskaber.<sup>37</sup>

Herudover indeholder lovgivningen særlige regler om kommunal selskabsdeltagelse. Som eksempel kan nævnes L 548 om kommuners deltagelse i visse selskaber.<sup>38</sup> Denne lov giver kommuner adgang til at deltage i selskaber, der sælger produkter eller serviceydelser, som bygger på viden oparbejdet i kommunen i forbindelse med løsning af kommunale opgaver. Et andet eksempel er erhvervsfremmelovens § 13, stk. 2, hvorefter kommunale aktiviteter omfattet af loven kan varetages i selvstændige juridiske enheder (selskaber).<sup>39</sup> Miljøbeskyttelsesloven og affaldsbekendtgørelsen indeholder ikke regler om kommuners varetagelse af opgaver i selskaber.

Kommunalfuldmagten indeholder den begrænsning, at kommuner indenfor rammerne af kommunalfuldmagten som udgangspunkt kun kan påtage sig opgaver, som i geografisk henseende er knyttet til den pågældende kommunes geografiske område.<sup>40</sup> Dette såkaldte lokalitetsprincip omtales nærmere under afsnit 5.4.

<sup>37</sup> Inger Mogensen m.fl. Kommunalfuldmagtsreglerne i praksis, 2004, side 179.

<sup>38</sup> Lov nr. 548 af 8. juni 2006 om kommuners udførelse af opgaver for andre offentlige myndigheder og kommuners og regioners deltagelse i selskaber.

<sup>39</sup> Lovbekendtgørelse nr. 1715 af 16. december 2010 om erhvervsfremme

<sup>40</sup> Karsten Revsbech, Kommunernes opgaver, 2010, side 59.

Det skal bemærkes, at visse kommuner har overladt hele eller dele af ansvaret for affaldsbehandlingen, herunder affaldssorteringen, til et kommunalt fællesskab<sup>41</sup>. Sådanne kommuner vil - afhængig af omfanget af den til det kommunale fællesskab overdragne kompetence - alene kunne etablere større centrale sorteringsanlæg efter en ændring af vedtægterne for det kommunale fællesskab.

## **5.2 Selskabsdeltagelse efter kommunalfuldmagten**

Efter de kommunale tilsynsmyndigheders praksis gælder der en række betingelser for, at kommuner efter kommunalfuldmagtsreglerne kan deltage i selskaber. Betingelserne er:

1. at kommunen som udgangspunkt ikke må have bestemmende indflydelse i selskabet,
2. at selskabet som udgangspunkt ikke må have et erhvervsøkonomisk formål,
3. at lovgivningen ikke må være til hinder for, at opgaverne varetages i et selskab, og
4. at selskabet udelukkende må varetage lovlige kommunale opgaver.

Betingelserne er efter tilsynsmyndighedernes praksis kumulative og skal således alle være opfyldt for, at selskabsdeltagelse vil være lovlig efter kommunalfuldmagtsreglerne.

### **5.2.1 Forbud mod bestemmende indflydelse**

Det er fast antaget i de kommunale tilsynsmyndigheders praksis, at en kommune ikke må udskille opgavevaretagelsen og dertil knyttede kommunale midler i et selvstændigt selskab og samtidig bevare rådigheden over opgavevaretagelsen. Dette princip er i de kommunale tilsynsmyndigheders praksis udmøntet i et krav om, at en kommune ikke må have bestemmende indflydelse i et privatretligt selskab, jf. Indenrigsministeriets udtalelse nr. 9030 af 17. maj 1995.

I tilsynsmyndighedernes praksis anses bestemmende indflydelse for at foreligge, når en kommune besidder eller råder over mere end halvdelen af stemmerettighederne i et selskab.<sup>42</sup>

Forbuddet mod bestemmende indflydelse bygger på en fortolkning af kommunestyrelseslovens § 2, stk. 1, hvorefter en kommunes anliggender styres af kommunalbestyrelsen.<sup>43</sup> Begrundelsen for forbuddet mod bestemmende indflydelse er, at en kommune dermed ville bringe sin virksomhed uden for reglerne i kommunestyrelsesloven og anden offentligretlig lovgivning.

Efter Økonomi- og Indenrigsministeriets praksis kan kommuner have bestemmende indflydelse i selskaber, der varetager opgaver på forsyningsområdet eller med salg af biprodukter fra kommunal virksomhed.<sup>44</sup> Ved forsyningsvirksomhed forstås efter tilsynsmyndighedernes praksis også opgaver på affaldsområdet.

Det betyder, at en kommunal deltagelse efter kommunalfuldmagten i et privatretligt selskab, der skal stå for etablering af et større centralt sorteringsanlæg, ikke er til hinder for, at kommunen kan have bestemmende indflydelse i selskabet.

### **5.2.2 Forbud mod erhvervsøkonomisk formål**

Det er fast antaget i de kommunale tilsynsmyndigheders praksis, at der gælder et forbud mod, at kommuner varetager opgaver, der udelukkende eller overvejende har til formål at sikre kommunen en profit eller fortjeneste, jf. Indenrigsministeriets brev af 2. april 1996. Forbuddet hænger sammen

---

<sup>41</sup> Kommunestyrelseslovens § 60.

<sup>42</sup> Frederik Gammelgaard, Kommunal erhvervsvirksomhed, 2004, side 173.

<sup>43</sup> Lovbekendtgørelse nr. 1440 af 1. november 2010 om kommunernes styrelse.

<sup>44</sup> Inger Mogensen m.fl., Kommunalfuldmagtsreglerne i praksis, 2004, side 179.

med, at det antages ikke at være en kommunal opgave at varetage aktiviteter med overskud for øje. Det betyder, at et selskab med kommunal deltagelse som udgangspunkt ikke må være indrettet med henblik på at opnå fortjeneste.

På visse forsyningsområder håndteres dette forbud ved, at kommunale forsyningsvirksomheder er omfattet af hvile i sig selv-princippet, hvorefter omkostninger skal finansieres via en brugerbetaling, der ikke må indrettes således, at virksomheden oparbejder et over- eller underskud. Dette princip er for affaldsrådets vedkommende implementeret i miljøbeskyttelseslovens § 48 om fastsættelse af gebyrer på affaldsområdet. Over en årrække skal udgifter og indtægter balancere. Som en undtagelse fra forbuddet antages det i tilsynsmyndighedernes praksis, at udnyttelse af en kommunal overkapacitet samt salg af kommunal biproduktion skal ske til markedsprisen.<sup>45</sup>

I forhold til kommuners deltagelse i selskaber antages det i tilsynspraksis, at deltagerne i et selskab med kommunal deltagelse som udgangspunkt alene må modtage udbytte svarende til en normal forrentning af den investerede kapital. Sådanne bestemmelser om udbyttebegrænsning skal efter tilsynsmyndighedernes praksis fremgå af selskabets vedtægter eller af en ejerftale mellem samtlige aktionærer.<sup>46</sup> I praksis har tilsynsmyndighederne dog i enkelte tilfælde tilladt en højere udbyttebetaling, hvis der er en særlig økonomisk risiko forbundet med selskabets investeringer. Rækkevidden af denne undtagelse antages at være usikker.<sup>47</sup>

Denne begrænsning indebærer, at det i praksis kan være vanskeligt at tiltrække private aktører til at deltage som aktionærer i selskaber, når kommunen baserer sin deltagelse på kommunalfuldmagten. Der findes modeller for, at den eller de private aktionærer stilles på en måde, som alligevel er kommercielt attraktiv, men disse modeller er ofte komplicerede og kan give anledning til spørgsmål om overholdelse af kommunalfuldmagten. Det vil under alle omstændigheder være tilrådeligt, at sådanne modeller på forhånd drøftes med de kommunale tilsynsmyndigheder (Statsforvaltningen).

### 5.2.3 Lovgivningen til hinder for varetagelse i selskab

Det følger ligeledes af tilsynsmyndighedernes praksis, at kommuner ikke må deltage i et selskab, hvis det i lovgivningen er bestemt eller forudsat, at kommunen selv skal varetage den opgave, som ønskes varetaget i det pågældende selskab.

Det følger således af ombudsmands- og tilsynspraksis, at et selskab som udgangspunkt alene vil kunne løse opgaver, som har karakter af faktisk forvaltningsvirksomhed. Det vil sige, at en kommune ikke vil kunne overlade varetagelsen af myndighedsopgaver til et privatretligt selskab, medmindre en sådan delegation er hjemlet i lovgivningen.<sup>48</sup> Afgrænsningen mellem myndighedsopgaver og faktisk forvaltningsvirksomhed er ikke nærmere afklaret i myndighedspraksis. Det antages dog almindeligvis, at der ved myndighedsopgaver forstås den virksomhed, der består i at forberede og træffe afgørelser, samt udøvelsen af tvang over for borgerne, eksempelvis meddelelse af påbud, forbud mv.<sup>49</sup>

Endvidere kan det af den konkrete lovgivning fremgå, at en bestemt opgave *skal* løses af kommunen selv, og at opgaven dermed ikke vil kunne løses i et selskab oprettet på privatretligt grundlag. Afgørelsen heraf i et konkret tilfælde vil bero på en samlet vurdering af ordlyden af den pågældende lovgivning.<sup>50</sup>

<sup>45</sup> Inger Mogensen m.fl., Kommunalfuldmagtsreglerne i praksis, 2004, side 152 og 166.

<sup>46</sup> Frederik Gammelgaard, Kommunal erhvervsvirksomhed, 2004, side 166.

<sup>47</sup> Frederik Gammelgaard, Kommunal erhvervsvirksomhed, 2004, side 167.

<sup>48</sup> Karsten Revsbech, Kommunernes opgaver, 2010, side 205.

<sup>49</sup> Hans Gammeltoft-Hansen, Forvaltningsret, 2002, side 735.

<sup>50</sup> Karsten Revsbech, Kommunernes opgaver, 2010, side 237.

Miljøbeskyttelsesloven og affaldsbekendtgørelsen er ikke til hinder for, at kommuner organiserer kommunale sorteringsopgaver i privatretlige selskaber. I forbindelse med organiseringen heraf skal der dog tages højde for, at eventuelle myndighedsopgaver fortsat skal varetages i kommunerne og ikke må varetages i et eventuelt selskab.

#### **5.2.4 Lovlige kommunale opgaver**

I de kommunale tilsynsmyndigheders praksis antages det endvidere, at kommuner alene kan deltage i selskaber, der udelukkende varetager lovlige kommunale opgaver, jf. Indenrigsministeriets udtalelse af 11. juni 1990. Et selskab med kommunal deltagelse må således alene varetage opgaver, som kommunerne efter lovgivningen eller på ulovbestemt grundlag efter kommunalfuldmagtsreglerne kan varetage. For så vidt angår centrale sorteringsanlæg vil dette således være afgrænset af reglerne i miljøbeskyttelsesloven og affaldsbekendtgørelsen.

Som omtalt i afsnit 4 indebar lov nr. 513 af 12. juni 2009, at kommunale behandlingsanlæg ikke længere kunne dimensioneres efter behandling af kildesorteret erhvervsaffald til materialenyttiggørelse. Spørgsmålet er, om kommunalfuldmagtens uskrævede forbud mod kommunal erhvervsvirksomhed generelt er til hinder for nogen form for kommunal deltagelse i et sorteringsanlæg, som håndterer kildesorteret erhvervsaffald til materialenyttiggørelse. Det har ikke været muligt med sikkerhed at afklare dette spørgsmål. Eftersom kommunalfuldmagten viger for miljøbeskyttelsesloven og affaldsbekendtgørelsen, må det antages, at begrænsningen alene gælder for "kommunale behandlingsanlæg", men det er behæftet med betydelig usikkerhed, om kommuner eller kommunale fællesskaber kan deltage i ejerskabet af anlæg, der behandler kildesorteret erhvervsaffald til materialenyttiggørelse, eller i selskaber, der ejer sådanne anlæg.

Varetager et selskab opgaver, som en kommune ikke kan varetage selv, vil kommunen ikke kunne deltage finansielt i det pågældende selskab. Efter kommunestyrelseslovens § 68a vil kommunen dog kunne deltage ledelsesmæssigt i selskaber (kommunen kan udpege medlemmer til selskabsorganerne), der helt eller delvist varetager opgaver, som kommunen ikke selv vil kunne varetage forudsat, at kommunen har en saglig interesse heri.

### **5.3 Særligt om selskabsdeltagelse efter L548**

Lov nr. 548 af 6. august 2006 om kommuners udførelse af opgaver for andre offentlige myndigheder og kommuners og regioners deltagelse i selskaber indeholder hjemmel til, at kommuner under visse betingelser kan deltage i selskaber, der drives erhvervmæssigt. Loven omfatter kommuners deltagelse i selskaber, der driver virksomhed med køb og salg af produkter og tjenesteydelser, som bygger på kommunal viden oparbejdet i kommunen i forbindelse med varetagelsen af en kommunal opgave. Loven indeholder således adgang til, at kommuner - i særlige tilfælde og under særlige betingelser - kan deltage i selskaber udover den adgang, som følger af kommunalfuldmagten.

Kommuner kan kun deltage ledelsesmæssigt og finansielt i aktieselskaber, anpartsselskaber og andre selskaber med begrænset ansvar. Et 548-selskab kan derfor ikke være et interessentskab, et kommanditselskab eller et partnerselskab.<sup>51</sup> Dette gælder, uanset at der i et kommanditselskab og et partnerselskab også er deltagere, der kun har påtaget sig en begrænset hæftelse, da Erhvervsstyrelsens praksis ikke differentierer omfanget af den enkelte selskabsdeltagers hæftelse, men derimod ser på selskabsformen overordnet, og eftersom der er en komplementar i et kommanditselskab og i et partnerselskab, er disse selskabsformer ikke selskaber med begrænset hæftelse.<sup>52</sup>

<sup>51</sup> Erhvervs- og Selskabsstyrelsens skrivelse 30. oktober 2002 om Sluseholmen, jf. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen redegørelse fra marts 2007 om kommuner og amtskommuners deltagelse i erhvervsdrivende selskaber mv. side 38.

<sup>52</sup> Frederik Gammelgaard, Kommunal erhvervsvirksomhed, side 284.



Kommuner kan kun deltage i et 548-selskab gennem direkte indskud i selskabet. Det er ikke muligt at deltage indirekte via en juridisk person ejet af kommunen, jf. 548-lovens § 3, stk. 3.<sup>53</sup> Dog kan Erhvervsstyrelsen konkret tillade, at en kommune deltager indirekte i et 548-selskab.

Hvis kommunen tidligere har udliciteret den pågældende aktivitet, kan aktiviteten ikke efterfølgende overlades til et 548-selskab, hvori den pågældende kommune deltager, medmindre særlige omstændigheder taler derfor, jf. 548-lovens § 3, stk. 1, 3. pkt. Deltager flere kommuner i 548-selskabet, er det afgørende, om flertallet af de deltagende kommuner har haft aktiviteten udliciteret eller ej.

548-loven indeholder ikke geografiske begrænsninger for kommunens muligheder for at deltage i de selskabsformer, loven omfatter. Lokalitetsprincippet finder således ikke anvendelse på kommuners deltagelse i 548-selskaber.

548-selskaber kan drive erhvervsvirksomhed med fortjeneste for øje, hvorved selskabsdeltagerne har mulighed for at opnå et økonomisk udbytte, der overstiger en normal forrentning af indskudskapitalen.<sup>54</sup>

L548 indeholder desuden en række begrænsninger og betingelser for kommunens mulighed for at deltage i selskaber, hvoraf de vigtigste er:

- Lovgivningen må ikke være til hinder for udskillelsen
- Forbud mod bestemmende indflydelse
- Krav om at private ejer mindste 25 % af kapitalen og stemmerettighederne
- Højest 50 % af omsætningen må stamme fra salg til andre end kommuner
- Krav om, at selskabets produkter og tjeneste ydelser bygger på kommunal viden, som er udskilt til selskabet fra kommunen
- Krav om direkte deltagelse

Endvidere er det en forudsætning for en kommunes eller et kommunalt fællesskabs deltagelse i et 548-selskab, at lovgivningen ikke er til hinder for deltagelsen, jf. lovens § 1. Det betyder, at problemstillingen, som er omtalt ovenfor, om kommuners deltagelse i selskaber om anlæg, der behandler kildesorteret erhvervsaffald til materialenyttiggørelse, også kan være relevant i forhold til deltagelse i et 548-selskab, jf. afsnit 5 og afsnit 6.2.4.

### **5.3.1 Lovgivningen må ikke hindre udskillelsen**

En aktivitet, som efter lov skal udøves af den kommunal forvaltning, kan ikke udskilles til et 548-selskab. Denne betingelse svarer til betingelsen omtalt under punkt 5.2.3.

### **5.3.2 Bestemmende indflydelse**

Efter 548-lovens § 3, stk. 4, kan en kommune ikke deltage i et 548-selskab, hvis kommunen ved sin deltagelse opnår bestemmende indflydelse. Bestemmelsen skal fortolkes i overensstemmelse med koncerndefinitionen i selskabsloven. Der er ikke noget til hinder for, at der i 548-selskabet deltager flere kommuner eller regioner, dog må betingelsen for minimumsomfanget af privat deltagelse respekteres. Der gælder ikke som for deltagelse efter kommunalfuldmagten en undtagelse for forsyningsvirksomhed efter loven, og der er heller ikke i loven hjemmel til at meddele dispensation fra denne betingelse.

<sup>53</sup> Erhvervs- og Selskabsstyrelsen skrivelse fra marts 2007 om kommuner og amtskommuners deltagelse i erhvervsdrivende selskaber mv. side 13.

<sup>54</sup> Frederik Gammelgaard, Kommunal erhvervsvirksomhed, side 299 og Karsten Revsbech, Kommunernes opgaver, side 213.

Det betyder, at en kommunes deltagelse efter 548-loven i et selskab, der skal stå for etablering af et større centralt sorteringsanlæg, forudsætter, at kommunen ikke har bestemmende indflydelse.

### **5.3.3 Privat deltagelse**

Hvis en kommune skal kunne deltage finansielt og/eller ledelsesmæssigt i et 548-selskab inden for rammerne af 548-loven, skal mindst 25 % af selskabets aktiekapital og stemmerettigheder besiddes af private ejere, jf. 548-lovens § 4, stk. 1. Erhvervsstyrelsen kan dog efter 548-lovens § 4, stk. 4, dispensere fra betingelsen om privat deltagelse. Det må antages, at adgangen til at opnå dispensation er begrænset.

### **5.3.4 Omsætningens sammensætning**

Et 548-selskab må højst opnå 50 % af omsætningen, beregnet gennemsnitligt over de 3 forudgående regnskabsår, fra salg til andre end kommuner, jf. 548-lovens § 5, stk. 1. Dog kan Erhvervsstyrelsen konkret meddele dispensation for denne begrænsning.

Det betyder, at en kommunes deltagelse efter 548-loven i et selskab, som skal stå for etablering af et større centralt sorteringsanlæg, forudsætter, at mindst 50 % af omsætningen opnås fra behandlingen af affald for kommuner eller kommunale fællesskaber.

### **5.3.5 Kommunal viden**

Det følger af 548-lovens § 3, stk. 1, at kommunerne kun kan deltage i selskaber omfattet af loven, hvis selskabet driver virksomhed med henblik på salg af produkter og tjenesteydelser, der bygger på kommunal viden, som er oparbejdet i kommunen i forbindelse med løsning af kommunale opgaver, eller videreudvikling af sådan viden.<sup>55</sup>

Det følger endvidere af § 3, stk. 1, at den kommunale viden skal være oparbejdet i kommunen i forbindelse med løsning af kommunale opgaver. Vurderingen af, om der indgår kommunal viden i selskabet, skal foretages konkret på baggrund af kommunens opgavevaretagelse før udskillelsen til selskabet.

Der skal være en relevant og saglig sammenhæng mellem 548-selskabets aktiviteter og den indskudte kommunale viden. Et 548-selskab må som udgangspunkt ikke drive anden virksomhed end salg af den kommunale viden eller produkter og tjenesteydelser, der bygger på den kommunale viden. Der kan dog sammen med den kommunale viden afsættes dermed nært sammenhængende privat viden, og produkter og tjenesteydelser, der bygger på en sådan viden, jf. 548-loven § 3, stk. 2.

Denne betingelse betyder, at kommunal deltagelse efter 548-loven i et selskab, der skal stå for etablering af et større centralt sorteringsanlæg, forudsætter, at kommunen indskyder kommunal viden, som er oparbejdet i kommunen i forbindelse med løsning af kommunale opgaver, og at denne har en vis tættere sammenhæng med de opgaver, som selskabet skal drive. Det er vanskeligt generelt at konkludere, om denne betingelse vil være opfyldt, men dette må bero på en konkret vurdering i det enkelte tilfælde.

### **5.3.6 Krav om direkte deltagelse**

Lov nr. 548 giver udelukkende hjemmel til, at kommuner og regioner kan deltage i selskaber, og loven er på den baggrund mindre relevant for kommunale fællesskaber. Kommuners indirekte deltagelse gennem kommunale fællesskaber er ikke omfattet. Det betyder, at kommunale

---

<sup>55</sup> Karsten Revsbech, Kommunernes opgaver, 2010, side 227. Frederik Gammelgaard, Kommunal erhvervsvirksomhed, side 324-325.

fællesskaber som udgangspunkt ikke har den samme adgang til at deltage i aktieselskaber efter loven som enkelte kommuner.

Lovens § 3, stk. 3, indeholder dog en adgang til, at Erhvervsstyrelsen kan give tilladelse til, at kommunale fællesskaber deltager i selskaber på grundlag af lovens regler, hvis væsentlige forhold taler for deltagelsen.<sup>56</sup> Det må antages, at kommunale fællesskaber, der efter deres vedtægter har ansvaret for de kommunale sorteringsopgaver, vil kunne opnå tilladelse til efter 548-loven at deltage i selskaber, som skal stå for etablering af større centrale sorteringsanlæg. I så fald må det kommunale fællesskaber heller ikke have bestemmende indflydelse, selvom hver af de deltagende kommuner ikke har bestemmende indflydelse i det kommunale fællesskab.

#### **5.4 Lokalitetsprincippet**

Lokalitetsprincippet er udtryk for, at kommunen inden for rammerne af kommunalfuldmagten som udgangspunkt kun kan påtage sig opgaver, som i geografisk henseende er begrænset til kommunens område. Det betyder, at kommunen skal varetage kommunens interesser og de opgaver, som påhviler kommunen, og at den ikke kan påtage sig at løse opgaver, der ikke interesse-mæssigt er knyttet til kommunens område.<sup>57</sup>

Det betyder formentlig, at en kommune ikke kan påtage sig at løse sorteringsopgaven ved at dimensionere et centralt sorteringsanlæg efter, at det skal modtage affald fra andre kommuner, medmindre væsentlige relevante modhensyn taler herfor, og de kommuner, som får udført disse opgaver, opkræves de direkte og indirekte omkostninger forbundet med opgavens udførelse.

Selvom lokalitetsprincippet har mindre vægt end andre af kommunalfuldmagtens principper, og det således må vige, når væsentlige hensyn taler herfor, må udgangspunktet være, at et kommunalt sorteringsanlæg skal finansieres af de kommuner, som afleverer kommunalt affald til sorteringsanlægget.

En undtagelse hertil er kommunale fællesskaber, som efter miljøbeskyttelseslovens § 49 antages at være undtaget fra lokalitetsprincippet.<sup>58</sup> Kommunale fællesskaber vil således kunne etablere centrale sorteringsanlæg, som modtager affald, der ikke stammer fra interessentkommunernes opland.

#### **5.5 Lånebekendtgørelsen**

Økonomi- og Indenrigsministeriet har i medfør af kommunestyrelsesloven fastsat bekendtgørelse nr. 68 af 25. januar 2013 om kommunernes låntagning og meddelelse af garantier mv. Bekendtgørelsen indeholder regler om kommuners adgang til at optage lån, samt om hvilke lån der skal henregnes til kommunernes låntagning.

Det fremgår af lånebekendtgørelsens § 3, stk. 1, nr. 3, at den del af et selskabs låntagning, som kan henføres til en kommune, skal henregnes til kommunens låntagning. Det betyder, at selskabets låntagning skal henregnes til ejerkommunens låntagning i forhold til det forholdsmæssige ejerskab.

Ligeledes følger det af lånebekendtgørelsens § 3, stk. 1, nr. 7, at indgåelse af leje- eller leasingaftaler om benyttelse af ejendomme, lokaler mv., hvis etablering kan sidestilles med en kommunal

---

<sup>56</sup> Erhvervsstyrelsen gav i 2007 afslag på dispensation i henhold til lovens § 3, stk. 3, til en kommune, der gennem et kommunalt helejet selskab ville udvikle viden om vandforsyning med henblik på eksport. Afslaget blev begrundet med henvisning til, at det af lovens bemærkninger fremgår, at dispensationshjemlen vil blive brugt til kommunale organisationers deltagelse i tværoffentlige digitaliseringsprojekter, hvor der er store perspektiver, og hvor et offentligt-privat samarbejde vurderes at have store positive konsekvenser for den offentlige sektors opgaveløsning og effektivitet.

<sup>57</sup> Karsten Revsbech, Kommunernes opgaver, 2010, side 59-61.

<sup>58</sup> Indenrigs- og Sundhedsministeriets udtalelse af 9. januar 2002 og Miljøstyrelsens udtalelse af 5. december 2011.

anlægsopgave skal henregnes til en kommunes låntagning. Det betyder, at en kommunes indgåelse af en OPP-aftale vedrørende etablering af et centralt sorteringsanlæg skal henregnes til kommunens låntagning.

Endvidere følger det af bekendtgørelsens § 2, at en kommunes adgang til i et kalenderår at optage lån svarer til summen af visse typer udgifter og visse typer lån. Det fremgår af bekendtgørelsens § 2, stk. 1, nr. 4, at der automatisk genereres en låneramme for kommunale investeringsudgifter til renovation m.v.

Det fremgår ikke klart af lånebekendtgørelsens ordlyd, om der også automatisk genereres en låneramme for kommunale udgifter afholdt i kommunalt ejede selskaber til de formål, som fremgår af bekendtgørelsens § 2, stk. 1. Økonomi- og Indenrigsministeriets praksis bekræfter, at selskabers lånoptagelse til aktiviteter, der er omfattet af lånebekendtgørelsens § 2, stk. 1, ikke belaster den enkelte kommunes låneramme.

Det betyder, at kommuners deltagelse i OPS, OPP eller OP A/S om større centrale sorteringsanlæg som udgangspunkt ikke vil påvirke kommunernes låneramme.

## 5.6 Hovedkonklusioner

Hovedkonklusionerne kan opsummeres som følgende:

Kommuner kan som udgangspunkt frit organisere etableringen af et større centralt sorteringsanlæg.

Efter kommunalfuldmagten kan kommuner dog ikke deltage i selskaber eller samarbejder med erhvervsøkonomisk formål. Selskabet må som udgangspunkt alene dimensioneres efter at varetage affaldsopgaver for den eller de deltagende kommuner, medmindre det er begrundet i fælleskommunal opgavevaretagelse i medfør af miljøbeskyttelseslovens § 49, stk. 2.

Efter 548-loven vil der være muligt for kommunen at etablere sorteringsanlægget i et selskab med erhvervsøkonomisk formål, forudsat at selskabet baseres på kommunal viden. Det er endvidere en forudsætning, at en kommune ikke har bestemmende indflydelse, og at der er mindst 25 % privat deltagelse, samt at højst 50 % af omsætningen stammer fra andre end kommuner. Erhvervsstyrelsen kan dispensere fra kravene.

Behandling af kildesorteret erhvervsaffald til materialenyttiggørelse er som udgangspunkt ikke længere en kommunal opgave. Det har ikke været muligt med sikkerhed at afklare, om dette helt afskærer kommuner og kommunale fællesskaber fra at deltage i ejerskabet af anlæg, som dimensioneres efter at behandle kildesorteret erhvervsaffald til materialenyttiggørelse. Det er vurderingen, at begrænsningen som udgangspunkt alene gælder for "kommunale behandlingsanlæg", men det er behæftet med betydelig usikkerhed, om der er tilstrækkelig hjemmel til, at kommuner eller kommunale fællesskaber kan deltage i ejerskabet af anlæg, der behandler kildesorteret erhvervsaffald til materialenyttiggørelse, eller i selskaber, der ejer sådanne anlæg.

# 6. Udbudsretlige forhold

## 6.1 Offentlig opgaveudførelse ved hjælp af interne eller eksterne ressourcer

En ordregivende myndighed kan vælge, om den vil udføre en opgave, og dermed opfylde et behov, ved hjælp af sine egne tjenestegrene, eller om den vil indgå kontrakt med en virksomhed (en økonomisk aktør) herom. Denne frihed for en ordregivende myndighed til at tilrettelægge sin opgaveudførelse er ikke reguleret af udbudsdirektivet.<sup>59 60</sup>

Medfører en ordregivende myndigheds tilrettælgelse af opgaveudførelsen, at der skal indgås en offentlig kontrakt i udbudsretlig forstand, vil indgåelsen af denne kontrakt derimod være reguleret af udbudsdirektivet, hvis kontraktens genstand er omfattet af direktivet, og hvis værdien af kontrakten overstiger udbudsdirektivets relevante tærskelværdi.<sup>61</sup> En eventuel udbudspligt afhænger altså af såvel kvalitative som kvantitative forhold.

Medfører tilrettæggelsen af en ordregivende myndigheds opgaveudførelse derimod ikke, at der skal indgås en offentlig kontrakt, er forholdet ikke reguleret af udbudsdirektivet.

Dette gælder for det første i tilfælde, hvor opgaveudførelsen sker internt hos en ordregivende myndighed, idet der i dette tilfælde ikke indgås nogen offentlig kontrakt, jf. udbudsdirektivets definition.<sup>62</sup> Dette forhold benævnes *klassisk in house*.

For det andet gælder det, at indgåelse af aftaler om opgaveudførelse mellem en ordregivende myndighed og en enhed, der er juridisk adskilt herfra, i visse tilfælde ikke er reguleret af udbudsdirektivet. Den grundlæggende tanke bag denne undtagelse, der er udviklet i retspraksis fra EU-Domstolen, er at en ordregivende myndighed og en virksomhed, der er juridisk adskilt fra myndigheden, kan have en så nær tilknytning, at den konkrete kontrakttildeling til den juridisk adskilte virksomhed svarer til en aftale om intern opgaveudførelse inden for myndigheden. Dette forhold benævnes *udvidet in house*.

### 6.1.1 Særligt om udvidet in house

Den nære tilknytning, der er en betingelse for, at en ordregivende myndighed uden udbud kan tildele en kontrakt til en virksomhed, der juridisk er adskilt fra myndigheden, har i retspraksis

---

<sup>59</sup> Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 2004-03-31 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (2004/18). Reglerne i forsyningsvirksomhedsdirektivet (Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 2004-03-31 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester (2004/17)) vil ikke blive behandlet i det følgende, fordi etablering og drift af affaldssorteringsanlæg ikke vedrører aktiviteter inden for sektorerne energi, vand, transport eller post og dermed ikke udgør forsyningsvirksomhed sådan som dette begreb er defineret i forsyningsvirksomhedsdirektivet. Reglerne i forsyningsvirksomhedsdirektivet finder derfor ikke anvendelse i denne sammenhæng.

<sup>60</sup> Tidligere fandtes der i kommunestyrelseslovens § 62, litra e, en bemyndigelse for ministeren til, for kommuners vedkommende, at fastsætte regler om pligt til konkurrenceudsættelse. Denne bestemmelse er ophævet pr. 1. maj 2012.

<sup>61</sup> Tærskelværdierne for regionale og kommunale kontrakter udgør i 2013 kr. 1.489.820 (varer og tjenesteydelser) og kr. 37.245.500 (bygge- og anlæg).

<sup>62</sup> Se artikel 1, stk. 2, litra a.

udmøntet sig i to kumulative kriterier.<sup>63</sup> Formålet med disse kriterier er navnlig at undgå konkurrencefordrejning.

Den første betingelse er, at den ordregivende myndighed skal underkaste den virksomhed, der indgås en kontrakt med, en kontrol, som svarer til den kontrol, myndigheden fører med sine egne tjenestegrene; det såkaldte *kontrolkriterium*.

Den anden betingelse er, at den virksomhed, der indgås kontrakt med, skal udføre hovedparten af sin virksomhed sammen med den eller de ordregivende myndigheder, den ejes af; det såkaldte *opgaveudførelseskriterium* (undertiden også benævnt virksomhedskriteriet).

Anvendelsesområdet for direkte kontrakttildeling med hjemmel i udvidet in house skal generelt fortolkes indskrænkende, og bevisbyrden for, at de to ovennævnte kriterier er opfyldte, påhviler den ordregivende myndighed, der har tildelt eller påtænker at tildele en ellers udbudspligtig kontrakt uden anvendelse af udbudsdirektivets regler.<sup>64</sup>

### 6.1.1.1 Kontrolkriteriet

For så vidt angår opfyldelsen af kontrolkriteriet er det et grundlæggende krav, at den ordregivende myndighed (eller de ordregivende myndigheder) udøver en sådan kontrol med virksomheden, at myndigheden har bestemmende indflydelse på både strategiske målsætninger og øvrige vigtige beslutninger inden for virksomheden. Der stilles altså krav om kvalificeret kontrol. Normalt vil en sådan kontrol foreligge, hvis den ordregivende myndighed ejer kapitalen og er repræsenteret i virksomhedens ledelse og/eller bestyrelse, eller hvis det på anden måde sikres, at virksomheden ikke kan træffe vigtige beslutninger uden myndighedens indflydelse.

Det har ikke selvstændig betydning for opfyldelsen af kontrolkriteriet, hvilken retlig form virksomheden antager. Kontrolkriteriet kan derfor være opfyldt i relation til en virksomhed i eksempelvis selskabsform, da det afgørende for opfyldelsen af kontrolkriteriet er, at kontrollen svarer til den kontrol, den ordregivende myndighed fører med sine egne tjenestegrene. Der gælder derimod intet krav om, at den kontrol, der føres, skal være *identisk* med myndighedens kontrol af egne tjenestegrene.

Kontrolkriteriet kan opfyldes ved, at kontrollen med virksomheden udøves af flere ordregivende myndigheder i fællesskab,<sup>65</sup> og en ejerandel for den enkelte ordregivende myndighed på ned til 0,25 % af virksomheden er i praksis blevet anset for tilstrækkelig til opfyldelse af kriteriet.<sup>66</sup>

Opfyldelse af kontrolkriteriet kræver dermed ikke, at der er tale om individuel kontrol fra den ordregivende myndighed, der konkret tildeler en opgave til virksomheden.

Delvist privat ejerskab er uforeneligt med opfyldelse af kontrolkriteriet, og delvist privat ejerskab udelukker derfor under alle omstændigheder, at kontrolkriteriet kan være opfyldt.<sup>67 68</sup> Dette gælder, uanset om den private ejers andel kun er en minoritetsandel, og uanset hvilke nærmere forhold vedrørende virksomhedens beslutninger der måtte være aftalt mellem henholdsvis de offentlige og private ejere.<sup>69</sup>

<sup>63</sup> Domstolens dom af 18. november 1999 i sag C-107/98, *Teckal*, præmis 50.

<sup>64</sup> Domstolens dom af 6. april 2006 i sag C-410/04, *ANAV*, præmis 26.

<sup>65</sup> Domstolens dom af 18. november 1999 i sag C-107/98, *Teckal*, præmis 50.

<sup>66</sup> Domstolens dom af 19. april 2007 i sag C-295/05, *Asemfo/Tragsa*, præmis 60.

<sup>67</sup> Domstolens dom af 11. januar 2005 i sag C-26/03, *Stadt Halle*, præmis 49.

<sup>68</sup> Se om denne problemstilling i relation til OPP- og OP A/S-scenarierne nærmere under afsnit 6.4 nedenfor.

<sup>69</sup> Se dog afsnit 6.6 nedenfor om den mulighed for privat kapitalanbringelse, der under visse betingelser er åbnet op for med forslaget til nyt udbudsdirektiv.

Vurderingen af kontrolkriteriets opfyldelse skal foretages på tidspunktet for den direkte kontrakttildeling. Hvis der allerede på dette tidspunkt består et delvist privat ejerskab til den pågældende virksomhed, er det som nævnt under alle omstændigheder udelukket, at kontrolkriteriet kan være opfyldt. Hvis der på tildelingstidspunktet ikke består et delvist privat ejerskab, men der er konkret udsigt til dette, og udsigten er snarligt forestående, skal situationen behandles som om, at det delvist private ejerskab allerede bestod. Derimod udelukker den blotte mulighed for privat ejerskab i virksomheden ikke, at kontrolkriteriet kan opfyldes, når blot der ikke er en konkret og snarlig udsigt til en sådan åbning for privat medejerskab.<sup>70</sup>

Etableres der i kontraktens løbetid et delvist privat ejerskab i virksomheden, uden at dette var konkret og snarligt forestående på kontrakttildelingstidspunktet, vil dette udgøre en grundlæggende ændring, der nødvendiggør afholdelse af en udbudsprocedure.<sup>71</sup> Dette kan fortolkes sådan, at der reelt gælder et krav om, at kontrolkriteriet skal være opfyldt i hele kontraktens løbetid.

### 6.1.1.2 Opgaveudførelseskriteriet

For så vidt angår opfyldelsen af opgaveudførelseskriteriet er det et grundlæggende krav, at den virksomhed, der uden udbud tildeles en kontrakt, hovedsagligt skal udføre sin virksomhed (aktivitet) sammen med den eller de ordregivende myndigheder, der ejer virksomheden. Det betyder, at den virksomhed (aktivitet), der udføres sammen med andre end de ejende myndigheder, kun må være af marginal karakter.

Karakteren af den virksomhed, der udøves sammen med den ordregivende myndighed, skal vurderes på baggrund af alle kvalitative og kvantitative omstændigheder.<sup>72</sup>

Er en virksomhed ejet af flere ordregivende myndigheder, kan opgaveudførelseskriteriet opfyldes ved, at virksomheden udfører hovedparten af sin virksomhed (aktivitet) sammen med samtlige de ordregivende myndigheder.<sup>73</sup>

Opfyldelse af opgaveudførelseskriteriet kræver altså ikke – hvor virksomheden ejes af flere ordregivende myndigheder – at hovedparten af virksomhedens aktiviteter udføres sammen med netop den ordregivende myndighed, der konkret uden udbud tildeler virksomheden en kontrakt. Det betyder, at den enkelte ordregivende myndighed i relation til opfyldelsen af opgaveudførelseskriteriet kan lukrere på den samlede virksomhed (aktivitet), som virksomheden udfører sammen med sin ejerkreds af ordregivende myndigheder.

Der kan ikke på forhånd opstilles nogen fast tærskel for, hvor megen virksomhed (aktivitet) – eksempelvis målt på omsætning – den selvstændige juridiske virksomhed skal udføre sammen med sine ejere, for at dette udgør hovedparten.

Den generelle opfattelse er dog, at opgaveudførelseskriteriet i hvert fald vil være opfyldt, hvis mindst 90 % af virksomheden (aktiviteten) udføres sammen med den eller de ejende ordregivende myndighed(er).<sup>74 75</sup>

<sup>70</sup> Domstolens dom af 10. september 2009 i sag C-573/07, *Sea*, præmis 51.

<sup>71</sup> Domstolens dom af 10. september 2009 i sag C-573/07, *Sea*, præmis 53.

<sup>72</sup> Domstolens dom af 11. maj 2006 i sag C-340/04, *Carbotermo*, præmis 64.

<sup>73</sup> Domstolens dom af 11. maj 2006 i sag C-340/04, *Carbotermo*, præmis 70 og 71.

<sup>74</sup> Domstolens dom af 19. april 2007 i sag C-295/05, *Asemfo/Tragsa*, præmis 63.

<sup>75</sup> Udbudsdirektivet indeholder ikke en bestemmelse, der svarer til forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 23, stk. 3, hvorefter mindst 80 % af den gennemsnitlige omsætning over en periode på tre år er tilstrækkelig til at anse en virksomhed for en "tilknyttet" virksomhed, hvormed en ordregivende myndighed uden iagttagelse af forsyningsvirksomhedsdirektivets regler kan indgå kontrakter.

Ved beregningen af den virksomhed (i form af omsætning), der udføres sammen med de ejende ordregivende myndigheder, skal der tages hensyn til hele den omsætning, virksomheden opnår i kraft af beslutninger, der er truffet af de ejende myndigheder.<sup>76</sup> Sondringen mellem intern virksomhed (udført sammen med de ordregivende myndigheder) og ekstern virksomhed/omsætning i virksomheden kan dog være vanskelig at foretage i praksis, og hverken den foreliggende praksis fra EU-Domstolen<sup>77</sup> eller forslaget til nyt udbudsdirektiv giver klare retningslinjer for den nærmere afgrænsning.

### 6.1.1.3 Eneretstildeling og horisontale samarbejder

Som et supplement til undtagelsen vedrørende in house-kontrakter giver udbudsdirektivets artikel 18 mulighed for offentlig opgavevaretagelse og –fordeling mellem forskellige ordregivende myndigheder uden krav om gennemførelse af EU-udbud. Bestemmelsens anvendelsesområde er begrænset til *tildeling af enerettigheder i relation til udførelse af tjenesteydelser*, og da bestemmelsen har karakter af en undtagelsesbestemmelse skal anvendelsesområdet generelt fortolkes indskrænkende.

Det er for det første en betingelse, at den part, der udfører opgaven, selv er en ordregivende myndighed og dermed er forpligtet til at overholde udbudsdirektivets regler ved indgåelsen af offentlige kontrakter.

For det andet er det en betingelse, at opgaven udføres på baggrund af en rettighed, der er tildelt den udførende part på eksklusivt grundlag. Denne betingelse indebærer, at den enkelte ordregivende myndighed, der ønsker at anvende bestemmelsen, ikke kan tildele retten til at udføre de samme opgaver til mere end én anden opgaveudførende part. Konsekvensen heraf er, at enhver form for konkurrence om opgaveudførelsen er udelukket.

Det er for det tredje en betingelse, at eneretten til udførelsen af opgaven er tildelt i medfør af lovgivning eller offentliggjorte administrative bestemmelser. Betingelsen angår selve eneretten, og ikke tildelingen af denne. Administrative bestemmelser kan fx være et kommunalt regulativ eller ministerielle bekendtgørelser og cirkulærer.

Endelig er det for det fjerde en betingelse, at de love eller administrative bestemmelser, der tildeler eneretten til den opgaveudførende part, skal være i overensstemmelse med EUF-Traktaten, herunder særligt traktatens konkurrenceregler.

Såfremt de fire ovennævnte betingelser alle er opfyldte, vil der altså i det offentlige scenarie med hjemmel i udbudsdirektivets artikel 18 uden udbud kunne tildeles kontrakter om affaldssortering fra kommunerne til selskabet, selvom kriterierne for in house-tildeling ikke er opfyldte.

EU-Domstolen har endvidere anerkendt, at ordregivende myndigheder kan indgå i samarbejde om varetagelsen af opgaver af public service-karakter, der indebærer, at udførelsen af sådanne opgaver overlades til en anden ordregivende myndighed uden iagttagelse af udbudsdirektivets regler.<sup>78</sup> Denne form for samarbejde benævnes *horisontalt samarbejde*.

<sup>76</sup> Domstolens dom af 11. maj 2006 i sag C-340/04, *Carbotermo*, præmis 65-67.

<sup>77</sup> Se fx Domstolens dom af 18. december 2007 i sag C-220/06, *Asociación (Correos)*, hvor opgaveudførelseskriteriet ikke var opfyldt i relation et 100 % offentligt ejet aktieselskab, da selskabet ikke udførte hovedparten af sin virksomhed sammen med hverken det spanske ministerium for kultur og sport eller med den offentlige administration i almindelighed. Selskabet udførte derimod posttjenester for et ubestemt antal kunder som modtagere af disse posttjenester og var herefter i konkurrence med andre postvirksomheder på det spanske postmarked, jf. præmis 59-62 i dommen, samt Domstolens dom af 11. maj 2006 i sag C-340/04, *Carbotermo*.

<sup>78</sup> Domstolens dom af 9. juni 2009 i sag C-480/06, *Kommissionen mod Tyskland*, Domstolens dom af 19. december 2012 i sag C-159/11, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce* og Domstolens dom af 21. februar 2013 i sag C-111/12, *Ministerio per i beni e le attività culturali m.fl. mod Ordine m.fl.* Se tillige Domstolens dom af 13. juni 2013 i sag C-386/11, *Piepenbrock*, præmis 37 og 38.



Direkte tildeling af kontrakter mellem ordregivende myndigheder forudsætter for det første, at formålet med samarbejdet er gensidigt at sikre en fælles gennemførelse af en public service-opgave. I den nævnte dom fra EU-Domstolen var den konkrete public service-opgave bortskaffelse af affald, og det er muligt, at også sortering af affald fra private på tilsvarende vis udgør en public service-opgave for kommunerne.

For det andet forudsætter et horisontalt samarbejde, at der ikke mellem de deltagende myndigheder sker finansielle overførsler ud over refusion af omkostningerne til den af myndighederne, der udfører public service-opgaven på vegne af de øvrige myndigheder. Den udførende myndighed må således ikke opnå fortjeneste ved at deltage i samarbejdet, men er alene berettiget til at blive godtgjort sine omkostninger. Dette følger af, at selve formålet med samarbejdet skal være de hensyn og krav, som er knyttet til forfølgelsen af public service-målsætninger. Der skal således foreligge et reelt samarbejde.

Ligesom ved udvidet in house gælder det for horisontale samarbejder, at enhver form for privat deltagelse er udelukket.<sup>79</sup>

På baggrund af denne domstolsskabte adgang til horisontalt samarbejde mellem ordregivende myndigheder kan det – baseret på en konkret vurdering af, om de to ovennævnte betingelser er opfyldte – udbudsretligt være muligt for andre kommuner end den eller de kommuner, der ejer affaldssorteringsanlægget, uden udbud at indgå aftale med anlægget om affaldssortering.

Hjemlen for opgavetildeling på baggrund af udbudsdirektivets artikel 18 eller som led i et horisontalt samarbejde må antages for snæver.<sup>80</sup> Der må derfor i hvert enkelt tilfælde foretages en konkret vurdering af hjemlen i forhold til det relevante scenarie og de faktuelle forhold, der gør sig gældende. Da der således vanskeligt kan siges noget generelt om anvendelsen af artikel 18 eller horisontale samarbejder i relation til de fem udvalgte scenarier i denne rapport, er spørgsmålet ikke genstand for yderligere behandling her.

### 6.1.2 Offentligt udbud og begrænset udbud

Spørgsmålet om valg af udbudsprocedure aktualiseres i tilfælde af, at myndigheden ikke kan eller ikke ønsker at foretage en direkte kontrakttildelelse. Da indgåelse af offentlige kontrakter uden forudgående udbud som nævnt er undtagelsen, vil en ordregivende myndighed ved langt hovedparten af sine kontraktindgæelser (som overstiger udbudsdirektivets tærskelværdi) skulle foretage udbud og dermed træffe valg af udbudsprocedure med hjemmel i direktivet.

En ordregivende myndighed kan i medfør af udbudsdirektivet frit vælge mellem udbudsprocedurene offentligt og begrænset udbud.

Den grundlæggende forskel mellem et offentligt og et begrænset udbud er, at hvor enhver interesseret virksomhed ved et offentligt udbud har adgang til at afgive tilbud, er denne adgang ved et begrænset udbud alene forbeholdt en på forhånd udvalgt (prækvalificeret) kreds af virksomheder.

<sup>79</sup> Domstolens dom af 19. december 2012 i sag C-159/11, *Azienda Sanitaria Locale de Lecce*, præmis 35.

<sup>80</sup> Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen anfører i en vejledende udtalelse af 1. oktober 2012 vedrørende det fælleskommunale affaldsselskab L90s indgåelse af aftaler om bortskaffelse af forbrændingsegnet affald, at det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at anvendelsesområdet for dommen *Kommissionen mod Tyskland* er begrænset. For så vidt angår L90s konkrete aftaleindgåelse fandt Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, at aftalernes formål alene var at løse et konkret kapacitetsproblem for L90 (og dermed ikke at sikre en fælles gennemførelse af en public service-opgave) med den konsekvens, at der ikke var tale om et reelt samarbejde. Klagenævnet for Udbud har ved kendelse af 10. februar 2014, *Sønderborg Affald A/S mod Affaldsregion Nord I/S*, taget stilling til, om en aftale vedrørende samarbejde mellem Affaldsregion Nord I/S og Trekantsrådets Affaldsselskab I/S om sidstnævntes håndtering af førstnævntes forbrændingsegnete affald, opfyldte betingelserne for at udgøre et horisontalt samarbejde. Klagenævnet for Udbud afviste dette med henvisning til, at den indgåede aftales primære formål var at sikre bortskaffelse af det forbrændingsegnete affald, som Affaldsregion Nord I/S ikke selv havde kapacitet til at bortskaffe. Aftaleindgåelsen udgjorde herefter ikke et gensidigt samarbejde om en fælles public service-opgave.

Prækvalifikationen af egnede virksomheder til tilbudsafgivelse skal ske på baggrund af objektive og ikke-diskriminerende kriterier, der offentliggøres i udbudsbekendtgørelsen. Der skal som udgangspunkt prækvalificeres mindst fem virksomheder, og der kan fastsættes et maksimalt antal, der vil blive prækvalificeret.

Hvis den offentlige kontrakt, der skal indgås, indebærer behov for nært samarbejde, herunder i relation til projektering, forskning og udvikling, mellem den ordregivende myndighed og virksomheden, vil det i mange tilfælde være oplagt at lade en prækvalifikationsfase gå forud for selve tilbudsafgivelsen.

Ved således at anvende udbudsproceduren begrænset udbud kan det – i hvert fald i et vist omfang – sikres, at de virksomheder, der afgiver tilbud på kontrakten, også reelt, på baggrund af en række kriterier for prækvalifikation opstillet af den ordregivende myndighed, besidder de nødvendige kvalifikationer for at udgøre en tilfredsstillende og attraktiv samarbejdspartner for myndigheden.

Omvendt vil det i tilfælde, hvor den offentlige kontrakt ikke forudsætter et sådant krævende samarbejde, og hvor det således i højere grad alene er prisen eller kvaliteten af det produkt, der skal leveres, der er i højsædet, kunne være mere oplagt at give en bredere kreds af virksomheder adgang til at afgive tilbud og dermed anvende udbudsproceduren offentligt udbud.

Selve kontrakttildelingen skal foregå ud fra enten kriteriet laveste pris eller kriteriet det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Dette gælder for både begrænset og offentligt udbud.

### **6.1.3 Konkurrencepræget dialog**

Udbudsprocedurerne offentligt og begrænset udbud kan opleves som uflexible set fra såvel et ordregiver- som et tilbudsgiverperspektiv. Dette kan særligt være en udfordring ved indgåelse af kontrakter, der omfatter komplicerede faktuelle, juridiske og økonomiske forhold. Den manglende fleksibilitet skyldes, at der ved såvel offentligt som begrænset udbud gælder et ubetinget forbud for den ordregivende myndighed mod at føre forhandlinger med de virksomheder, der aktuelt eller potentielt er tilbudsgivere.

I erkendelse af blandt andet denne manglende fleksibilitet indeholder udbudsdirektivet hjemmel for anvendelse af særlige procedurer, hvorefter der inden for visse rammer er åbnet adgang til forhandling mellem parterne. Disse udbudsprocedurer kan alene anvendes, hvis en række nærmere betingelser konkret er opfyldt. Anvendelsesområdet for undtagelsesprocedurerne skal generelt fortolkes indskrænkende, og det er den ordregivende myndighed, der påberåber sig, at betingelserne er opfyldt, der bærer bevisbyrden for dette (jf. herom også ovenfor om anvendelse af den udvidede in house-regel).

I relation til den offentlige kontraktindgåelse i forbindelse med etableringen og driften af et affaldssorteringsanlæg er det særligt udbudsproceduren konkurrencepræget dialog, der påkalder sig interesse.

Fordelen ved konkurrencepræget dialog er, at den ordregivende myndighed som led i en dialogfase får mulighed for at inddrage de prækvalificerede virksomheders ekspertise og knowhow til at nå frem til den bedste tekniske, økonomiske og/eller juridiske løsning på myndighedens konkrete behov.

En konkurrencepræget dialog er i princippet et begrænset udbud, hvor der mellem prækvalifikationen af egnede virksomheder og tilbudsafgivelsen er indskudt en fase, hvor den ordregivende myndighed kan drøfte samtlige aspekter af kontrakten med de prækvalificerede. Denne fase benævnes dialogfasen. På baggrund af drøftelserne i dialogfasen identificerer

myndigheden en løsning, der kan opfylde myndighedens behov og danne grundlag for afgivelse af tilbud, hvorefter de prækvalificerede virksomheder opfordres til at afgive tilbud på denne løsning. Kontrakttildelingen ved konkurrencepræget dialog sker altid ud fra kriteriet det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Konkurrencepræget dialog som udbudsprocedure kan kun bringes i anvendelse, hvis den kontrakt, der skal indgås, er *særligt kompleks*.<sup>81</sup>

Det fremgår direkte af udbudsdirektivet, at en kontrakt anses for at være *særligt kompleks*, når den ordregivende myndighed ikke er i stand til objektivt at præcisere de tekniske vilkår, der kan opfylde myndighedens behov og formål og/eller ikke er i stand til objektivt at præcisere de retlige og/eller finansielle forhold i forbindelse med et projekt.<sup>82</sup>

Ifølge præambelen til direktivet kan en sådan situation navnlig foreligge i forbindelse med udførelsen af visse integrerede transportinfrastrukturprojekter, store edb-net og projekter, der indebærer en kompleks, struktureret finansiering, hvis finansielle og juridiske forhold ikke kan fastsættes i forvejen.<sup>83</sup>

Som et yderligere fortolkningsbidrag til afgrænsningen af anvendelsesområdet kan fremhæves Kommissionens *explanatory note* vedrørende konkurrencepræget dialog, hvorefter teknisk kompleksitet blandt andet kan foreligge, når det ikke på forhånd kan afgøres hvilken af flere mulige løsninger, der bedst opfylder ordregiverens behov. Juridisk eller finansiell kompleksitet kan ifølge Kommissionen også foreligge, når kontrakten har karakter af et OPP, når det ikke kan afgøres hvilken kontraktform, der vil være mest anvendelig, eller når vederlaget kan fastsættes på forskellig måde.<sup>84</sup>

Klagenævnet for Udbud har i en række kendelser taget stilling til, om betingelsen om en særligt kompleks kontrakt var opfyldt, ligesom Østre Landsret i en nyligt afsagt dom har udtalt sig om spørgsmålet. På baggrund af denne praksis kan følgende retningslinjer udledes:

- Anvendelse af konkurrencepræget dialog er ikke begrænset til tilfælde af absolut umulighed for anvendelse af de traditionelle udbudsprocedurer.<sup>85</sup>
- De ordregivende myndigheder kan udøve et vist – begrænset – skøn ved vurderingen af, om betingelserne for at anvende proceduren er opfyldte.<sup>86</sup>
- Det har betydning, om der tidligere har været udført projekter i Danmark, der svarer til det projekt, der konkret ønskes udbudt i konkurrencepræget dialog.<sup>87</sup>
- Det forhold, at man ved løsningen af en konkret opgave skal forholde sig til et allerede etableret system, kan ikke i sig selv medføre, at opgaven i teknisk henseende anses for særligt kompleks.<sup>88</sup>
- Det taler med betydelig vægt imod at antage, at en objektiv præcisering af kontraktvilkårene for så vidt angår tekniske, retlige og/eller finansielle forhold ikke er mulig, hvis andre ordregivende myndigheder har udbudt opgaver i tilsvarende art og omfang i almindelige udbud.<sup>89</sup>

<sup>81</sup> Jf. udbudsdirektivets artikel 29, stk. 1.

<sup>82</sup> Jf. udbudsdirektivets artikel 1, stk. 11, litra c, 2. led.

<sup>83</sup> Jf. 31. betragtning.

<sup>84</sup> Explanatory Note – Competitive Dialogue – Classic Directive, CC/2005/04 of 05.10.2005.

<sup>85</sup> Kendelse af 8. januar 2008, WAP Wöhr Automatikparksysteme GmbH & Co med Ørestadsparkering A/S, s. 21.

<sup>86</sup> Kendelse af 8. januar 2008, WAP Wöhr Automatikparksysteme GmbH & Co med Ørestadsparkering A/S, s. 22.

<sup>87</sup> Kendelse af 8. januar 2008, WAP Wöhr Automatikparksysteme GmbH & Co med Ørestadsparkering A/S, s. 22 og Østre Landsrets dom af 13. maj 2013 i sag B-569-08, Hans Damm Research A/S mod Erhvervsstyrelsen m.fl., s. 379.

<sup>88</sup> Kendelse af 1. november 2010, P-Nordic ApS mod Aalborg Kommune, s. 6.

<sup>89</sup> Ibidem.

- Det trækker i retning af at anse en kontrakt for særligt kompleks, hvis udbuddet både formelt og reelt er teknologineutralt, da dette gør det vanskeligere på forhånd at opstille en teknisk kravspecifikation.<sup>90</sup>

## **6.2 Udbudsretlig analyse af de udvalgte scenarier**

### **6.2.1 Affaldssortering som udbudspligtig anskaffelse**

I det følgende behandles alene den kontraktindgåelse om levering af affaldssorteringsydelser, der finder sted efter etableringen af affaldssorteringsanlægget. Kontrakter om udførelse af bygge- og anlægsarbejde, der indgås i forbindelse med selve etableringen af anlægget, behandles således ikke her.

Værdien af en kontrakt om affaldssortering, der indgås mellem den enkelte kommune og selskabet bag affaldssorteringsanlægget, må formodes at overstige tærskelværdien på kr. 1.489.820, og affaldssortering udgør en fuldt udbudspligtig bilag IIA-tjenesteydelse i udbudsdirektivet.<sup>91</sup>

### **6.2.2 Det offentlige scenarie**

Det offentlige scenarie kan udspille sig sådan, at en enkelt kommune etablerer og driver affaldssorteringsanlægget som en division inden for denne kommunes drift eller sådan, at en række kommuner i fællesskab etablerer og driver anlægget inden for rammerne af et selskab, der er en selvstændig juridisk person.<sup>92</sup> Der tages indledningsvist udgangspunkt i, at en række kommuner i fællesskab etablerer og driver affaldssorteringsanlægget i selskabsform.

#### **6.2.2.1 Klassisk in house**

I et scenarie, hvor en enkelt kommune etablerer og driver affaldssorteringsanlægget som en division inden for denne kommunes drift, vil relationen mellem kommunen og anlægget være at betragte som klassisk in house, og der vil uden forudgående udbud kunne indgås aftale om anlæggets opgaveudførelse for kommunen, da der ikke er tale om indgåelse af en offentlig kontrakt i udbudsdirektivets forstand.

#### **6.2.2.2 Udvidet in house**

Hvis det offentlige scenarie udspiller sig sådan, at en række kommuner i fællesskab etablerer og driver anlægget inden for rammerne af et selskab, der er en selvstændig juridisk person, vil dette selskab udgøre en fra kommunerne juridisk adskilt virksomhed, og derfor vil de enkelte kontrakter mellem kommunerne og selskabet om levering af affaldssorteringsydelser alene kunne indgås uden udbud, hvis betingelserne for udvidet in house er opfyldte, jf. ovenfor.<sup>93</sup>

I relation til kontrolkriteriet vil etableringen af selskabet bag affaldssorteringsanlægget i forhold til udbudsreglerne kunne ske på en sådan måde, at kommunerne kan underkaste dette selskab en kontrol, der svarer til den kontrol, kommunerne fører med sine egne tjenestegrene. En sådan kontrol kunne eksempelvis opnås ved, at kommunerne er repræsenteret i selskabets ledelse, samtidig med at det sikres, at selskabet ikke reelt får adgang til egenhændigt at træffe vigtige beslutninger, herunder i relation til selskabets strategiske målsætninger, jf. også ovenfor.

---

<sup>90</sup> Østre Landsrets dom af 13. maj 2013 i sag B-569-08, *Hans Damm Research A/S mod Erhvervsstyrelsen m.fl.*, s. 379.

<sup>91</sup> Omfattet af kategori 16, "Kloakering og affaldsbortskaffelse: rensning og lignende tjenesteydelser".

<sup>92</sup> Fx et aktie- eller anpartsselskab eller et fællesskommunalt aktieselskab eller interessentskab.

<sup>93</sup> Udbudsdirektivets artikel 18 hjemler endvidere mulighed for, at der kan tildeles en kontrakt fra en ordregivende myndighed til en anden ordregivende myndighed eller en sammenslutning af ordregivende myndigheder uden afholdelse af udbud, hvor dette sker på grundlag af en eksklusiv rettighed, der er tildelt i henhold til love eller administrative bestemmelser.

I relation til opgaveudførelseskriteriet kan vurderingen af, om dette vil være opfyldt, være behæftet med usikkerhed. Som anført ovenfor er den generelle opfattelse, at mindst 90 % af selskabets/anlæggets virksomhed formentlig skal udføres sammen med de kommuner, der ejer anlægget. Således må den andel af anlæggets omsætning, der hidrører fra andre end de ejende kommuner maksimalt udgøre 10 % for at ligge inden for rammerne af marginal omsætning, og det må antages, at meget taler for, at opgaveudførelseskriteriet er opfyldt, hvis en sådan ekstern omsætning holdes under 10 %.

Den nærmere fordeling mellem intern og ekstern virksomhed/omsætning kan som nævnt ovenfor<sup>94</sup> generelt være vanskelig at beregne. Dette vil også for affaldssorteringsanlæggets vedkommende være tilfældet, da der blandt andet vil skulle tages stilling til, om den omsætning, der relaterer sig til anlæggets videresalg af det sorterede affald, kan medregnes i den interne omsætning som følge af, at salget af affaldet er en konsekvens af beslutninger truffet af kommunerne (de ordregivende myndigheder) eller om salget udgør ekstern omsætning, der i så fald alene må have marginalt omfang. Såfremt det sidste måtte være tilfældet, kan opgaveudførelseskriteriet vise sig vanskeligt at opfylde, alt efter størrelsen af omsætningen fra videresalg. Der kan ikke konkluderes noget generelt om omsætningsberegningen, der må foretages konkret i det enkelte tilfælde.

### **6.3 OPS-scenariet**

Dette scenarie er kendetegnet ved, at affaldssorteringsanlægget etableres og finansieres af én eller flere kommuner, hvorefter driften af anlægget overlades til en privat virksomhed, der er juridisk og organisatorisk adskilt fra kommunerne.<sup>95</sup>

Scenariet rejser i udbudsretlig henseende derfor i første ombæring spørgsmålet om rammerne for indgåelse af kontrakten mellem kommunerne (anlæggets ejere) og en privat virksomhed om driften af anlægget. Dernæst rejser scenariet spørgsmålet om de udbudsretlige rammer for indgåelse af kontrakter om levering af sorteringsydelser fra anlægget (som nu drives i privat regi).

I relation til en kontrakt om driften af anlægget må det antages, at en sådan kontrakt alene kan indgås på baggrund af en af udbudsdirektivets sædvanlige udbudsprocedurer; offentligt eller begrænset udbud. Der vil således formentlig ikke være forhold, der indikerer, at en kontrakt om driften af affaldssorteringsanlægget har den fornødne kompleksitet til at udbudsproceduren konkurrencepræget dialog kan bringes i anvendelse.

Driftskontrakten vil heller ikke på baggrund af udvidet in house kunne indgås uden udbud, da hverken kontrol- eller opgaveudførelseskriteriet vil være opfyldt i relationen mellem kommunerne og den private virksomhed, der skal drive anlægget.

Hvorvidt de efterfølgende tjenesteydelseskontrakter om sortering af kommunernes affald vil kunne indgås på baggrund af udvidet in house afhænger af udfaldet af den vurdering af opfyldelsen af kriterierne herfor, der er behandlet i afsnit 6.2.2.2 ovenfor, da det offentlige scenarie og OPS-scenariet på dette punkt er ens. Hvis denne vurdering måtte falde sådan ud, at kriterierne for direkte kontrakttildeling på baggrund af udvidet in house ikke er opfyldte, vil den enkelte kommune eller de samlede kommuner alene kunne tildele disse tjenesteydelseskontrakter efter afholdelse af offentligt eller begrænset udbud.<sup>96</sup>

Kontrakterne om henholdsvis driften af anlægget og de efterfølgende affaldssorteringsydelser vil formentlig kunne udbydes og indgås samlet. I givet fald vil samtlige vilkår vedrørende såvel driften som affaldssorteringen skulle være fastlagt i udbudsbetingelserne.

<sup>94</sup> Se afsnit 6.1.1.2 med note 17.

<sup>95</sup> Anlægget udgør også i dette scenarie en selvstændig juridisk person.

<sup>96</sup> Konkurrencepræget dialog forekommer heller ikke her at være en farbar vej.

## 6.4 De offentlig-private scenarier (OPP og OP A/S)

Det gælder som fællestræk ved OPP- og OP A/S-scenarierne, at der indgår privat ejerskab af affaldssorteringsanlægget. I OPP-scenariet er der tale om et fuldstændigt privat ejerskab, mens der i OP A/S-scenariet muligvis kan blive tale om et begrænset privat ejerskab.

Det betyder, jf. også afsnit 6.1.1.1 ovenfor, at kontraktindgåelse mellem kommunerne og anlægget i disse scenarier ikke kan ske uden udbud som udvidet in house uanset graden af det private ejerskab.

Kontraktindgåelsen skal herefter foregå efter afholdelse af udbud i form af offentligt udbud, begrænset udbud eller – hvis betingelserne herfor er opfyldte - konkurrencepræget dialog.

Ligeledes gælder det som fællestræk for OPP- og OP A/S-scenarierne, at de kontrakter, der indgås mellem kommunerne og affaldssorteringsanlægget, udover levering af affaldssorteringssydelser indeholder elementer vedrørende etablering og drift af anlægget. Ved hvert af disse scenarier er der altså tale om, at kommunerne og en virksomhed indgår en samlet kontrakt, der regulerer såvel forhold i forbindelse med etableringen af anlægget (herunder finansiering og drift) som forhold i forbindelse med anlæggets virksomhed efter etableringen (leveringen af affaldssorteringssydelser), og det bliver herefter særligt relevant, om disse forhold medfører, at en sådan samlet kontrakt kan anses som værende særligt kompleks. Hvis dette er tilfældet, vil et udbud nemlig kunne iværksættes som en konkurrencepræget dialog. Meget taler for, at udbudsproceduren konkurrencepræget dialog kan anvendes (jf. retningslinjerne ovenfor).

Der har ikke tidligere været opført lignende større centrale affaldssorteringsanlæg i Danmark eller udbudt kontrakter herom.

Endvidere vil det trække i retning af en adgang til anvendelse af konkurrencepræget dialog, hvis den kontrakt, der udbydes er teknologineutral – på den måde forstået, at der ikke ved udbuddet opstilles krav om anvendelse af bestemte tekniske løsninger eller af et bestemt teknisk system. Der skal dog være tale om reelle vanskeligheder ved på forhånd at opstille den tekniske kravspecifikation (medmindre andre forhold i sig selv kan berettige anvendelsen).

Betingelsen om en særligt kompleks kontrakt forekommer mest nærliggende at kunne opfyldes ved OPP-scenariet. Kommissionens *explanatory note* vedrørende konkurrencepræget dialog nævner eksplicit OPP-kontrakter som eksempel på kontrakter af juridisk eller finansiell kompleksitet. Det er ikke udelukket, at en OP A/S-kontrakt kan have den fornødne kompleksitet, men bedømmelsen heraf vil i højere grad kræve en nærmere analyse af de specifikke forhold ved en sådan kontrakt. I denne analyse vil der særligt skulle tages hensyn til § 3, stk. 1, i L 548<sup>97</sup>, der åbner adgang for kommunal deltagelse<sup>98</sup> i selskaber, der driver virksomhed med henblik på salg af produkter og tjenesteydelser, som bygger på kommunal viden, der er oparbejdet i kommunen i forbindelse med løsningen af kommunale opgaver, eller videreudvikling af sådan viden. Kommunal selskabsdeltagelse skal altså i medfør af L 548 være baseret på en kommunal viden, oparbejdet i kommunen under nogle bestemte forudsætninger, og dette krav kunne i forhold til et udbud af en kontrakt i OP A/S-scenariet som konkurrencepræget dialog kolliderer med kravet om, at den udbudte kontrakt skal være *særligt kompleks*.

Princippet i § 3, stk. 1, i L 548 er således, at kommunal selskabsdeltagelse efter loven skal bygge på en viden, der faktisk er oparbejdet i kommunen ved udførelsen af kommunale opgaver. Princippet i udbudsdirektivets artikel 29, stk. 1, er, at konkurrencepræget dialog alene kan anvendes ved særligt

<sup>97</sup> Lov 2006-06-08 nr. 548 om kommuners udførelse af opgaver for andre offentlige myndigheder og kommuners og regioners deltagelse i selskaber.

<sup>98</sup> Finansiell og ledelsesmæssig.

komplekse kontrakter, hvilket i praksis blandt andet vurderes ud fra det niveau af viden, den ordregivende myndighed har om den genstand, der konkret skal anskaffes. Lidt forenklet sagt bygger kommunal selskabsdeltagelse efter L 548 altså på, at der skal foreligge en specifik viden, mens anvendelse af konkurrencepræget dialog (som et moment blandt flere) bygger på, at der i et vist omfang ikke skal foreligge en specifik viden. Der skal derfor foretages en tilbundsående analyse og sammenstilling af de to nævnte lov- og direktivbestemmelser og hensynene bag disse med henblik på at fastlægge, om de konkret i forhold til anvendelse af konkurrencepræget dialog ved OP A/S-scenariet udelukker hinanden.

I relation til OP A/S-scenariet vil det formentlig være i overensstemmelse med udbudsdirektivet, at udvælgelsen af den private selskabsdeltager og tildelingen af den offentlige kontrakt om levering af affaldssorteringsydelser sker ved et samlet udbud. Det er dog i den sammenhæng en betingelse, at dette samlede udbud omfatter såvel de selskabsretlige forhold – vedrørende selskabets vedtægter, aktionæraftaler mellem parterne mv. – som de kontraktretlige forhold – vedrørende kontraktpartnerens økonomiske og tekniske kvalifikationer, oplysninger om kontraktgenstanden, valg af tildelingskriterium mv.<sup>99</sup>

Det skal endelig have for øje, at alene kontrakter, der har været forudsat i det oprindelige udbudsmateriale, kan tildeles OP A/S'et uden efterfølgende udbud, ligesom der alene vil kunne ændres i den samlede kontrakt uden afholdelse af udbud, hvis sådanne ændringer er forudset i udbudsmaterialet, eller hvis ændringerne ikke er væsentlige.

## **6.5 Særligt om varigheden af kontrakter, der indgås**

Der gælder ikke i medfør af udbudsdirektivet nogen legal varighed for offentlige kontrakter. Direktivets artikel 32, stk. 2, fastsætter dog for *rammeaftaler* en legal varighed på maksimalt fire år.

Når formålene med, og hensynene bag, udbudsdirektivet – som blandt andet er at sikre tilstrækkelig konkurrence om offentlige kontrakter – tages i betragtning, og når disse forhold holdes sammen med den foreliggende praksis om spørgsmålet fra Klagenævnet for Udbud og domstolene, kan det imidlertid udledes, at en varighed af en offentlig kontrakt på mere end 3-5 år som hovedregel bør kunne begrundes konkret af økonomiske og/eller tekniske omstændigheder, der ikke er særegne for den konkrete ordregivende myndighed.

Som eksempel på en sådan kontrakt, hvor varigheden kunne udstrækkes betydeligt længere end de anførte 3-5 år på grund af særlige tekniske omstændigheder kan nævnes den kontrakt, Klagenævnet for Udbud tog stilling til ved kendelse af 5. november 2003.<sup>100</sup> Sagen angik, hvad der i udbudsbetingelserne blev betegnet som et funktionsudbud, vedrørende vedligeholdelse af vejnettet i Rønnede Kommune i en 14-årig periode med option på forlængelse med tre år.

Klagenævnet for Udbud fandt, at en funktionskontrakt som den foreliggende med en løbetid, der modsvarede en vejs gennemsnitlige levetid, kunne betragtes som en anlægs-/driftsinvestering med afsluttende afleveringsforretning, og at kontraktens længde var i overensstemmelse med udbudsdirektivet. Klagenævnet for Udbud bemærkede dog, at kontrakter om bygge- og anlægsarbejder kun kan indgås for en længere årrække, når valget af den pågældende kontraktperiode er begrundet i økonomisk-tekniske forhold vedrørende det pågældende bygge- og anlægsarbejde, og ikke i konkrete forhold hos den ordregivende myndighed.

For så vidt angår varigheden af de kontrakter, der skal indgås mellem kommunerne og affaldssorteringsanlægget, vil disse – særligt i OPP- og OP A/S-scenarierne – have en sådan

<sup>99</sup> Domstolens dom af 15. oktober 2009 i sag C-106/08, *Acoset*, præmis 63.

<sup>100</sup> Klagenævnet for Udbuds kendelse af 5. november 2003, *Tilsynsrådet Statsamtet Storstrøm mod Rønnede Kommune*.

teknisk-økonomisk karakter, at varigheden vil kunne udstrækkes længere end de 3-5 år, der som anført er hovedreglen. Økonomiske forhold vil formentlig i sig selv kunne berettige dette, da det forekommer vanskeligt at skulle formå en privat virksomhed at engagere sig, afholde væsentlige omkostninger og påtage sig en ikkeubetydelig risiko, hvis gevinsten ved dette alene ville blive en kontrakt om affaldssortering med begrænset varighed.

## 6.6 Forslaget til nyt udbudsdirektiv

EU's ministerråd har den 11. februar 2014 vedtaget det nye udbudsdirektiv (afløseren for direktiv 2004/18). Det nye udbudsdirektiv kommer til at danne grundlag for en dansk udbudslov, der fortsat er under behandling.

Selvom det nye udbudsdirektiv som nævnt først bliver en del af dansk ret, når den nye udbudslov er færdigbehandlet og vedtaget i Folketinget (implementeringsfristen er 24 måneder), udgør det nye direktiv allerede på nuværende tidspunkt et væsentligt fortolkningsbidrag til forståelsen af gældende ret. Dette hænger blandt andet sammen med, at det nye direktiv – ifølge Kommissionen – på visse områder kodificerer gældende ret og det nye direktiv bør derfor under alle omstændigheder kunne lægges til grund som væsentligt bidrag til fortolkningen af gældende ret på disse områder.

Der lægges i det nye direktiv op til en detailregulering af såvel udvidede in house-forhold som horisontale samarbejder, ved at direktivets artikel 12 opstiller de nærmere betingelser for, hvornår kontrakter med baggrund i disse – indtil videre – domstolsskabte undtagelser kan tildeles uden udbud.

I relation til udvidet in house kodificerer artikel 12, stk. 1, litra a og b, de allerede gældende kontrol- og opgaveudførelseskriterier. Opgaveudførelseskriteriet lempes dog i forhold til den hidtidige generelle opfattelse, idet bestemmelsen for det første fastslår, at kriteriet vil være opfyldt, hvis 80 % af virksomhedens aktiviteter udføres sammen med den eller de ordregivende myndigheder, der ejer virksomheden. For det andet lempes opgaveudførelseskriteriet ved, at der i beregningen af de aktiviteter, der udføres sammen med den eller de ordregivende myndigheder også skal indgå aktiviteter, som virksomheden udfører for andre juridiske personer, når disse juridiske personer også kontrolleres af den eller de ordregivende myndigheder, der ejer virksomheden.<sup>101</sup>

For så vidt angår horisontale samarbejder, kodificerer direktivforslagets artikel 12, stk. 4, litra a-c, i vidt omfang de relevante præmisser i EU-Domstolens dom i *Kommissionen mod Tyskland*, der under visse betingelser åbnede for adgangen til horisontale samarbejder uden iagttagelse af udbudspligt.<sup>102</sup> Nyt i relation hertil er det imidlertid, at der med artikel 4, stk. 4, litra c, indføres en grænse på 20 % for de deltagende myndigheders omsætning på det relevante frie marked.

Sammenfattende indeholder det nye direktiv på nogle af de områder, der er relevante i forhold til denne rapport, kodificeringer, visse præciseringer og i et vist omfang tillige lempelser af den praksis fra EU-Domstolen, der på nuværende tidspunkt er udtryk for gældende ret.

<sup>101</sup> Endelig fastslås det i direktivforslagets artikel 12, stk. 1, litra c, at privat ejerskab i virksomheden ikke længere under alle omstændigheder udelukker, at betingelserne for udvidet in house kan være opfyldte. Der må dog fortsat ikke være nogen direkte privat kapitalandel i virksomheden med undtagelse af ikkekontrollerende eller ikkeblokerende former for private kapitalandele krævet i henhold til nationale lovbestemmelser, jf. traktaterne, som ikke udøver en afgørende indflydelse på det kontrollerede virksomhed, og det må derfor antages, at den praktiske betydning af denne lempelse er minimal i hvert fald for danske forholds vedkommende.

<sup>102</sup> Domstolens dom af 9. juni 2009 i sag C-480/06, *Kommissionen mod Tyskland*.



## 6.7 Hovedkonklusioner

Hovedkonklusionerne kan opsummeres som følgende:

Det udbudsretlige udgangspunkt er, at kontrakter, der indgås mellem kommunerne og anlægget om sortering af affald, vil udgøre offentlige kontrakter vedrørende indkøb af en fuldt udbudspligtig tjenesteydelse. Kommunerne kan derfor alene tildele kontrakter til anlægget, hvis det sker på baggrund af udbud.

Visse af de fem scenarier indebærer imidlertid mulighed for, at dette udgangspunkt modificeres, sådan at kontrakter alligevel kan tildeles direkte fra kommunerne til anlægget uden afholdelse af udbud. Disse muligheder for direkte tildeling forudsætter dog, at en række nærmere betingelser konkret er opfyldte.

Sagt lidt forenklet vil inddragelsen af private aktører ved driften af anlægget betyde, at mulighederne, for uden udbud at tildele kontrakter til anlægget, formindskes. Således udelukker delvist privat ejerskab i hvert fald mulighederne for direkte kontrakttildeling som udvidet in house og som led i et horisontalt samarbejde mellem kommunerne.

I de scenarier, hvor affaldssorteringskontrakterne ikke vil kunne tildeles fra kommunerne til anlægget uden udbud, og hvor udgangspunktet om fuld udbudspligt dermed er gældende, konkluderer rapporten, at meget taler for, at udbudsproceduren konkurrencepræget dialog i hvert fald i OPP-scenariet vil kunne anvendes.

Det må antages at være mindre sandsynligt, at konkurrencepræget dialog kan anvendes i OP A/S-scenariet, men det er formentlig ikke udelukket. I denne forbindelse skal der særligt tages hensyn til, og foretages en vurdering af, snitfladerne mellem udbudsdirektivets betingelser for anvendelse af konkurrencepræget dialog og betingelserne for kommunal selskabsdeltagelse i § 3, stk. 1, i lov 548.

I OPS-scenariet, hvor der alene vil være tale om et udbud af driften af anlægget, forekommer det ikke sandsynligt, at betingelserne for anvendelse af konkurrencepræget dialog er opfyldte.

# 7. Statsstøtteretlige forhold

Statsstøttereglerne fremgår af EUF-traktatens<sup>103</sup> artikel 107 og 108 samt konkurrencelovens<sup>104</sup> § 11a. Efter begge regelsæt er der tale om statsstøtte, når følgende betingelser alle er opfyldt:

1. Der skal ydes en økonomisk fordel
2. Støttemodtager skal udføre en økonomisk aktivitet
3. Fordelen skal ydes ved hjælp af statsmidler
4. Fordelen skal tilfalde "visse virksomheder eller visse produktioner" (kravet om selektivitet)
5. Støtten skal fordreje eller true med at fordreje konkurrencevilkårene
6. Samhandelen mellem medlemsstater skal kunne påvirkes<sup>105</sup>

Disse betingelser er kort omtalt i afsnit 7.1 nedenfor.

Hvis der foreligger statsstøtte, skal denne som udgangspunkt anmeldes til og godkendes af EU-Kommissionen, der har enekompetence til at godkende statsstøtte omfattet af EUF-traktatens regler.<sup>106</sup> Konsekvenserne af, at der måtte være tale om statsstøtte er kort omtalt i afsnit 7.2 nedenfor.

I analyseafsnittet (afsnit 7.3 og 7.4) er skitseret nogle af de væsentligste statsstøtteretlige overvejelser, som opførelsen af et affaldssorteringsanlæg vil give anledning til, både i relation til statsstøtedefinitionen og mulighed for at få en sådan støtte godkendt af Kommissionen. Disse overvejelser er kort opsummeret i slutningen af kapitlet.

Uanset hvilken model, der påtænkes anvendt, anbefales det forinden at få foretaget en nærmere statsstøtteretlig undersøgelse, ligesom det i alle tilfælde bør overvejes at forelægge sagen for EU-Kommissionen.

## 7.1 Hvornår foreligger der statsstøtte?

### 7.1.1 Der skal ydes en økonomisk fordel

Ved vurderingen af, om der ydes en økonomisk fordel anvendes normalt det såkaldte markedsøkonomiske investorprincip, ifølge hvilket det må undersøges, om de offentlige myndigheder agerer som en fornuftig privat markedsinvestor, der driver virksomhed på normale markedsøkonomiske vilkår, og som er drevet af rentabilitetsudsigter. Hvis dette er tilfældet, er der ikke ydet en statsstøtteretlig fordel.

<sup>103</sup> Traktat om den Europæiske Unions Funktionsmåde.

<sup>104</sup> Lovbekendtgørelse nr. 700 af 18. juni 2013 af konkurrenceloven.

<sup>105</sup> Denne betingelse fremgår ikke af konkurrencelovens § 11a.

<sup>106</sup> Hvis støtte alene er omfattet af konkurrencelovens regler (dvs. når samhandelen ikke påvirkes), vil støtte skulle godkendes af den relevante ressortmyndighed i Danmark, jf. konkurrencelovens § 11a, stk. 3.

### 7.1.1.1 Særligt om anvendelse af lånegarantier

Offentlige lånegarantier kan – ligesom offentlige lån til en favorabel rente - indebære en økonomisk fordel for låntager, fordi de sætter låntageren i stand til at opnå bedre lånevilkår, end hvad denne ellers ville have opnået på de finansielle markeder, fx i form af en lavere rente.

Ifølge Kommissionens garantimeddelelse fra 2008<sup>107</sup> vil en markedsøkonomisk investor normalt kun yde en garanti på følgende kumulative betingelser:

1. Låntageren er ikke en kriseramet virksomhed.
2. Garantien størrelse kan måles korrekt på det tidspunkt, hvor garantien ydes. Dette indebærer, at garantien skal være knyttet til en bestemt finansiell transaktion, være fastsat til et bestemt maksimumbeløb og være tidsbegrænset.
3. Garantien højst dækker 80 % af de enkelte udestående lån eller andre finansielle forpligtelser. Denne norm gælder dog ikke garantier, der er dækket af gældsbeviser.<sup>108</sup> Normen gælder heller ikke garantier, der ydes for at finansiere virksomheder, som under visse betingelser har fået overdraget tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, når disse udgør dens eneste aktiviteter, og når garantien stilles af den offentlige myndighed, som har overdraget virksomheden at udføre disse aktiviteter.
4. Der betales en markedspris for garantien.<sup>109</sup>

Den omstændighed, at en garanti ikke opfylder alle fire betingelser er ikke nødvendigvis ensbetydende med, at garantien udgør statsstøtte. Hvis betingelserne ikke er opfyldt, fx fordi der ikke betales en markedskonform garantiprovision, anbefaler Kommission imidlertid, at der sker anmeldelse til Kommissionen med henblik på at få dennes statsstøtteretlige stillingtagen.

### 7.1.1.2 Særligt om finansieringen af public service ydelser

Når det markedsøkonomiske investorprincip ikke er opfyldt, er det stadig muligt at udelukke eksistensen af en økonomisk fordel og dermed statsstøtte, hvis der er tale om finansiering af en public service ydelse, idet følgende kriterier alle skal være opfyldt, jf. sag C-280/00, Altmark Trans:

1. Den begunstigede virksomhed skal være pålagt at opfylde en klart defineret public service forpligtelse
2. De kriterier, der er grundlaget for beregningen af kompensationen, er blevet fastlagt på forhånd på en objektiv og gennemsigtig måde.
3. Kompensationen må ikke overstige, hvad der er nødvendigt for helt eller delvis at dække de udgifter, der er afholdt ved opfyldelsen af forpligtelserne til offentlig tjeneste, idet der skal tages hensyn til de hermed forbundne indtægter og til en rimelig fortjeneste ved opfyldelsen af forpligtelserne.
4. Udvælgelsen af public service virksomheden skal enten gennemføres inden for rammerne af et udbud eller vederlaget skal fastsættes på baggrund af en effektivt drevet virksomheds omkostninger.

<sup>107</sup> Kommissionens meddelelse om anvendelsen af EF-traktatens artikel 87 og 88 på statsstøtte i form af garantier, EUT 2008, C 155, side 10. Se meddelelsens punkt 3.2.

<sup>108</sup> Ved gældsbeviser skal der ifølge Kommissionen forstås "obligationer eller andre former for omsættelige gældsinstrumenter bortset fra værdipapirer, der kan sidestilles med aktier i selskaber, eller værdipapirer, som, hvis de konverteres, eller de dertil knyttede rettigheder udøves, giver ret til at erhverve aktier eller værdipapirer, der kan sidestilles med aktier", jf. garantimeddelelsens note 7 og artikel 2, stk. 1, litra b) i direktiv 2004/109/EF. Baggrunden for 80 % grænsen er beskrevet således, at "[h]vis en finansiell forpligtelse dækkes fuldt ud af en statsgaranti, mener Kommissionen, at långiveren er mindre motiveret til at vurdere, sikre og mindske risikoen i forbindelse med lånetransaktionen og især til at foretage en ordentlig vurdering af låntagerens kreditværdighed. På grund af manglende ressourcer foretager den statslige garant måske ikke altid en sådan risikovurdering. Dette manglende incitament til at mindske risikoen for, at lånet ikke indfries, kunne få långiverne til at yde lån med en kommerciel risiko, der er højere end normalt, således at andelen af højrisikogarantier i statens portefølje øges."

<sup>109</sup> I garantimeddelelsens punkt 3.2.d. er der nærmere redegjort for, hvad der skal forstås ved markedsprisen.

### **7.1.2 Støttemodtager skal udføre en økonomisk aktivitet**

Statsstøttere reglerne gælder kun, når der ydes en fordel til virksomheder. EU-Domstolen har konsekvent defineret virksomheder som enheder, der udøver økonomisk aktivitet, *uanset deres retlige form og finansieringsmåde*.<sup>110</sup> Det er således underordnet, om aktiviteten udøves af et selskab, en forening, et I/S, en styrelse, et direktorat eller en anden administrativ enhed. Således vil en administrativ myndighed også kunne blive anset for en "virksomhed" og dermed være støttemodtager. Det afgørende er, hvilke *aktiviteter* der udøves.

EU-Domstolen har fastslået, at en enhver aktivitet, der består i at levere varer og tjenesteydelser på markedet, er en økonomisk aktivitet.<sup>111</sup> Statsstøttere reglerne finder kun anvendelse, når en given aktivitet udøves i en markedsrelateret sammenhæng. Spørgsmålet om, hvorvidt der findes et marked for visse tjenesteydelser kan afhænge af, hvordan disse tjenesteydelser er organiseret af den pågældende medlemsstat. Visse tjenesteydelsers økonomiske karakter kan derfor variere fra medlemsstat til medlemsstat. På grund af politiske valg eller den økonomiske udvikling kan klassifikationen af en given tjenesteydelse endvidere ændre sig med tiden.<sup>112</sup>

Det fremgår af EU-Domstolens praksis på området, at blandt andet visse typer af sociale sikringsordninger, visse sundhedstjenester (særligt hospitalsydelser) og visse typer af undervisning (særligt den obligatoriske del) ikke indebærer en økonomisk aktivitet.

Endvidere vil der ikke foreligge en økonomisk aktivitet, når det offentlige handler i dets egenskab af offentlig myndighed. En enhed anses for at handle ved udøvelse af offentlig myndighed, når den omhandlede aktivitet er en opgave, der er et led i statens væsentlige opgaver, eller er forbundet med disse opgaver som følge af sin art, sit formål og de regler, den er undergivet.<sup>113</sup>

### **7.1.3 Fordelen skal være ydet ved hjælp af statsmidler**

Kun fordele, der direkte eller indirekte ydes ved hjælp af statsmidler kan betragtes som statsstøtte. "Statsmidler" skal i den forbindelse forstås i bred betydning; det omfatter ikke blot midler tilhørende centraladministrationen, men også decentrale og lokale myndigheder på alle niveauer, herunder kommuner og kommunale virksomheder.

### **7.1.4 Fordelen skal være selektiv**

Selektivitetskravet skal forstås bredt, og omfatter støtte til en bestemt gruppe af virksomheder eller erhvervssektorer.

### **7.1.5 Støtten skal fordreje eller true med at fordreje konkurrencevilkårene**

Retspraksis viser, at kravet om konkurrencefordrejning næsten altid er opfyldt, når der er ydet en fordel til visse virksomheder. Det bemærkes herved, at det er tilstrækkeligt, at den pågældende foranstaltning "truer med" at fordreje konkurrencen.

Der findes dog eksempler på nogle få sager, hvor kriteriet ikke blev anset for opfyldt. Dette har særligt været tilfældet, når den pågældende sektor ikke er blevet liberaliseret på EU-plan, således at nationale monopoler har kunnet eksistere uden at være i strid med EU-retten.<sup>114</sup>

<sup>110</sup> Forenede sager C-180/98-C-184/98, Pavlov m.fl.

<sup>111</sup> Sag C-49/07, MOTOE, præmis 27 og 28.

<sup>112</sup> Meddelelse fra Kommissionen om anvendelsen af statsstøttere reglerne på kompensation for levering af tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse (EUT 2012 C 8, s. 4), punkt 12.

<sup>113</sup> Meddelelse fra Kommissionen om anvendelsen statsstøttere reglerne på kompensation for levering af tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, citeret ovenfor, punkt 16 og den citerede praksis.

<sup>114</sup> Se blandt andet Kommissionens beslutning 98/182 af 30. juli 1997 – støtte ydet til vejgodstransportvirksomheder i Friuli-Venezia (Italien), EUT 1998, L 66, s. 18. Se også Kommissionens beslutning af 17. juli 2002 i sag N 356/2002 – Network Rail

Selv i disse tilfælde kan støtte dog true med at fordreje konkurrencen. Dette er særligt tilfældet, hvis støttemodtager også har aktiviteter på konkurrenceudsatte markeder, idet støtten i givet fald kan anvendes til at krydssubsidiere sidstnævnte aktiviteter. EU-Kommissionen har således i sin praksis stillet krav til, at støttemodtager ikke må udøve nogen konkurrenceudsat aktivitet, og at muligheden for krydssubsidiering af koncernforbundne enheder er udelukket (*ringfencing*).<sup>115</sup>

### **7.1.6 Samhandelen mellem medlemsstater skal kunne påvirkes<sup>116</sup>**

Samhandelskravet anses for opfyldt, hvis en finansiel støtte styrker en virksomheds stilling i forhold til andre virksomheder, som den konkurrerer med i grænseoverskridende samhandel inden for EU. Det er i den forbindelse ikke nødvendigt, at den begunstigede virksomhed selv tager del i samhandelen mellem medlemsstater.

## **7.2 Konsekvensen af at der måtte være tale om statsstøtte**

Forbuddet mod statsstøtte er hverken absolut eller ubetinget. Statsstøtteforanstaltninger, der har positive samfundsmæssige virkninger, kan derfor godkendes af EU-Kommissionen, der har enekompetence til at godkende støtte omfattet af EUF-traktaten.<sup>117</sup>

Hvis der er tale om statsstøtte, skal støtten som udgangspunkt anmeldes til – og godkendes af – Kommissionen, før den iværksættes.

Hvis anmeldelsespligten ikke overholdes, er der en risiko for, at støtten skal tilbagebetales. Efter konkurrencelovens § 11 a, stk. 9, skal støtte tilbagebetales til statskassen (og altså ikke til støtteyder). Det kan ikke udelukkes, at det samme vil være tilfældet ved en overtrædelse af traktatens regler.

## **7.3 Statsstøtteretlig analyse**

I det følgende vil ovenstående kriterier blive sammenholdt med det påtænkte projekt, idet der ikke vil blive set nærmere på kriterierne om (1) statsmidler, (2) selektivitet og (3) samhandelspåvirkning, der alle synes opfyldt, hvor et større centralt sorteringsanlæg påtænkes etableret.

### **7.3.1 Der skal foreligge en økonomisk fordel**

I relation til opførelse og drift af et infrastrukturlignende projekt som det foreliggende vil der kunne foreligge en økonomisk fordel på tre niveauer: i relation til (1) ejeren af anlægget, (2) operatøren af anlægget og (3) kunderne/brugerne af anlægget. I det følgende ses der særligt på støtte i forbindelse med opførelsen af et anlæg (dvs. støtte på ejer-niveau).

Der vil som udgangspunkt foreligge en økonomisk fordel i de tilfælde, hvor et projekt ikke vil blive gennemført af en markedsøkonomisk investor uden nogen form for offentlig medvirken (dvs. ved markeds kræfternes virke alene).

De seneste eksempler herpå fremgår af Kommissionens afgørelser af 2. maj og 15. maj 2013 vedrørende Uppsala Arena og Københavns Multiarena, hvor de respektive kommuner fandtes at

---

(United Kingdom). Se også EU Domstolens dom i sag C-140/09, *Traghetti*, præmis 48-50. Se dog også EU Rettens dom i sag T-156/04, *EDF mod Kommissionen*, præmis 149-151, hvor Retten fremhævede vigtigheden af, at visse nationale markeder inden for EU var blevet åbnet for konkurrence; herved var støtten i stand til at styrke støttemodtagers position på disse markeder og dermed fordreje konkurrencen.

<sup>115</sup> Se navnlig Kommissionens beslutning af 17. juli 2002 i sag N 356/2002 – *Network Rail (United Kingdom)*. Se også EU Domstolens dom i sag C-140/09, *Traghetti*, præmis 48-50, hvor netop risikoen for krydssubsidiering af konkurrenceudsatte aktiviteter omtales.

<sup>116</sup> Denne betingelse fremgår ikke af konkurrencelovens § 11a.

<sup>117</sup> Hvis støtte alene er omfattet af konkurrencelovens regler (dvs. når samhandelen ikke påvirkes), vil støtte skulle godkendes af den relevante ressortmyndighed i Danmark, jf. konkurrencelovens § 11a, stk. 3.

yde støtte i forbindelse med opførelsen af to arenaer.<sup>118</sup> Kommissionen lagde vægt på, at projekterne ikke vil blive gennemført ved markeds kræfternes virke alene, og at offentlig støtte er nødvendig for, at projektet kan gennemføres. Støttemodtager ville være de respektive ejere af arenaerne (Københavns Kommune i relation til Multiarenaen). Kommissionen fremhævede også, at der i relation til både operatøren og brugerne kunne foreligge støtte, hvis ikke deres adgang til henholdsvis at drive og benytte arenaerne skete på markedsvilkår.

Det vil derfor skulle undersøges nærmere, hvorvidt opførelsen af et sorteringsanlæg vil kunne ske ved markeds kræfternes virke alene, dvs. uden nogen form for offentlige begunstigelser.

Det kan ikke udelukkes, at tildelingen af en lokal eneret til at drive sorteringsanlægget kan udgøre en sådan offentlig begunstivelse, og at selv OPP-modellen og det private scenarie derfor kan indebære elementer af statsstøtte. I det omfang kommunerne udpeger ejeren og operatøren efter et udbud, er der dog kun begrænsede statsstøtteretlige betænkeligheder ved disse to modeller.

Hvis projektet vil kunne blive opført uden nogen form for offentlige begunstigelser, er det relevant at undersøge, om kommunerne ved at finansiere opførelsen af projektet har valgt en finansieringsmetode, som opfylder den markedsøkonomiske investortest, jf. afsnit 7.1.1 ovenfor.

I forbindelse med udstedelse af kommunale lånegarantier til lån optaget hos Kommunekredit eller tredjemand er det navnlig vigtigt at overholde kriterierne opstillet i Kommissionens Garantimeddelelse, jf. afsnit 7.1.1.1 ovenfor.

I både det offentlige scenarie, OPS og OP A/S, hvor der indgår offentlig finansiering, vil det være særligt relevant at se nærmere på (1) kravet om betaling af en markedskonform garantiprovision, og (2) kravet om, at garantien højst må dække 80 % af lånet.

Ad (1): Kravet om betaling af garantiprovision kan formentlig fraviges i det tilfælde, hvor låntager (projektet) udgør en integreret del af en kommune. I dette tilfælde vil selve integrationen i kommunen betyde, at låntager opnår samme rating som kommunen, hvorved det reelt er overflødig at udstede en lånegaranti og så meget desto mere at betale en garantiprovision. Dette vil være særligt relevant i det offentlige scenarie. I alle andre scenarier forekommer det vanskeligt at fravige kravet om betaling af en markedskonform garantiprovision.

Ad (2): 80 %-kravet kan *for det første* fraviges, hvis der er tale om "garantier, der er dækket af gældsbeviser"<sup>119</sup>.

*For det andet* gælder 80 %-kravet ikke i forhold til garantier, der ydes for at finansiere virksomheder, som har fået overdraget tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse ("public service"), når disse udgør virksomhedens eneste aktiviteter, og når garantien stilles af den offentlige myndighed, som har overdraget virksomheden at udføre disse aktiviteter.

Der kan argumenteres for, at et affaldssorteringsanlæg udfører en public service - i hvert fald i relation til visse typer af affald, jf. nærmere herom nedenfor. Det vil i givet fald skulle sikres, at public service aktiviteten står alene. Dette vil formentlig kunne opfyldes i relation til det offentlige scenarie og OPS-modellen, der begge er afskåret fra at behandle kildesorteret genanvendeligt erhvervsaffald.

---

<sup>118</sup> Sag SA.33728 (ex 11/N) — Finansiering af en ny multiarena i København. Kun Kommissionens beslutning om at åbne den formelle undersøgelsesprocedure er p.t. tilgængelig (se EUT 2012 C 152, s. 12). Se særligt afgørelsens punkt 25-29. Se også Kommissionens afgørelse vedr. Uppsala arena af 2. maj 2013 (sag SA.33618).

<sup>119</sup> Dette er nærmere defineret som "obligationer eller andre former for omsættelige gældsinstrumenter bortset fra værdipapirer, der kan sidestilles med aktier i selskaber, eller værdipapirer, som, hvis de konverteres, eller de dertil knyttede rettigheder udøves, giver ret til at erhverve aktier eller værdipapirer, der kan sidestilles med aktier".

Hvis projektet *ikke* vil kunne blive opført uden nogen form for offentlige begunstigelser, og det markedsøkonomiske investorprincip således ikke er opfyldt, bør det undersøges, om den offentlige medvirken kan udgøre public service compensation, der opfylder de fire Altmark-kriterier omtalt i afsnit 7.1.1.2 ovenfor. Denne mulighed synes ikke udelukket, i hvert fald i relation til kommunalt affald, som et sorteringsanlæg har en pligt til at modtage og behandle.

Igen synes det relevant at sondre imellem sorteringen af kommunalt affald og kildesorteret genanvendeligt erhvervsaffald, idet sidstnævnte område er åbnet op for konkurrence imellem de(n) kommunale aktør(er) og udenlandske aktører og nok mere vanskeligt vil kunne betegnes som en public service opgave.

### **7.3.2 Støttemodtager skal udføre en økonomisk aktivitet**

Der foreligger kun støtte, hvis støttemodtager udfører en økonomisk aktivitet, jf. afsnit 7.1.2 ovenfor. Det er underordnet, hvorledes støttemodtager er ejet og organiseret, herunder om støttemodtager er integreret i den offentlige forvaltning eller udskilt i et særskilt selskab.

I relation til sorteringen af kommunalt affald gælder det særlige, at kommunerne ikke kan uddelegere ansvaret herfor til de frie markeds kræfter. Skønt kommunerne kan - og i nær fremtid måske endda skal - udbyde selve driftsopgaven, ligger ansvaret for affaldshåndteringen alene hos kommunen. Tilsvarende gælder det særlige, at husstandene er forpligtet til at lade deres affald håndtere af den af kommunen udpegede virksomhed samt betale den affaldsavgift, som er fastsat af kommunen.

Der kan således - i hvert fald i relation til kommunalt affald - argumenteres for, at der ikke er et "marked" for indsamling og behandling (herunder sortering) af affald, og at denne aktivitet herved kan sidestilles med eksempelvis sociale sikringsydelse, folkeskoleundervisning og hospitalsydelser, der alle anses for at være af en ikke-økonomisk art. Mange af de betingelser, som EU-Domstolen har opstillet i relation til sociale sikringsydelser af ikke-økonomisk karakter synes således opfyldt i relation til behandlingen af kommunalt affald.<sup>120</sup>

Skønt EU-Kommissionen i blandt andet en irsk sag har lagt til grund, at behandling af affald udgør en økonomisk aktivitet, behøver dette ikke at være tilfældet for Danmark.<sup>121</sup> Som omtalt kan det variere fra stat til stat, hvad der udgør en økonomisk aktivitet, og vi har forstået, at det irske marked for håndtering affald i meget vidt omfang er liberaliseret - modsat hvad der gælder for kommunalt affald i Danmark.

I lyset af ovenstående kan være relevant at sondre mellem på den ene side det offentlige scenarie og OPS-modellen, hvor der er offentlig finansiering til behandling af "ikke-liberaliseret" kommunalt affald, og de øvrige modeller, hvor der påtænkes sortering af "liberaliseret" kildesorteret genanvendeligt erhvervsaffald.

### **7.3.3 Støtten skal fordreje eller true med at fordreje konkurrencevilkårene**

I forlængelse af afsnit 7.1.5 ovenfor vil det kunne påpeges, at indsamling og behandling af visse affaldstyper ikke er blevet liberaliseret på EU-plan, hvorfor EU-landene lovligt kan opretholde nationale eller regionale monopoler på disse ydelser.

Efter EU-Kommissionens praksis vil der dog stadig foreligge en risiko for konkurrencefordrejning, hvis støttemodtager også har aktiviteter på konkurrenceudsatte markeder, idet støtten i givet fald

<sup>120</sup> Meddelelse fra kommissionen om anvendelsen af Den Europæiske Unions statsstøtteregler på compensation for levering af tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, EUT 2012, C 8, side 4, afsnit 2.1.3.

<sup>121</sup> Kommissionens afgørelse af 12. juni 2003 i sag N 350/2002 - Ireland Waste Management Infrastructure.

kan anvendes til at krydssubsidiere sidstnævnte aktiviteter. EU-Kommissionen har således i sin praksis stillet krav til, at støttemodtager ikke må udøve nogen konkurrenceudsat aktivitet, og at muligheden for krydssubsidiering af koncernforbundne enheder er udelukket (ringfencing).<sup>122</sup>

I lyset af ovenstående kan det igen være relevant at sondre mellem de modeller, hvor der vil være offentlig finansiering til kommunalt affald (det offentlige scenarie og OPS-modellen) og de modeller, hvor der vil være offentlig (med)finansiering til kildesorteret genanvendeligt erhvervsaffald (OP A/S).

I relation til OP A/S-modellen kan det være relevant at overveje mulighederne for ringfencing af den ikke-liberaliserede aktivitet (fx ved etablering af særskilte juridiske enheder). Hvis det er muligt, vil sidstnævnte aktivitet kunne modtage offentlig støtte, uden at denne omfattes af statsstøttere reglerne.

#### **7.4 Muligheden for at få støtte godkendt af EU-Kommissionen**

I det omfang der foreligger statsstøtte, skal denne godkendes af EU-Kommissionen eller være omfattet af en gruppefritagelsesforordning.<sup>123</sup>

Det vil være særligt relevant at overveje muligheden for at få ordningen godkendt efter reglerne om miljøstøtte eller public service støtte.

På området for miljøstøtte stiller EU-Kommissionen sig positivt over for støtte til affaldshåndtering, herunder genanvendelse, genbrug og genvinding, og har opstillet en række kumulative betingelser, der skal være opfyldt, for at støtten kan erklæres forenelig med det indre marked.<sup>124</sup>

I relation til public service støtte har EU-Kommissionen udstedt retningslinjer, som angiver de betingelser, der skal være opfyldt, for at denne form for støtte kan godkendes.<sup>125</sup>

I relation til både miljøstøtte og public service støtte stiller EU-Kommissionen normalt krav om, at den pågældende aktivitet ikke ville blive udøvet af de frie markedskræfter (dvs. at støtten afhjælper et markedssvigt). Det skal hér blandt andet nærmere undersøges, om EU-Kommissionen vil kunne acceptere en konstruktion, hvor der også risikerer at blive ydet støtte til behandling af kildesorteret genanvendeligt erhvervsaffald, skønt denne aktivitet i dag er konkurrenceudsat. Tilsvarende skal det afdækkes, om andre konkurrenceudsatte aktiviteter kunne tænkes støttet direkte eller indirekte.

For det andet er der grænser for, hvilke typer af støtteinstrumenter EU-Kommissionen vil acceptere. Særligt i relation til lånegarantier har EU-Kommissionen i en række sager forholdt sig skeptisk, da det kan være vanskeligt at måle støttens omfang og derved, om støtten overholder proportionalitetsprincippet. Dette er særligt tilfældet i relation til tidsmæssigt og/eller beløbsmæssigt ubegrænsede garantier.<sup>126</sup>

---

<sup>122</sup> Se navnlig Kommissionens beslutning af 17. juli 2002 i sag N 356/2002 – Network Rail (United Kingdom). Se også EU Domstolens dom i sag C-140/09, Traghetti, præmis 48-50, hvor netop risikoen for krydssubsidiering af konkurrenceudsatte aktiviteter omtales.

<sup>123</sup> Hvad angår miljøstøtte er investeringsstøtte til håndtering af andre virksomheders affald ikke gruppefritaget efter den Generelle Gruppefritagelsesforordning (forordning 800/2008). Hvad angår public service støtte skal det nærmere undersøges, om betingelserne i Afgørelse nr. 2012/21 kan tænkes opfyldt, herunder særligt artikel 2, der tillader public støtte op til 15 M € årligt.

<sup>124</sup> EF-retningslinjer for statsstøtte til miljøbeskyttelse, EUT 2008, C 82, side 1.

<sup>125</sup> Den Europæiske Unions rammebestemmelser for statsstøtte i form af kompensation for offentlig tjeneste, EUT 2012, C 8, side 15.

<sup>126</sup> Se fx Kommissionens beslutning af 24. april 2007 i sag E 12/2005, Unlimited State guarantee in favour of Poczta Polska; Kommissionens beslutning af 16. december 2003 i sag 2005/145/EC on the State aid granted by France to EDC and the electricity and gas industries; og Kommissionens beslutning af 27 marts 2002 i sag case E 10/2000, State guarantees for public banks in Germany.



Det er meget positivt, at der i de fleste scenarier påtænkes afholdt et udbud til udpegning af ejeren og/eller operatøren. Dette vil i vidt omfang begrænse støtten til et minimum.

Særligt offentligt eller begrænset udbud anses for velegnede. Det er mere usikkert, om konkurrencepræget dialog giver samme garantier for, at støtten holdes på et minimum.

## **7.5 Opsummering i forhold til de enkelte scenarier**

### **7.5.1 Det offentlige scenarie**

Sorteringsanlægget kan formentlig optage lån til samme rentesats som kommunen, forudsat at anlægget er en enhed integreret i den kommunale forsyningsvirksomhed og således ikke er udskilt i en selvstændig juridisk enhed. Herved undgås det, at kommunen skal stille lånegarantier, der skal betales garantiprovision for.

Hvis anlægget er udskilt i en selvstændig juridisk enhed, er der endvidere gode argumenter for, at kommunal finansiering (inkl. lånegarantier) på favorable vilkår ikke indebærer statsstøtte, forudsat at anlægget ikke behandler kildesorteret genanvendeligt erhvervsaffald.

Selv hvis der måtte være tale om statsstøtte, skal det undersøges, om støtten kan godkendes af EU-Kommissionen. Dette forventes at være tilfældet. Dog kan særligt brugen af ubegrænsede garantier vise sig problematisk.

### **7.5.2 Offentlig-privat samarbejde**

Hvis anlægget ikke behandler kildesorteret genanvendeligt erhvervsaffald, er der gode argumenter for, at kommunal finansiering (inkl. lånegarantier) på favorable vilkår ikke indebærer statsstøtte.

Selv hvis der måtte være tale om statsstøtte, taler meget for, at støtten ville kunne godkendes af EU-Kommissionen. Brugen af ubegrænsede garantier kan dog være problematisk.

### **7.5.3 Offentlig-privat aktieselskab**

Der er risiko for, at kommunal medfinansiering (inkl. lånegarantier) på favorable vilkår indebærer statsstøtte. Muligheden for *ringfencing* bør overvejes.

Det bør afdækkes nærmere, om en sådan støtte vil kunne godkendes af EU-Kommissionen som enten miljøstøtte eller public service støtte. Brugen af ubegrænsede garantier kan være særligt problematisk.

### **7.5.4 Offentlig-privat partnerskab og det private scenarie**

Fraværet af kommunal medfinansiering minimerer statsstøtteretlige betænkeligheder sammenlignet med ovenstående 3 scenarier. Der er en risiko for at blive omfattet af statsstøttereglerne, hvis anlægget ikke kan drives på kommercielle vilkår, fx hvis det tildeles en kommunal eneret. Det bør endvidere afdækkes, om den kommunale betaling for affaldssorteringen indebærer elementer af statsstøtte.

Selv hvis der måtte være tale om statsstøtte, taler meget for, at støtten ville kunne godkendes af EU-Kommissionen, hvis ejeren/operatøren vælges efter udbud. Offentlig eller begrænset udbud vil være at foretrække.

## 7.6 Hovedkonklusioner

Hovedkonklusionerne kan opsummeres som følgende:

I de ovenstående afsnit er de statsstøtteretlige kriterier blevet sammenholdt med det påtænkte projekt, idet der særligt er fokuseret på betingelserne om økonomisk fordel, virksomhedsbegrebet og risikoen for konkurrencefordrejning.

Der vil som udgangspunkt foreligge en økonomisk fordel i de tilfælde, hvor et projekt ikke vil blive gennemført af en markedsøkonomisk investor uden nogen form for offentlig medvirken. Det vil derfor skulle undersøges nærmere, hvorvidt opførelsen af et sorteringsanlæg vil kunne ske ved markedskræfternes virke alene, dvs. uden nogen form for offentlige begunstigelser. Hvis projektet vil kunne blive opført uden nogen form for offentlige begunstigelser, er det relevant at undersøge, om kommunerne ved at finansiere opførelsen af projektet har valgt en finansieringsmetode, som opfylder den markedsøkonomiske investortest. I relation til det offentlige scenarie, OPS-modellen og OP A/S-modellen vil det bl.a. skulle undersøges, om den kommunale garanti opfylder betingelserne i Kommissionens garanti-meddelelse. Særligt brugen af ubegrænsede garantier kan være problematisk.

Hvis projektet ikke vil kunne blive opført uden nogen form for offentlige begunstigelser, bør det undersøges, om de offentlige begunstigelser kan udgøre public service compensation, der opfylder de fire Altmark-kriterier. I den forbindelse kan det være relevant at sondre imellem sorteringen af kommunalt affald og kildesorteret genanvendeligt erhvervsaffald, idet sidstnævnte område er åbnet op for konkurrence imellem de(n) kommunale aktør(er) og udenlandske aktører og nok mere vanskeligt vil kunne betegnes som en public service opgave.

I relation til virksomhedsbegrebet kan der – i hvert fald i relation til kommunalt affald - argumenteres for, at der ikke er et "marked" for indsamling og behandling (herunder sortering) af affald, og at denne aktivitet alene anses for at være af en ikke-økonomisk art. Det vil i den forbindelse være relevant at sondre mellem på den ene side det offentlige scenarie og OPS-modellen, hvor der er offentlig finansiering til behandling af "ikke-liberaliseret" kommunalt affald, og de øvrige modeller, hvor der påtænkes sortering af "liberaliseret" kildesorteret genanvendeligt erhvervsaffald.

På samme måde vil det i relation til risikoen for konkurrencefordrejning kunne påpeges, at indsamling og behandling af visse affaldstyper ikke er blevet liberaliseret på EU-plan, hvorfor EU-landene lovligt kan opretholde nationale eller regionale monopoler på disse ydelser uden at dette vil fordreje konkurrencen. Også her vil det være relevant at sondre mellem de modeller, hvor der vil være offentlig finansiering til kommunalt affald (det offentlige scenarie og OPS-modellen) og de modeller, hvor der vil være offentlig (med)finansiering til kildesorteret genanvendeligt erhvervsaffald (OP A/S).

I det omfang der foreligger statsstøtte, skal denne som udgangspunkt godkendes af EU-Kommissionen. Det vil være særligt relevant at overveje muligheden for at få ordningen godkendt efter reglerne om miljøstøtte eller public service støtte.

## **Bilag 1: Deltagerne i fokusgruppen:**

### **Fokusgruppe: Jura og organisation**

Jørgen Chris Madsen, Vejle kommune  
Henning Ettrup, Aarhus kommune  
Lene Dyrskov Toftgaard, Frederiksberg kommune  
Yvonne Amskov, I/S Vestforbrænding  
Henrik Wejdling, AffaldPlus  
Jeanett Vikkelsøe, Marius Pedersen A/S  
Christian Christensen, Solum A/S  
Peter Basland, RGS90  
Thomas Alstrup, CCC  
Carsten Zaar Hansen, NOMI

### **Fokusgruppens konsulenter:**

Proceskonsulent, Annette Braunstein, DAKOFA  
Advokat, Jacob Brandt, Bech-Bruun  
Advokat, Johan Weihe, Bech-Bruun

Følgegruppen har ikke kommenteret på udkast til nærværende Miljøprojekt-rapport.

### **Juridiske rammer for sorteringsanlæg**

Rapporten beskriver dansk lovgivning og relevant EU- ret for etablering og drift af affaldssorteringsanlæg. Rammebetingelserne for offentlige anlæg, private anlæg og tre former for offentligt-privat samarbejder om sorteringsanlæg analyseres i forhold til miljøretlig, kommunalretlig, udbudsretlig og statsstøtteretlig regulering bl.a. med henblik på leveringssikkerhed for kommunalt affald og med hensyn til mulighed for at modtage kildesorteret genanvendeligt erhvervsaffald, for kommunal medfinansiering af et anlæg samt for at anvende konkurrencepræget dialog under et udbud.



Miljøministeriet  
Miljøstyrelsen

Strandgade 29  
1401 København K  
Tlf.: (+45) 72 54 40 00

**[www. mst.dk](http://www.mst.dk)**