

Juridisk vurdering af KL's plan for at tilpasse kapacitet for affaldsenergi frem mod 2030

1.	SAMMENFATNING	4
1.1	Baggrund	4
1.2	Samlet vurdering	4
1.2.1	Organisatorisk og økonomisk adskillelse mellem kommune og forbrændingsanlæg	5
1.2.2	Muligheden for at undtage forbrændingsopgaven fra udbudspligt, jf. de udbudsretlige in house-regler	6
1.2.3	Regler om fri bevægelighed	6
1.2.4	Forureneren betaler-princippet	7
1.2.5	Konkurrenceret	7
2.	RAMMERNE FOR DEN JURIDISKE VURDERING	9
3.	KL'S PLAN	10
4.	VORES VURDERING AF DE ENKELTE RETSOMRÅDER	14
4.1	Organisatorisk og økonomisk adskillelse mellem kommune og forbrændingsanlæg	14
4.1.1	Gældende regler	14
4.1.1.1	Generelle miljøbeskyttelsesretlige rammer	14
4.1.1.2	Intern kommunal opgaveløsning	16
4.1.1.3	§ 60-fællesskaber	17
4.1.1.4	Aktieselskaber	19
4.1.1.5	Andelsselskaber med begrænset ansvar (a.m.b.a.)	20
4.1.2	Statens ejerskabspolitik	20
4.1.3	KL's plan	22
4.1.3.1	Organisatorisk og økonomisk adskillelse	22
4.1.3.2	Statens ejerskabspolitik	23
4.1.4	Vurdering	23
4.1.4.1	Organisatorisk og økonomisk adskillelse	23
4.1.4.2	Statens ejerskabspolitik	24
4.1.5	Anbefalinger	28
4.2	Muligheden for at undtage forbrændingsopgaven for udbudspligt, jf. de udbudsretlige in house-regler	28
4.2.1	Gældende regler	28
4.2.1.1	Indledende bemærkninger	28
4.2.1.2	Udvidet in house	29
4.2.1.3	Fælles kontrolkontrol	31
4.2.1.4	Horisontale samarbejdsaftaler/administrative aftaler mellem enheder i den offentlige sektor	32
4.2.2	KL's plan	33
4.2.3	Vurdering	35
4.2.4	Anbefalinger	37

4.3	Regler om fri bevægelighed	38
4.3.1	Gældende regler	38
4.3.1.1	Indledende bemærkninger	38
4.3.1.2	Transportforordningen	39
4.3.1.3	Affaldsrammedirektivet	41
4.3.1.4	EU-Domstolens praksis	42
4.3.2	KL's plan	43
4.3.3	Vurdering	45
4.3.4	Anbefalinger	46
4.4	Forureneren betaler-princippet	46
4.4.1	Gældende regler	46
4.4.2	KL's plan	49
4.4.3	Vurdering	51
4.4.4	Anbefalinger	53
4.5	Konkurrenceret	53
4.5.1	Gældende regler	53
4.5.1.1	Konkurrencereglernes anvendelsesområde	53
4.5.1.2	Forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftale	55
4.5.1.3	Forbuddet mod misbrug af dominerende stilling	56
4.5.2	KL's plan	57
4.5.3	Vurdering	58
4.5.4	Anbefalinger	61

1. SAMMENFATNING

1.1 Baggrund

Den 16. juni 2020 indgik regeringen (Socialdemokratiet), Venstre, Radikale Venstre, Socialistisk Folkeparti, Enhedslisten, Det Konservative Folkeparti, Liberal Alliance og Alternativet en politisk aftale om en Klimaplan for en grøn affaldssektor og cirkulær økonomi (herefter ”den politiske aftale”).

Aftalen skal bidrage til at nå det nationale klimamål om reduktion af udledningen af drivhusgasser i 2030 med 70 % i forhold til niveauet i 1990. Aftalepartierne vision er, at affaldssektoren som led i dette mål skal være klimaneutral i 2030.

Et af aftalens otte initiativer er en reduktion af forbrændingskapaciteten, så kapaciteten tilpasses de danske affaldsmængder, der ikke kan genbruges eller genanvendes, og den ledige overkapacitet ikke udnyttes til at forbrænde importeret affald. Som led i aftalen er KL blevet anmodet om at udarbejde en konkret plan for tilpasning af kapaciteten inden for nærmere angivne rammer.

Et af kriterierne for Energistyrelsens godkendelse af KL's plan er, at planen og finansieringen af sektoren skal være lovmedholdelig. Energistyrelsen udpeger efter aftalen en uafhængig juridisk rådgiver, som skal vurdere overholdelsen af national ret og EU-ret. Som områder, den uafhængige juridiske rådgiver skal vurdere, fremhæves i aftalen EU's in house-regler, regler om fri bevægelighed, det EU-retlige ”forureneren betaler”-princip og de konkurrenceretlige regler. Herudover er det i aftalen generelt forudsat, at affaldssektoren frem over lever op til anbefalingerne i Statens ejerskabspolitik.

Energistyrelsen har ved notat af 22. oktober 2020 anmodet os om at foretage den uafhængige juridiske vurdering af KL's plan.

Ved e-mail af 17. december 2020 modtog vi KL's plan for at tilpasse kapacitet for affaldsenergi frem mod 2030 med tilhørende bilag. Hovedelementerne i KL's plan er gengivet nedenfor i afsnit 3 og i relevant omfang nærmere beskrevet i forbindelse med vurderingerne af de enkelte retsområder.

1.2 Samlet vurdering

Den samlede juridiske vurdering er, at KL's plan vil kunne implementeres med respekt af de opstillede juridiske krav. Det vil dog kræve, at en eventuel implementering sker under overholdelse af de konkrete krav, som gælder på de enkelte områder. Kravene er nærmere beskrevet i forbindelse med vores vurderinger, men overholdelsen kan ikke vurderes endeligt på grundlag af den foreliggende beskrivelse af KL's plan.

Nogle områder giver ikke anledning til forbehold. De kommunalt ejede affaldsforbrændingsanlæg er allerede organisatorisk og økonomisk udskilt fra kommunerne med undtagelse af et enkelt, som forventes lukket. Tilsvarende indebærer planen ikke nogen ændring i dækningen af omkostningerne ved affaldsforbrændingen, som vil følge gældende regler og derfor overholde forureneren betaler-princippet.

Overholdelsen af reglerne om fri bevægelighed og om udbudspligt beror på, hvordan det i givet fald vælges nærmere at implementere KL's plan, herunder særligt efter hvilken konkret model affaldet fordeles mellem de tilbageværende forbrændingsanlæg. Planen indeholder imidlertid ikke tiltag, som i sig selv hindrer, at planen implementeres med respekt af de nævnte regler.

To af KL's tre modeller for fordeling af affald mellem de tilbageværende anlæg vil i udgangspunktet ikke være forenelige med konkurrencereglerne. Om det vil være muligt at tilpasse modellerne, så de bringes indenfor rammerne af de relevante konkurrenceregler, vil imidlertid bero på nærmere undersøgelser, som ikke kan foretages endeligt inden for rammerne af vores vurdering. Den tredje model for fordelingen af affald (udbudsmodellen) vil ikke være i strid med konkurrencereglerne.

1.2.1 Organisatorisk og økonomisk adskillelse mellem kommune og forbrændingsanlæg

Alle kommunalt ejede affaldsforbrændingsanlæg, bortset fra BOFA, er udskilt fra ejerkommunerne i selskaber og § 60-fællesskaber. Efter KL's plan forventes BOFA lukket mellem 2026 og 2030. Efter gældende regler må alle anlæg, bortset fra BOFA, derfor forudsættes at være organisatorisk og økonomisk udskilt i overensstemmelse med de opstillede kravkriterier for godkendelse af KL's plan. BOFA's virksomhed vil endvidere efter gældende kommunalretlige regler være økonomisk adskilt fra kommunens øvrige økonomi. På den baggrund er vi enige med KL i, at KL's plan opfylder kriteriet om økonomisk og organisatorisk adskillelse.

De ikke-bindende anbefalinger i Statens ejerskabspolitik lader sig ikke umiddelbart fuldt ud overføre til de kommunalt ejede affaldsforbrændingsanlæg, men kan tjene som vejledning for overvejelserne om fortsat professionalisering af sektoren i forbindelse med eventuel implementering af KL's plan. Det er KL's vurdering, at KL's plan lever op til anbefalingerne i Statens ejerskabspolitik under forudsætning af, at KL's tolkning af anbefalingerne kan accepteres. Dette beror ikke på en juridisk vurdering, men det ville være hensigtsmæssigt, at KL fremadrettet nærmere begrundet sine tolkninger og beslutninger om tilpasning til anbefalingerne.

1.2.2 Muligheden for at undtage forbrændingsopgaven fra udbudspligt, jf. de udbudsretlige in house-regler

KL's plan indeholder tre modeller for at undgå udbud af affaldsforbrændingsopgaven.

Den første model er at udbyde affaldet fra de lukkede anlæg til forbrænding på de fortsættende anlæg. Dette er udbudsretligt en uproblematisk model.

Den anden model bygger på formaliserede horisontale samarbejder om affaldsforbrændingsopgaven. Denne model kan formentlig bringes i overensstemmelse med udbudslovens § 15, hvorefter der under visse betingelser kan indgås aftaler mellem offentlige myndigheder med henblik på at opfylde offentlige opgaver eller public service-opgaver. Det kan dog ikke på baggrund af KL's plan vurderes, om betingelserne i § 15 er opfyldt.

Den tredje model er *"en landsdækkende fordeling af affaldet ved en aftalebaseret mellemkommunal koordinering"*. Det er uklart, hvad det nærmere indhold af denne model er, og hvordan den i givet fald kan leve op til udbudsreglerne. Det er derfor ikke muligt at vurdere denne "model" nærmere.

Udover ovenstående tre modeller forudsætter KL, at kommuner uden ejerskab til forbrændingsanlæg kan få medejerskab af et nærliggende forbrændingsanlæg for at undgå, at det enkelte anlæg overskrider "20 %-grænsen" i in house-reglen i udbudsloven. Der er ikke noget til hinder for, at en kommune får medejerskab til et nærliggende forbrændingsanlæg, men anvendelse af in house-reglen forudsætter, at der med medejerskabet følger mulighed for reelt og effektivt at tage del i kontrollen med selskabet.

Hvis betingelserne for anvendelse af in house-reglerne eller reglerne om horisontale samarbejder ikke er opfyldte eller ikke kan opfyldes, kan det overvejes, om håndteringen af forbrændingsforpligtelsen kan undtages fra udbudspligt ved, at opgaven overdrages som overdragelse af myndighed (og ikke en gensidigt bebyrdende aftale).

Samlet er vurderingen, at KL's plan som beskrevet ikke er uforenelig med ønsket om at undgå udbud af forbrændingsopgaven. Det forudsætter dog, at implementering af den valgte model i givet fald opfylder de nærmere betingelser for undtagelse fra udbudspligten. Det er ikke muligt på baggrund af oplysningerne i KL's rapport at vurdere, om de pågældende betingelser vil være opfyldte.

1.2.3 Regler om fri bevægelighed

KL's plan indeholder kun i begrænset omfang beskrivelser, der gør det muligt at vurdere planens overensstemmelse med de EU-retlige krav til fri bevægelighed, som udmøntet i sektorlovgivningen. Der er

dog efter vores vurdering ikke noget i KL's plan, der strider med EU-reguleringen af den fri bevægelighed inden for affaldssektoren. Planen ændrer ikke på, at kommunerne har pligt til at sikre kapacitet til nyttiggørelse, at der vil være anvisningsret, og at virksomheder frit kan vælge at eksportere deres forbrændingsegnede affald til godkendte anlæg i udlandet. Dette er i overensstemmelse med transportforordningen og affaldsrammedirektivet. Vurderingen skal dog ses i lyset af, at KL's plan ikke indeholder konkrete anvisninger for fordelingen af affaldet mellem anlæggene.

Den politiske aftale indeholder ikke et forbud mod import af affald. En regulering, der begrænser forbrændingskapaciteten og fordeler affaldet mellem nærmere bestemte forbrændingsanlæg, risikerer imidlertid at begrænse importen af affald. Dette er både en forudsætning i den politiske aftale og resultatet af KL's analyser. En sådan regulering er lovlig efter EU-retten, hvis den kan rummes inden for de undtagelser for begrænsning af importen, der er oplistet i transportforordningens artikel 11-12, som suppleres af affaldsrammedirektivets artikel 16, og som er fortolket af EU-Domstolen. Ved en eventuel udmøntning af KL's plan, bør det således sikres, at betingelserne for anvendelse af undtagelserne er overholdt.

1.2.4 Forureneren betaler-princippet

KL's plan forudsætter i relation til dækning af omkostningerne til affaldsforbrændingen ingen ændringer i den eksisterende omkostningsdækning efter gældende regler. Da den eksisterende lovgivning er tilblevet under overholdelse af forureneren betaler-princippet, herunder affaldsdirektivets art. 14, og må forudsættes overholdt i dag, er vi enige i, at KL's plan vil respektere forureneren betaler-princippet.

1.2.5 Konkurrenceret

Den politiske aftale forudsætter, at KL i sin plan skal indgå i dialog med ejerkommuner og kommunale selskaber om kapacitetstilpasning frem mod 2030. Vi har ikke forholdt os til, om denne præmis for KL's plan risikerer at udgøre en konkurrencestridig aftale om kapacitetsreduktion. Vores vurdering er i stedet begrænset til, hvorvidt de forslåede modeller for *fordeling* af affald er i overensstemmelse med konkurrencereglerne.

Affaldsforbrændingsanlæg må i udgangspunktet anses for økonomisk virksomhed i henhold til konkurrenceloven og EU-konkurrencereglerne. Det falder uden for rammerne af vores vurdering at afgrænse markedet for forbrændingsegnet affald. Vi har derfor ikke taget endelig stilling til, om EU-konkurrencereglerne konkret finder anvendelse. Det kan dog konstateres, at forbrændingsanlæggene i dag modtager en del forbrændingsegnet affald fra andre medlemsstater, og at en del af formålet med KL's plan er at foretage en kontrolleret nedlukning af forbrændingskapaciteten ved at tilpasse den til de danske affaldsmængder. Tilpasning og fordeling af affald *kan* derfor påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne. Om den vil være mærkbar, har vi ikke tilstrækkeligt markedsdata til at vurdere, men det kan på det

foreliggende grundlag ikke udelukkes. Vores vurdering af KL's plan tager derfor udgangspunkt i, at danske konkurrenceregler og EU-koncurrenceregler finder anvendelse.

KL's plan lægger op til, at fordelingen af affald sker i form af 1) mellemkommunal koordinering, 2) formaliserede horisontale samarbejder eller 3) udbud.

I forhold til **de to første modeller** er det vores vurdering, at der er en betydelig sandsynlighed for, at sådanne aftaler vil blive anset som horisontale aftaler mellem virksomheder i konkurrenceretlig forstand.

Det er derfor for det første vigtigt at sikre, at de to modeller ikke udgør aftaler i strid med *forbuddet mod indgåelse af konkurrencebegrænsende aftaler*. For at sikre dette er det væsentligt, at modellerne ikke medfører aftaler om kundedeling eller geografisk opdeling af markedet for forbrænding af affald i Danmark. KL's plan kan i udgangspunktet alene godkendes under forudsætning af, at der ikke er tale om indgåelse af sådanne aftaler. Sådanne som planen er beskrevet, er der imidlertid en betydelig risiko for, at denne forudsætning ikke vil være overholdt.

Aftaler, der som udgangspunkt er konkurrencebegrænsende, kan principielt fritages fra forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler, men det kræver, at betingelserne for individuel fritagelse efter § 8 i konkurrenceloven og artikel 101, stk. 3, TEUF er opfyldt. Da aftalerne i udgangspunktet må antages at have til formål at begrænse konkurrencen, må det dog i praksis forventes at være ganske vanskeligt at opnå fritagelse af aftalerne. Det vil kræve klar dokumentation for, at aftalerne bidrager til at forbedre affaldsforbrændingen eller fordelingen af affaldet eller til at fremme den tekniske eller økonomiske udvikling. I den forbindelse kan miljømæssige forbedringer inddrages i et vist omfang. Endvidere skal aftalerne sikre, at forbrugerne opnår en rimelig andel af fordelene herved, herunder at eventuelle omkostningsbesparelser medfører lavere priserne for forbrugerne. Aftalerne må heller ikke pålægge de pågældende virksomheder begrænsninger, som ikke er nødvendige for at nå disse effektivitetsgevinster. Endeligt må aftalerne ikke give virksomhederne mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af affaldsforbrændingen. Det er på grundlag af de foreliggende oplysninger ikke muligt at vurdere, om KL's modeller vil kunne opfylde disse betingelser.

For det andet er det vigtigt at sikre, at KL's modeller heller ikke er i strid med *forbuddet mod misbrug af dominerende stilling*. Det er ikke muligt at vurdere, om et eller flere af de danske forbrændingsanlæg indtager en dominerende stilling i markedet. De to første modeller, som KL foreslår, rejser dog i udgangspunktet ikke samme bekymring i forhold til misbrug af dominerende stilling, som tilfældet er i forhold til indgåelse af konkurrencebegrænsende aftaler.

De tredje model, som KL foreslår, er baseret på, at fordelingen af affald sker på baggrund af udbud – og ikke efter aftale. Modellen skaber således heller ikke de samme udfordringer som de to øvrige i forhold

til forbuddet mod indgåelse af konkurrencebegrænsende aftaler. Fordeling af affald på baggrund af udbud giver heller ikke anledning til bekymring i forhold til misbrug af dominerende stilling

Sammenfattende er det vores vurdering, at der er en formodning for, at en gennemførelse af KL's to første modeller vil være i strid med konkurrencereglerne. Dette bør dog undersøges nærmere, før der kan tages endelig stilling. Den sidste model (udbudsmodellen) er efter vores vurdering ikke i strid med konkurrencereglerne.

2. RAMMERNE FOR DEN JURIDISKE VURDERING

Rammerne for vores vurdering af lovligheden af KL's plan har været drøftet på møder med Energistyrelsen med udgangspunkt i den politiske aftale. På den baggrund er det aftalt, at vores vurdering ikke omfatter den politiske aftale og forudsætningerne for denne. Endvidere er det aftalt, at vores vurdering kun angår, om KL's plan overholder konkurrenceretlige regler, in house-regler, reglerne om fri bevægelighed og forurenere betaler-princippet. Herudover vil vi vurdere, om kravet om en organisatorisk og økonomisk adskillelse mellem kommunerne og forbrændingsanlæggene er opfyldt i planen. I den forbindelse inddrages den generelle forudsætning om, at affaldssektoren fremover lever op til statens ejerskabspolitik som et supplerende element i vurderingen af den organisatoriske adskillelse.

Det er endvidere aftalt, at vi udarbejder vores vurderinger, så de kan indgå i Energistyrelsens vurderingsværktøj. Er der usikkerhed om vurderingerne, f.eks. fordi lovmedholdeligheden først kan fastslås i forbindelse med den nærmere udmøntning af KL's plan, vil vi identificere disse opmærksomhedspunkter i forbindelse med de enkelte vurderinger.

I tilknytning hertil bemærkes, at det fremgår af den politiske aftale, at overholdelse af EU's statsstøtte-regler, herunder finansieringen af sektoren, skal vurderes af Statsstøttesekretariatet, hvorfor statsstøtte ikke er omfattet af vores vurdering.

Vurderingen af, hvorvidt KL's plan tager højde for elforsyningsloven og varmforsyningsloven, vil blive foretaget af Energistyrelsen. Det er derfor aftalt, at vores vurdering ikke omfatter dette spørgsmål.

Da alle eksisterende forbrændingsanlæg forudsættes at overholde gældende miljøregler, og da planen ikke angår ændringer i forbrændingsanlæggenes miljøforhold, omfatter vores vurdering ikke miljøretlige forhold.

Reglerne om kommunernes affaldshåndtering vil blive ændret som led i implementeringen af initiativet og indgår derfor ikke i vurderingen. Det samme gælder den kommende selskabsskattepligt og den skattemæssige behandling af forbrændingsanlæggene i konsekvens af planen.

KL's plan omfatter ikke den konkrete implementering af planen, som vil blive tilrettelagt og besluttet senere, såfremt planen kan godkendes af myndighederne. Den konkrete implementering indgår derfor alene i vurderingen derved, at de afgivne anbefalinger kan omfatte forhold, som man bør være opmærksom på ved den konkrete implementering.

3. KL'S PLAN

Som anført under afsnit 1.1, er KL, som led i den politiske aftale, blevet anmodet om at udarbejde en konkret plan for tilpasning af kapaciteten inden for nærmere fastsatte rammer.

KL's plan indeholder en beskrivelse af, hvordan KL har opfyldt de i den politiske aftale anførte 13 punkter på "tjeklisten", således at KL's plan lever op til kravene i den politiske aftale. Ifølge planen, har KL haft bistand fra konsulentfirmaet Ea Energianalyse, som på vegne af KL har indhentet data og beregnet, hvilke anlæg, der ud fra en samlet analyse af de givne kriterier, står til at lukke frem mod 2030.

På denne baggrund har KL identificeret 10 affaldsforbrændingsanlæg ud af de eksisterende 23, som dem, der skal lukke i perioden 2026-2030, for at tilpasse kapaciteten af affald efter den politiske aftales forudsætninger. De 10 anlæg er:

- ARGO (Roskilde),
- MEC Bioheat & Power (Holstebro),
- I/S Norfors (Hørsholm),
- Affaldsselskabet Vendsyssel Vest (Hjørring),
- AffaldPlus (Slagelse),
- Sønderborg Kraftvarme I/S,
- Aars Fjernvarme, Svendborg Kraftvarme A/S,
- Hammel Fjernvarme, og
- Bornholms Affaldsbehandling.

Om de forhold, som har relevans for de juridiske vurderinger, som Kammeradvokaten i overensstemmelse med det under afsnit 1 beskrevne, skal foretage, fremgår følgende af KL's plan:

Om **organisatorisk og økonomisk adskillelse mellem kommune og forbrændingsanlæg**, anfører KL på side 6-7, at det er KL's vurdering, at de kommunale anlæg på nær BOFA på Bornholm (som er anført, som et af de anlæg, der foreslås lukket) i dag alle opfylder kravene til klar og gennemsigtig organisatorisk ansvarsfordeling mellem kommune og forbrændingsanlæg. Dette gælder ifølge KL uanset selskabernes organisationsform, herunder når selskaberne drives som § 60-fællesskaber. KL har ikke i de

uddybende bemærkninger herom, på side 14 i planen, nærmere beskrevet, hvordan denne vurdering er foretaget.

Om **Statens ejerskabspolitik** har KL fremhævet følgende anbefalinger og anført kommentarer hertil (planen side 15):

”Bestyrelsen skal som hovedregel have 4-6 generalforsamlingsvalgte medlemmer. Hertil kommer eventuelle medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer.”

Hertil har KL anført, at *”KL hæfter sig ved, at det som udgangspunkt er 4-6 generalforsamlingsvalgte medlemmer, og ønsker, at der er mulighed for større bestyrelser. Dette kan være særligt relevant i de tilfælde, hvor der er mange kommuner knyttet til et selskab.”*

Om anbefalingen om, at *”Flertallet af bestyrelsens generalforsamlingsvalgte medlemmer skal som udgangspunkt være uafhængige”* har KL anført, at *”KL hæfter sig ved, at flertallet af bestyrelsens generalforsamlingsvalgte som udgangspunkt skal være uafhængige af ejerne (dvs. ikke kan være kommunalbestyrelsesmedlemmer), og ønsker, at flertallet af bestyrelsens medlemmer skal kunne vælges blandt kommunalbestyrelsesmedlemmer fra ejerkommunerne.”*

Endelig har KL, om anbefalingen om, at bestyrelsesformanden som udgangspunkt skal være uafhængig, anført, at bestyrelsesformanden som udgangspunkt skal være uafhængig af ejerne (dvs. ikke være kommunalbestyrelsesmedlem). KL har i forlængelse heraf anført, at KL ønsker, at bestyrelsesformanden kan være et kommunalbestyrelsesmedlem fra en ejerkommune.

Om **muligheden for at undtage forbrændingsopgaven for udbudspligt, jf. de udbudsretlige in house-regler**, anfører KL på side 5 i planen, at i forhold til den konkrete nedlukning af anlæg og fordeling af affald, kan der tænkes flere forskellige modeller til effektiv fordeling af restaffald mellem anlæggene. KL oplister i forlængelse heraf tre mulige modeller:

1. Én, hvor der foretages en landsdækkende fordeling af affaldet ved en aftalebaseret mellemkommunal koordinering.
2. En anden, hvor der indgås formaliserede horisontale samarbejder mellem kommunerne.
3. En tredje, hvor affaldet udbydes til de fortsættende anlæg.

Det fremgår af KL's plan, at den ikke forhindrer, at kommuner uden ejerskab udbyder deres affald til håndtering (side 6). Det fremgår videre, at det i fremtiden vil være oplagt, at kommuner, som ikke har et

anlæg inden for egen kommunegrænse, kan få medejerskab af et nærliggende forbrændingsanlæg for at undgå, at det enkelte anlæg overskrider 20 %-grænsen, jf. ”in house-reglen” i udbudsloven. Det anføres i forlængelse heraf, at udvidelsen af ejerkredsen i bestående affaldsselskaber må bero på konkrete forhandlinger mellem kommuner og selskaber (side 6).

KL uddyber på side 12, at KL forstår aftaleteksten således, at der ikke vil være en pligt for kommuner uden ejerskab til affaldsenergianlæg til at sende affaldshåndtering i EU-udbud. KL anfører hertil, at KL forudsætter, at kommuner, som ikke har et affaldsenergianlæg inden for egen kommunegrænse, kan få medejerskab af et nærliggende anlæg. KL anfører videre, at i modsat fald kan 20 %-grænsen for anvendelse af ”in house”-reglen i udbudsloven betyde, at et givent anlæg vil være forpligtet til at sende hele forbrændingskapaciteten i EU-udbud, hvorved der kan opstå en ændret konkurrencesituation. KL bemærker, at såfremt der skulle opstå kapacitetsmangel som følge af nedlagt kapacitet, vil kommunerne være nødt til at eksportere affaldet, og dermed kan der opstå en ny konkurrencesituation.

Om **fri bevægelighed** anfører KL, at planen for at tilpasse forbrændingskapaciteten tager afsæt i den politiske aftale om en klimaplans krav om et kapacitetsloft svarende til udviklingen i de danske affaldsmængder, der forventes reduceret med 30 % i 2030 (side 4). KL anfører, at dens analyser er baseret på en forudsætning om, at den aktuelle miljøgodkendte kapacitet er 3,95 mio. tons, mens de forventede affaldsmængder i 2030 til affaldsenergianlæggene er 2,6 mio. tons (side 4).

I forhold til kravet om, at planen skal sikre en effektiv fordeling af affaldsmængder mellem anlæggene, anfører KL blandt andet, at mindre import og nedlukning af forbrændingsanlæg kræver systemiseret fordeling af dansk affald. KL bemærker dog, at i praksis kan fordelingen blive anderledes end den fordeling, der følger af KL’s analyse, idet fordelingen vil bero på, at KL og ejerkommunerne skal behandle tilbagemeldingen fra myndigheder og politikere, og planen skal drøftes i selskabernes bestyrelser, ligesom der skal ske en politisk konsolidering af tilpasningsplanen på tværs af kommunerne (side 5).

I forhold til kravet om, at det er de mindst effektive anlæg, der skal lukkes, anfører KL, at i det faglige grundlag for KL’s plan er effektiviteten samlet udtrykt gennem den økonomiske effektivitet (side 5).

Særligt i forhold til import af affald, anfører KL (side 7):

”Af aftaleteksten fremgår et politisk ønske om at begrænse import af forbrændingseget affald til danske anlæg. Det vil være i strid med EU-retten at indføre et forbud mod import af affald, da det ikke vil være foreneligt med forordning om overførsel af affald (transportforordningen), men planen er tilrettelagt ud fra, at kapaciteten tilpasses til danske affaldsmængder.”

KL har redegjort nærmere for rammerne i transportforordningen i analyserapporten på side 18.

KL bemærker også, at skulle der opstå kapacitetsmangel som følge af nedlagt kapacitet, vil kommunerne være nødt til at eksportere affaldet, og dermed kan der opstå en ny konkurrencesituation (side 12).

KL's plan for nedlukning af de mindst effektive anlæg bygger på en række forudsætninger. Det fremgår af KL's analyserapport, at der blandt andet er indgået en forudsætning om et modtagegebyr på 350 kr. per ton affald, der importeres fra andre lande. Det anføres, at modelberegningen viser, at hovedparten af de dyreste anlæg lukker allerede i 2026, fremfor at køre videre baseret på importaffald eller med reduceret drift (analyserapporten, side 9 og 54).

Om fastsættelsen af modtagegebyret på importaffald, anfører KL, at der er betydelig usikkerhed om udviklingen af prisen for importaffald frem mod 2030. Der er derfor lavet følsomhedsanalyser, hvor modtagegebyret hæves til 550 kr./ton, og begrænsningen på import først indføres i 2030, så perioden 2020-2030 ikke har en begrænsning. KL anfører, at dette gør import af affald mere attraktivt og medfører et højere forbrug af import i perioden 2020-2029 (analyserapporten side 65).

Om **Forureneren betaler-princippet** anfører KL, at der blandt andet ikke ændres på kommunernes forsyningspligt og anvisningsret, på hvile i sig selv-princippet, eller på, at affaldsenergi er en kommunal opgave (side 6).

Om **konkurrencen på markedet** fremgår blandt andet følgende af side 4 i planen:

”Med den gældende regulering er det kun ejerne selv, der kan lukke anlæg og dermed sikre, at kapaciteten nedjusteres som politisk ønsket. Godkender de statslige myndigheder KL's plan, igangsættes derfor en proces, hvor KL's plan er et udgangspunkt for dialog med ejerkommuner og kommunale selskaber, der kan indgå i kapacitetstilpasning frem mod 2030, og med staten, herunder om de enkelte anlægs økonomiske forhold og muligheder for transformation.

...

Én model, der bør afsøges, er en landsdækkende fordeling af affaldet ved en aftalebaseret mellemkommunal koordinering. KL lægger vægt på, at omkostninger til transport og logistik skal afregnes efter solidariske principper, hvor udgangspunktet er, at ejerkommunerne hæfter for et anlægs gæld – indtil andet evt. aftales mellem kommuner.

...

En anden, eksisterende model, er formaliserede horisontale samarbejder, som kommunerne i dag kan indgå. Et eksempel på et sådant horisontalt samarbejde er samarbejdet mellem Affaldvarme Aarhus og Reno-Djurs (senest udvidet med yderligere samarbejde med Favrskov Forsyning og Renosyd)."

Endelig kan affaldet fra de lukkede anlæg udbydes til de fortsættende anlæg." (vores understregninger).

For så vidt angår nye forhold, der kan føre til, at der opstår en ændret konkurrencesituation, bemærker KL, at reduktion af kapacitet kan betyde en øget mængde affald, der flyder. KL forstår dog aftaleteksten sådan, at der ikke vil være en pligt for kommuner uden ejerskab til affaldsenergianlæg til at sende affaldshåndtering i EU-udbud.

I øvrigt bemærker KL, at skulle der opstå kapacitetsmangel som følge af nedlagt kapacitet, vil kommunerne være nødt til at eksportere affaldet, og dermed kan der opstå en ny konkurrencesituation.

Side 13 i KL's plan, indeholder en uddybning af lovmedholdeligheden af planen. KL konkluderer her, at da affaldsforbrænding i KL's plan fortsat vil være en kommunal opgave, og da der vil være anvisningsret til anlæggene, forudsættes planen at være lovmedholdelig både i dansk og EU-sammenhæng.

4. VORES VURDERING AF DE ENKELTE RETSOMRÅDER

4.1 Organisatorisk og økonomisk adskillelse mellem kommune og forbrændingsanlæg

4.1.1 Gældende regler

4.1.1.1 Generelle miljøbeskyttelsesretlige rammer

Håndteringen af affald er en kommunal opgave, medmindre andet er fastsat i loven eller i regler udstedt i medfør af loven, jf. miljøbeskyttelseslovens § 45, stk. 1. Kommunalbestyrelsens håndtering af affald forudsætter ikke, at affaldsforbrænding foretages af kommunen selv eller i regi af en udskilt enhed, som kommunen helt eller delvis ejer. Affaldsforbrænding kan i dag varetages som en intern del af den kommunale forvaltning, eller den kan udskilles. Det er med andre ord ikke et krav, at opgaven udskilles.¹

¹ For så vidt angår eventuel elproduktion kan der henvises til elforsyningslovens § 4, stk. 1, 1. pkt., hvorefter en kommune kan producere elektricitet ved affaldsforbrænding. I øvrigt beskrives elforsyningslovens bestemmelser om affald ikke her. Der kan dog – ud over elforsyningslovens § 4, stk. 1, 1. pkt. – bl.a. henvises til §§ 48, 75, stk. 3, §§ 85 og 101, stk. 3-5.

Ved udskillelse forstår vi i denne sammenhæng, at opgaven varetages i en enhed, som er adskilt fra den interne kommunale forvaltning, herunder f.eks. i et § 60-fællesskab eller i et selskab.

Idet kun ét affaldsforbrændingsanlæg aktuelt drives som en intern del af den kommunale forvaltning, er udskillelse allerede den praktiske hovedregel for de kommunalt ejede affaldsforbrændingsanlæg. Den mest almindelige organisationsform er § 60-fællesskabet, dvs. mellemkommunale samarbejdsenheder oprettet i medfør af kommunestyrelseslovens § 60. En håndfuld affaldsforbrændingsanlæg drives i regi af aktieselskaber, der direkte eller indirekte gennem et holdingselskab er kommunalt ejet af én kommune eller i et enkelt tilfælde af to kommuner i fællesskab. Dertil kommer nogle forbrugerejede affaldsforbrændingsanlæg, som ejes af andelsselskaber med begrænset ansvar (a.m.b.a.), herunder i visse tilfælde gennem et aktieselskab. Endelig er ét anlæg delvist forbrugerejet og delvist ejet af et § 60-fællesskab.

Når affaldsforbrændingsopgaven udskilles fra en kommune, er der visse begrænsninger i, hvad der kan overlades til den udskilte enhed. Navnlig kan kommunalbestyrelsen ikke overlade myndighedsudøvelse til private uden klar lovhjemmel.² Myndighedsudøvelse kan heller ikke uden særlige holdepunkter i lovgivningen overlades til et § 60-fællesskab.³

Ejere af affaldsforbrændingsanlæg og deponeringsanlæg skal aflægge funktionsopdelte regnskaber for anlæggene, og hvis ejeren driver andre aktiviteter, skal der aflægges særskilte regnskaber for henholdsvis affaldsforbrændings- og deponeringsaktiviteten, jf. miljøbeskyttelseslovens § 50 c, stk. 1. Nærmere regler kan fastsættes af energienergi-, forsynings- og klimaministeren, jf. miljøbeskyttelseslovens § 50 c, stk. 2-3.

Formålet med miljøbeskyttelseslovens § 50 c er at skabe økonomisk gennemsigtighed i anlæggenes økonomi. Affaldsforbrændingsanlæg er anlæg med affald som hovedbrændsel, som er godkendt i henhold til varme- eller elforsyningsloven. Anlæg, der medforbrænder affald, er ikke omfattet af miljøbeskyttelseslovens § 50 c. Selvom affaldsforbrændingsanlæg og deponeringsanlæg drives af samme ejer eller i samme selskab, skal der udarbejdes regnskab for anlæggene hver især.⁴

Som anført i afsnit 4.4.1 om gældende regler om forurenere betaler-princippet er de enkelte kommunale ordninger – og ikke blot affaldsområdet under ét – underlagt hvile i sig selv-princippet. Kommunalbestyrelsen skal være i stand til at redegøre for beregningen af de særskilte gebyrer for hver enkelt ordning, jf. miljøbeskyttelseslovens § 48, stk. 3. I kraft af hvile i sig selv-princippet hænger spørgsmålet om

² Fenger (red.), *Forvaltningsret*, 2018, s. 143.

³ Social- og Indenrigsministeriet, *Vejledning om kommunale fællesskaber*, 2016, s. 23.

⁴ Lovforslag nr. 152 om ændring af lov om miljøbeskyttelse fremsat den 26. februar 2009, de specielle bemærkninger til § 1, nr. 44.

gebyrer, indtægtssiden, sammen med spørgsmålet om omkostninger, udgiftssiden. I overensstemmelse hermed skal kommunalbestyrelsen også opgøre omkostningerne ved den enkelte indsamlings- og anvisningsordning efter opdelingen i det kommunale budget og regnskabssystem, så gebyrindtægten alene dækker omkostningerne til ordningen, jf. affaldsaktørbekendtgørelsens § 16, stk. 1, 1. pkt. Det bemærkes, at den kommunale opgavevaretagelse i forhold til affaldsforbrænding i mangel af lovregulering også ville være underlagt hvile i sig selv-princippet i medfør af kommunalfuldmagtsreglerne.⁵ En naturlig konsekvens af hvile i sig selv-princippet er også, at der ikke må ske sammenblanding af kommunens økonomi og affaldsforbrændingsanlæggets økonomi.⁶

4.1.1.2 Intern kommunal opgaveløsning

Varetages affaldsforbrændingsopgaven internt i den kommunale forvaltning, er opgaven ikke organisatorisk udskilt. Hvis affaldsforbrændingsopgaven løses internt i den enkelte kommunes forvaltning, er kommunalbestyrelsen den øverste myndighed, og affaldsforbrændingsanlægget er omfattet af forvaltningens instruksbeføjelse. De ansatte er ansat i kommunen, og den kommune, der løser affaldsforbrændingsopgaven internt i den kommunale forvaltning, vil hæfte ubegrænset for aktiviteterne.

De gældende miljøbeskyttelsesretlige rammer, herunder miljøbeskyttelseslovens §§ 48 og 50 c og hvile i sig selv-princippet, indebærer, at affaldsforbrændingsanlæggets økonomi skal være adskilt fra kommunens økonomi, selv om opgaven varetages internt i den kommunale forvaltning. Budget- og regnskabssystemet for kommuner⁷ beskriver nærmere, hvordan den regnskabsmæssige adskillelse skal håndteres. Det foreskrives blandt andet, at forsyningsvirksomhedernes budgetter og regnskaber skal indgå i de kommunale budgetter og regnskaber, men at virksomhederne i kraft af hvile i sig selv-princippet skal betragtes som eksterne i forhold til øvrige kommunale aktiviteter.⁸ For så vidt angår affaldshåndtering angives det, at affaldsordningerne regnskabsteknisk behandles som forsyningsvirksomhederne, fordi de er gebyrfinansieret efter hvile i sig selv-princippet.⁹

⁵ Rønsholdt & Taheri Abkenar, *Kommunalret i grundtræk*, 2020, s. 91.

⁶ Hannibal, Stenderup Jensen, Holm Larsen & Skodborggaard, *Kommunale forsyningselskaber*, 2010, s. 28.

⁷ Budget- og regnskabssystemet findes på Social- og Indenrigsministeriets hjemmeside (www.budregn.sim.dk) og udgør bilag 1 til cirkulære nr. 9916 af 15. oktober 2019, jf. herved cirkulærets § 1, 2. pkt., og § 2, stk. 1, samt bekendtgørelse nr. 1051 af 15. oktober 2019 om kommunernes budget- og regnskabsvæsen, revision mv., § 1.

⁸ Budget- og regnskabssystem for kommuner, regnskab 2021, version 1, kapitel 4, afsnit 4.1, s. 1.

⁹ Budget- og regnskabssystem for kommuner, regnskab 2021, version 1, kapitel 4, afsnit 4.1, s. 6.

4.1.1.3 § 60-fællesskaber

I henhold til kommunestyrelseslovens § 60, stk. 1, kan kommuner indgå aftaler om samarbejde med andre kommuner, som vil medføre indskrænkning i de enkelte deltagende kommunalbestyrelses beføjelser efter kommunestyrelsesloven. § 60-fællesskaber er kendetegnet ved, at de deltagende kommuner på det pågældende opgaveområde overlader kompetence til samarbejdet. Kompetence til at udøve myndighedsudøvelse kan dog som nævnt ikke overlades til § 60-fællesskabet uden særlige holdepunkter i lovgivningen.¹⁰

Samarbejdet mellem kommunerne er vedtægtsreguleret, og vedtægterne er et centralt styringsværktøj mellem kommune og § 60-fællesskab.¹¹ Det kan f.eks. være bestemt, at visse beslutninger skal godkendes af de deltagende kommunalbestyrelser.¹² Vedtægterne skal som udgangspunkt godkendes af Ankestyrelsen, jf. kommunestyrelseslovens § 60, stk. 1.¹³

Ingen andre end kommuner kan deltage i § 60-fællesskaber.¹⁴ § 60-fællesskaber er normalt interessentskaber, hvor kommunerne er interessenter. Kapitalselskabsform kan ikke anvendes. Kommunerne hæfter direkte, solidarisk og uden begrænsning for § 60-fællesskabet.¹⁵ De ansatte er ansat i fællesskabet, dvs. ikke i de enkelte kommuner.¹⁶ § 60-fællesskabet kan – ligesom en kommune – deltage i f.eks. et aktieselskab.¹⁷

Den kompetence, der overføres til § 60-fællesskabet, er en selvstændig kompetence til at varetage de pågældende opgaver. Fællesskabets styrelsesorgan er herefter den kompetente og ansvarlige myndighed for opgavevaretagelsen. Der er med andre ord ikke tale om delegation.¹⁸ De deltagende kommuner overøver indflydelse på fællesskabet gennem udpegningen af medlemmer til dets styrende organ.

¹⁰ Social- og Indenrigsministeriet, *Vejledning om kommunale fællesskaber*, 2016, s. 23.

¹¹ Social- og Indenrigsministeriet, *Vejledning om kommunale fællesskaber*, 2016, s. 24, 38-40 og 81-83.

¹² Social- og Indenrigsministeriet, *Vejledning om kommunale fællesskaber*, 2016, s. 50.

¹³ Se desuden Social- og Indenrigsministeriet, *Vejledning om kommunale fællesskaber*, 2016, s. 33 og 39. Kompetencen var tidligere tillagt Statsforvaltningen, jf. herved love nr. 769 af 9. juni 2015 af lov om kommunernes styrelse, § 60, stk. 1.

¹⁴ Social- og Indenrigsministeriet, *Vejledning om kommunale fællesskaber*, 2016, s. 22.

¹⁵ Social- og Indenrigsministeriet, *Vejledning om kommunale fællesskaber*, 2016, s. 20.

¹⁶ Social- og Indenrigsministeriet, *Vejledning om kommunale fællesskaber*, 2016, s. 34-36.

¹⁷ Social- og Indenrigsministeriet, *Vejledning om kommunale fællesskaber*, 2016, s. 75-77, hvor adgangen hertil og begrænsningerne er nærmere beskrevet.

¹⁸ Social- og Indenrigsministeriet, *Vejledning om kommunale fællesskaber*, 2016, s. 21. En nærmere beskrivelse af, hvilke opgaver § 60-fællesskaber (ud over de vedtægtsbestemte) kan varetage for kommuner eller for andre § 60-fællesskaber, findes på s. 31-32.

Kommunalbestyrelsen har instruktionsbeføjelse for så vidt angår medlemmernes ageren i § 60-fællesskabets ledelse. Valget af ledelsesmedlemmerne foregår efter kommunestyrelseslovens almindelige regler, og medlemmerne vælges som udgangspunkt af kommunalbestyrelsen og normalt blandt kommunalbestyrelsens egne medlemmer.¹⁹

De enkelte deltagerkommuner skal være sikret rimelig indflydelse på § 60-fællesskabet, hvilket Ankestyrelsen vurderer i forbindelse med godkendelsen af fællesskabets vedtægter. Det er en konkret vurdering, hvori det blandt andet indgår, om alle deltagerkommunerne er sikret deltagelse i § 60-fællesskabets styrende organ.²⁰

Det styrende organ konstituerer sig efter § 60-fællesskabets vedtægter, f.eks. således at organet selv vælger sin formand og eventuelt næstformand, eller således at et bestemt medlem er født formand, eller at formanden skal findes blandt en bestemt af de deltagende kommuners repræsentanter.²¹

§ 60-fællesskabet kan karakteriseres som en art ”specialkommune”. Formueretligt er et § 60-fællesskab et selvstændigt retssubjekt, som på egen hånd kan indgå forpligtende aftaler, men som dog kun kan udføre de opgaver, som de deltagende kommuner har overført kompetencekompetence til at udføre.²²

§ 60-fællesskabet er en offentlig myndighed og er i almindelighed underlagt den samme offentligretlige regulering som kommuner, herunder kommunalfuldmagtsreglerne.²³ Kommunestyrelsesloven finder også anvendelse, idet der dog er en vis adgang til at fravige lovens regler i § 60-fællesskabets vedtægter, herunder f.eks. at bestemme at der aflægges regnskab efter årsregnskabslovens regler i stedet for efter de kommunale budget- og regnskabsregler.²⁴ Idet § 60-fællesskabet i sig selv er en myndighed, skal udvekslingen af oplysninger mellem fællesskabet og de deltagende kommuner følge reglerne i forvaltningslovens § 28.²⁵

Der aflægges regnskab for § 60-fællesskabet; typisk af fællesskabets bestyrelse.²⁶ Udgangspunktet er, at § 60-fællesskaber er omfattet af de kommunale budget- og regnskabsregler, medmindre det følger af

¹⁹ Social- og Indenrigsministeriet, *Vejledning om kommunale fællesskaber*, 2016, s. 24-25.

²⁰ Social- og Indenrigsministeriet, *Vejledning om kommunale fællesskaber*, 2016, s. 48.

²¹ Social- og Indenrigsministeriet, *Vejledning om kommunale fællesskaber*, 2016, s. 51.

²² Social- og Indenrigsministeriet, *Vejledning om kommunale fællesskaber*, 2016, s. 19.

²³ Social- og Indenrigsministeriet, *Vejledning om kommunale fællesskaber*, 2016, s. 20 og 41.

²⁴ Social- og Indenrigsministeriet, *Vejledning om kommunale fællesskaber*, 2016, s. 40.

²⁵ Social- og Indenrigsministeriet, *Vejledning om kommunale fællesskaber*, 2016, s. 27.

²⁶ Social- og Indenrigsministeriet, *Vejledning om kommunale fællesskaber*, 2016, s. 72.

sektorlovgivningen eller fællesskabets vedtægter godkendt af Ankestyrelsen, at der aflægges årsrapport efter årsregnskabslovens regler.²⁷ Finansieringen af § 60-fællesskabets aktiviteter, herunder deltagerkommunernes bidrag til finansieringen, kan reguleres i vedtægterne. Det bemærkes, at § 60-fællesskaber også kan varetage skattefinansierede aktiviteter, men ikke i videre omfang end hvad der følger af sektorlovgivningen.²⁸

Energi-, forsynings- og klimaministeren har i henhold til miljøbeskyttelseslovens § 49, stk. 1, mulighed for at pålægge kommuner at oprette § 60-fællesskaber, udvide deltagerkredsen i sådanne selskaber eller at tilslutte sig dem. Ministeren kan også pålægge kommunale fællesskaber for affaldshåndtering at modtage affald fra kommuner, der ikke deltager i § 60-fællesskabet, jf. miljøbeskyttelseslovens § 49, stk. 2.

4.1.1.4 Aktieselskaber

Udskillelsen af et affaldsforbrændingsanlæg i et aktieselskab medfører, at selskabet er underlagt selskabslovens almindelige regler, herunder med hensyn til ansvars- og opgavefordelingen mellem ledelse og aktionærer. Hæftelsen for de kommuner, der er aktionærer, er begrænset til aktiekapitalen. Aktieselskabet vil, også når det er kommunalt ejet, have sin egen selvstændige økonomi adskilt fra kommunens.

Kommunalbestyrelsens direkte indflydelse på anlæggets drift vil være begrænset i forhold til den indflydelse, der kan udøves, når anlægget er en del af den kommunale forvaltning eller en del af et § 60-fællesskabfællesskab. Kommunalbestyrelsen kan ikke instruere aktieselskabets ledelse eller ansatte, men må udøve sin indflydelse f.eks. gennem fastsættelsen af selskabets vedtægter, ved kontrakter med selskabet eller gennem selskabets generalforsamling, jf. herved selskabslovens § 76, eller eventuelt gennem holdingselskabets generalforsamling, hvis man har valgt en holdingstruktur.

Flertallet af et aktieselskabs bestyrelsesmedlemmer skal vælges på selskabets generalforsamling, jf. selskabslovens § 120, stk. 1. Den indflydelse, som ejerkommunerne som aktionærer udøver gennem generalforsamlingen, omfatter således også valget af bestyrelsesmedlemmer.

Deltager flere kommuner i aktieselskabet, må en af kommunerne normalt ikke have bestemmende indflydelse i selskabet.²⁹

²⁷ Social- og Indenrigsministeriet, *Vejledning om kommunale fællesskaber*, 2016, s. 40 og s. 69.

²⁸ Social- og Indenrigsministeriet, *Vejledning om kommunale fællesskaber*, 2016, s. 66-67.

²⁹ Økonomi- og Indenrigsministeriet, *Notat om retlige rammer for fælles løsninger for kommunalt samarbejde*, 2014, s. 13 og s. 16-17, Social- og Indenrigsministeriet, *Vejledning om kommunale fællesskaber*, 2016, s. 49, og Social- og Indenrigsministeriet, *Bedre styringsmuligheder i forsyningssektorerne*, 2016, s. 25-26.

4.1.1.5 *Andelsselskaber med begrænset ansvar (a.m.b.a.)*

Andelsselskaber med begrænset ansvar danner i praksis ikke ramme om kommunalbestyrelsernes deltagelse i forsyningsvirksomhed, men derimod om forbrugernes. De forbrugerejede andelsselskabers økonomi er selvsagt – selv om selskaberne bidrager til løsningen af en kommunal opgave, jf. herved miljøbeskyttelseslovens § 45, stk. 1 – adskilt fra kommunernes økonomi.

Det skal på den baggrund på dette sted blot kort nævnes, at selskabsformen er kendetegnet ved at være omfattet af lov om visse erhvervsdrivende virksomheder samt af årsregnskabsloven, jf. årsregnskabslovens § 3, stk. 1, nr. 4. Vedtægterne er et centralt styringsredskab, herunder i forhold til spørgsmål om ledelsens struktur, valg og konstituering. Deltagerne i andelsselskabet udøver som udgangspunkt deres indflydelse gennem selskabets generalforsamling.

4.1.2 *Statens ejerskabspolitik*

I baggrunden for aftalepartiernes anmodning til KL om en konkret plan for tilpasning af affaldsafbrændingskapaciteten, punkt V i den politiske aftale af 16. juni 2020, er det forudsat, at affaldssektoren fremover skal leve op til anbefalingerne i Statens ejerskabspolitik. Kravet indgår dog ikke i den tjekliste af konkrete punkter, som aftalepartierne har anmodet KL om at udarbejde sin plan inden for rammerne af.

Statens ejerskabspolitik tager udgangspunkt i selskaber, hvor staten er eneejer, samt i et vist omfang også selskaber, hvor staten ejer en andel.³⁰ Statens ejerskabspolitik tager ikke direkte sigte på den kommunale ejerskabsudøvelse, f.eks. i kommunale forsyningselskaber, men politikken kan tjene som inspiration ud over sit umiddelbare anvendelsesområde. Eksempelvis har Statens ejerskabspolitik – sammen med Anbefalinger for god selskabsledelse udgivet af Komiteen for god Selskabsledelse – tjent som inspiration for Kodeks for god selskabsledelse i kommunale forsyningselskaber.³¹ Statens ejerskabspolitik angiver også selv, at mange af problemstillingerne vil have klare paralleller til ejerskabsudøvelsen i forhold til selskaber i den øvrige offentlige sektor, herunder kommuner og regioner.³²

³⁰ Finansministeriet, *Statens ejerskabspolitik*, 2015, s. 8 og s. 12-13.

³¹ DANVA, Dansk affaldsforening, Dansk Fjernvarme og Danske Vandværker, *Kodeks for god selskabsledelse i kommunale forsyningselskaber*, 2017, s. 4. Et væsentligt punkt, hvorpå Kodeks for god selskabsledelse i kommunale forsyningselskaber afviger, er spørgsmålet om ledelsesmedlemmers uafhængighed. Således erkendes det, at en stor del af ledelsesmedlemmerne er kommunalbestyrelsesmedlemmer, som må anses for afhængige, og kodekset anser det i den sammenhæng for afgørende, at der tydeligt redegøres for afhængigheden, men der er ikke f.eks. fastsat en målsætning om en andel af uafhængige ledelsesmedlemmer.

³² Finansministeriet, *Statens ejerskabspolitik*, 2015, s. 14.

I det følgende beskrives udvalgte, væsentlige dele af Statens ejerskabspolitik, som kan være relevante i forhold til vurderingen af den organisatoriske adskillelse mellem kommunerne og affaldsforbrændingsanlæggene.

Først og fremmest skal det fremhæves, at Statens ejerskabspolitik bygger på, at forholdet mellem staten som ejer på den ene side og selskabets bestyrelse på den anden side er underlagt et armslængdeprincip. Selskabet skal således drives med udgangspunkt i, hvad der – inden for rammerne af selskabets vedtægter og relevant lovgivning – tjener selskabet bedst. Det er bestyrelsen, der har ansvaret for og skal have friheden til at drive selskabet på statens vegne. Staten skal ikke påtage sig en de facto ledelsesrolle, men skal dog udøve et aktivt ejerskab, herunder ved at sikre en passende bestyrelsessammensætning i forhold til selskabets forretning og situation og ved at udøve sit ejerskab på selskabets generalforsamling.³³

Bestyrelsen skal uafhængigt af ejerne (staten) og andre særinteresser varetage deres ledelsesmæssige ansvar på den måde, der tjener selskabet bedst. Bestyrelsens formand skal som udgangspunkt være uafhængig og ikke knyttet direkte til direktionen, ejere, selskabet eller øvrige særinteresser. Det samme gælder et flertal af bestyrelsens generalforsamlingsvalgte medlemmer.³⁴ Omvendt skal statens myndighedsudøvelse over for selskaber, staten har ejerandel i, foregå sagligt og uden hensyn til statens ejerskab.³⁵

Bestyrelsens formand og næstformand skal som hovedregel vælges direkte af generalforsamlingen. Formanden tilrettelægger bestyrelsesarbejdet med henblik på, at bestyrelsen kan lede selskabet effektivt og ud fra selskabets interesser. Det er desuden bestyrelsesformanden, der er bindeled til og varetager kommunikationen til ejerministeren.³⁶

Det skal identificeres, hvilke kompetencer bestyrelsen bør råde over, og udvælgelsen af bestyrelsesmedlemmer skal herefter ske med udgangspunkt i disse kompetencer og på grundlag af dokumenterede kvalifikationer, kompetencer og erfaringer. Bestyrelsen bør have en afbalanceret sammensætning af kvinder og mænd. Når staten er majoritetsejer, er ejerministeren – efter omstændighederne under inddragelse af regeringen – ansvarlig for at identificere nye bestyrelsesmedlemmer, som vælges på generalforsamlingen. Er der flere ejere, kan det overvejes at nedsætte en nomineringskomité.³⁷

³³ Finansministeriet, *Statens ejerskabspolitik*, 2015, s. 17-19 og s. 43.

³⁴ Finansministeriet, *Statens ejerskabspolitik*, 2015, s. 46; nærmere om bestyrelsesarbejdet på s. 51-56.

³⁵ Finansministeriet, *Statens ejerskabspolitik*, 2015, s. 21.

³⁶ Finansministeriet, *Statens ejerskabspolitik*, 2015, s. 45.

³⁷ Finansministeriet, *Statens ejerskabspolitik*, 2015, s. 43-45.

Antallet af bestyrelsesmedlemmer vil bero på en afvejning af forskellige hensyn. I Statens ejerskabspolitik fremhæves det, at 4-6 generalforsamlingsvalgte bestyrelsesmedlemmer bør være hovedreglen. Dertil vil komme eventuelle medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer. Embedsmænd i centraladministrationen, som er underlagt ministerinstruks, skal som hovedregel ikke vælges til bestyrelsen.³⁸

Bestyrelsesvederlaget skal være konkurrencedygtigt, men ikke lønførende i forhold til sammenlignelige private selskaber. Der kan ved fastsættelsen tages hensyn til selskabets størrelse, kompleksitet, arbejdsbyrden, vederlaget i andre statslige selskaber og sammenlignelige private selskaber. Forventes en ekstraordinær indsats, kan der aftales særlige ordninger, idet vederlaget dog som udgangspunkt skal være et fast årligt beløb, som ikke skal være incitamentsbaseret. En vederlagspolitik samt konkrete forslag til bestyrelsesvederlag skal godkendes på generalforsamlingen. Vederlagspolitikken skal offentliggøres, og bestyrelsesvederlag for tidligere år skal fremgå af årsrapporten.³⁹

Der skal udarbejdes et strategisk ejerskabsdokument for hvert selskab, staten deltager i som ejer. Dokumentet skal redegøre for ejerskabets rationale, målsætning for selskabet, den overordnede strategiske ramme for selskabet og de finansielle mål mv.⁴⁰ Selskabernes formål må som udgangspunkt alene være forretningsmæssigt.⁴¹

4.1.3 KL's plan

4.1.3.1 Organisatorisk og økonomisk adskillelse

Der findes i dag ét affaldsforbrændingsanlæg, nemlig BOFA, der ikke er udskilt fra den kommunale forvaltning. Dette anlæg foreslås lukket i KL's model.⁴² Med undtagelse af BOFA, som således foreslås lukket, opfylder de øvrige kommunale anlæg efter KL's vurdering allerede kravene til organisatorisk og økonomisk adskillelse, hvad enten anlæggene drives i regi af § 60-fællesskaber eller som selskaber.⁴³

KL har således vurderet, at der er en klar og gennemsigtig organisatorisk ansvarsfordeling mellem kommune og forbrændingsanlæg, som understøtter, at anlægget drives ud fra et armslængdeprincip, så

³⁸ Finansministeriet, *Statens ejerskabspolitik*, 2015, s. 47-48.

³⁹ Finansministeriet, *Statens ejerskabspolitik*, 2015, s. 48-49.

⁴⁰ Finansministeriet, *Statens ejerskabspolitik*, 2015, s. 25. Se desuden s. 33.

⁴¹ Finansministeriet, *Statens ejerskabspolitik*, 2015, s. 27.

⁴² Kommunernes Landsforening, *KL's plan for at tilpasse kapacitet for affaldsenergi frem mod 2030*, s. 3.

⁴³ Kommunernes Landsforening, *KL's plan for at tilpasse kapacitet for affaldsenergi frem mod 2030*, s. 6-7 og s. 14.

ansvar for daglig drift er placeret hos bestyrelse og direktion i anlægget. Videre har KL vurderet, at der er en klar og gennemsigtig adskillelse af kommunens og anlæggets økonomi.⁴⁴

4.1.3.2 *Statens ejerskabspolitik*

KL noterer sig i sin model, at aftalepartierne er enige om, at affaldssektoren fremover skal leve op til anbefalingerne i Statens ejerskabspolitik, hvorefter KL vurderer, at kravene hertil allerede er opfyldt (på nær for BOFA, som foreslås lukket).⁴⁵

KL's vurdering af, at modellen lever op til anbefalingerne i Statens ejerskabspolitik, skal ses i lyset af, at modellen med KL's egne ord indeholder en *"tolkning af anbefalingerne i statens ejerskabspolitik"*.⁴⁶ Tolkningen udgør tre ønsker til afvigelser fra hovedregler eller udgangspunkter i Statens ejerskabspolitik, nemlig at bestyrelsen som hovedregel skal have 4-6 generalforsamlingsvalgte medlemmer, at flertallet af disse som udgangspunkt skal være uafhængige, og at bestyrelsesformanden som udgangspunkt skal være uafhængig.⁴⁷

Således ønsker KL i) mulighed for større bestyrelser end 4-6 generalforsamlingsvalgte bestyrelsesmedlemmer, ii) mulighed for at vælge flertallet af bestyrelsesmedlemmerne blandt ejerkommunernes kommunalbestyrelsesmedlemmer og iii) mulighed for at vælge en bestyrelsesformand, som er kommunalbestyrelsesmedlem i en ejerkommune. I forhold til det første ønske, dvs. muligheden for større bestyrelser, fremhæver KL, at det særligt kan være relevant, når der er mange kommuner knyttet til ét affaldsforbrændingsselskab.⁴⁸

4.1.4 *Vurdering*

4.1.4.1 *Organisatorisk og økonomisk adskillelse*

KL har vurderet, at alle eksisterende affaldsforbrændingsanlæg opfylder kravene til organisatorisk og økonomisk adskillelse – dog med undtagelse af BOFA, som foreslås lukket.

⁴⁴ Kommunernes Landsforening, *KL's plan for at tilpasse kapacitet for affaldsenergi frem mod 2030*, s. 6-7.

⁴⁵ Kommunernes Landsforening, *KL's plan for at tilpasse kapacitet for affaldsenergi frem mod 2030*, s. 6-7.

⁴⁶ Kommunernes Landsforening, *KL's plan for at tilpasse kapacitet for affaldsenergi frem mod 2030*, s. 7.

⁴⁷ Finansministeriet, *Statens ejerskabspolitik*, 2015, s. 46-47 og s. 77.

⁴⁸ Kommunernes Landsforening, *KL's plan for at tilpasse kapacitet for affaldsenergi frem mod 2030*, s. 15.

De krav, som dermed efter KL's vurdering allerede er opfyldt, svarer til dem, der er angivet i tjeklisten i den politiske aftale af 16. juni 2020 om en klimaplan for en grøn affaldssektor og cirkulær økonomi.⁴⁹ KL's model beskriver ikke, hvordan kravene opfyldes i dag, og modellen berører kun i begrænset omfang de gældende generelle miljøbeskyttelsesretlige rammer, jf. herved afsnit 4.1.1.1.

Vi er enige i KL's vurdering af, at gældende krav til organisatorisk og økonomisk adskillelse, jf. afsnit 4.1.3, må anses for opfyldt, idet der ikke er særskilte holdepunkter for at antage, at eksisterende aktører ikke skulle operere i overensstemmelse med gældende ret. Tilsvarende er vi enige i, at KL's model vil overholde de krav, der er angivet i den politiske aftale af 16. juni 2020 om en klimaplan for en grøn affaldssektor og cirkulær økonomi, når det forudsættes, at kravene allerede i dag er opfyldt. Det må således på det foreliggende grundlag vurderes, at KL's model opfylder kravene til organisatorisk og økonomisk adskillelse. KL's model forbedrer den organisatoriske adskillelse i affaldsforbrændingssektoren, derved at BOFA, som er det eneste ikke-udskilte anlæg, foreslås lukket. I øvrigt påvirker modellen ikke den nugældende grad af organisatorisk og økonomisk adskillelse.

KL's plan opfylder dermed kriteriet om udskillelse i den politiske aftale af 16. juni 2020 om en klimaplan for en grøn affaldssektor og cirkulær økonomi, henset til at BOFA foreslås lukket mellem 2026 og 2030. Det bemærkes i den forbindelse, at selv om BOFA ikke kan anses for organisatorisk adskilt fra kommunen, allerede fordi kommunalbestyrelsen – trods indsættelsen af en daglig ledelse – er den øverste myndighed, og fordi affaldsforbrændingsanlægget er omfattet af forvaltningens instruktionsbeføjelse, så må affaldsforbrændingsanlæggets økonomi allerede i vidt omfang anses for adskilt fra kommunens i kraft af de gældende miljøbeskyttelsesretlige rammer, jf. afsnit 4.1.1.1, og det kommunale budget- og regnskabsystem, jf. afsnit 4.1.1.2.

4.1.4.2 Statens ejerskabspolitik

Statens ejerskabspolitik's umiddelbare anvendelsesområde er ikke de kommunale forsyningsselskaber, men politikken kan tjene som inspiration også for disse. I tillæg til denne almindelige betragtning har aftalepartierne som nævnt i baggrunden for den politiske aftale forudsat, at *"affaldssektoren fremover skal leve op til anbefalingerne i Statens ejerskabspolitik."*⁵⁰ Statens ejerskabspolitik er ikke lovregler, men er derimod efter deres art i vidt omfang vejledende. Det kommer også til udtryk ved, at en række af anbefalingerne er formuleret som hovedregler eller udgangspunkter uden en udtømmende opregning af undtagelserne.

⁴⁹ Den politiske aftale af 16. juni 2020 om en klimaplan for en grøn affaldssektor og cirkulær økonomi, s. 10-11, pkt. 10.

⁵⁰ Den politiske aftale af 16. juni 2020 om en klimaplan for en grøn affaldssektor og cirkulær økonomi, s. 10.

Anbefalingerne i Statens ejerskabspolitik er som nævnt ikke en del af tjeklisten af konkrete punkter, som KL er blevet anmodet om at udarbejde sin plan inden for rammerne af. På den baggrund foretages ikke en særskilt vurdering af, om KL's plan lever op til anbefalingerne, eller i hvor høj grad planen lever op til anbefalingerne.

Fokus for vurderingen er, hvorledes anbefalingerne i Statens ejerskabspolitik kan understøtte den organisatoriske adskillelse mellem kommunerne og affaldsforbrændingsanlæggene.

Hvis anbefalingerne i Statens ejerskabspolitik efterleves, vil det kunne medføre en højere grad af organisatorisk og økonomisk adskillelse, end hvad der følger af lovgivningens mindstekrav, jf. herved afsnit 4.1.1 og 4.1.3.1, og omvendt kan gældende lovkrav overholdes uden at leve op til alle anbefalingerne i Statens ejerskabspolitik. De følgende bemærkninger om KL's plan i forhold til Statens ejerskabspolitik skal læses i dette lys.

KL's vurdering er, at kravene til at leve op til anbefalingerne i Statens ejerskabspolitik allerede er opfyldt, forudsat at KL's tolkning af tre udvalgte anbefalinger, som indebærer afvigelser fra de pågældende anbefalinger, kan accepteres. Statens ejerskabspolitik er som nævnt vejledende, og den konkrete udmøntning af politikken er i nogen grad fleksibel, herunder ikke mindst når der som i dette tilfælde er tale om anbefalinger formuleret som hovedregler eller udgangspunkter. Hvorvidt KL's tolkning af de tre konkrete anbefalinger vil kunne accepteres, vil således ikke i første række være en juridisk, men derimod snarere en politisk eller administrativ vurdering. I en sådan vurdering vil nedenstående overvejelser kunne indgå. I en sådan vurdering vil nedenstående overvejelser kunne indgå.

Anbefalingen om, at flertallet af bestyrelsens generalforsamlingsvalgte medlemmer, herunder bestyrelsesformanden, skal være uafhængige, er i Statens ejerskabspolitik begrundet med, at anbefalingen skal sikre, at der ikke kan sås tvivl om bestyrelsens beslutningsgrundlag og interesser.⁵¹ Når bestyrelser efter Statens ejerskabspolitik som hovedregel ikke bør overstige en vis størrelse, er det begrundet i hensyn til bestyrelsens effektivitet. Det skal sikre en effektiv beslutningsproces, og at bestyrelsen fungerer som et kollektiv, hvor alle medlemmerne bidrager aktivt til selskabets ledelse.⁵²

Selv om anbefalingen om bestyrelsens størrelse er båret af vægtige hensyn, må anbefalingerne om uafhængighed for et flertal af de generalforsamlingsvalgte bestyrelsesmedlemmer og for bestyrelsesformanden anses for i højere grad at høre til kerneområder i Statens ejerskabspolitik, ikke mindst fordi anbefalingerne hænger tæt sammen med armlængdeprincippet, der er et gennemgående og bærende princip i Statens ejerskabspolitik.

⁵¹ Finansministeriet, *Statens ejerskabspolitik*, 2015, s. 46.

⁵² Finansministeriet, *Statens ejerskabspolitik*, 2015, s. 47.

Det havde været hensigtsmæssigt og antagelig bedst stemmende med principperne i Statens ejerskabspolitik, hvis KL i sin plan havde forklaret, hvorfor der efter KL's vurdering er grund til at fravige de nævnte udgangspunkter om uafhængighed i Statens ejerskabspolitik, jf. herved i bredere forstand principperne bag årsregnskabslovens § 107 b, stk. 1, nr. 3.

For så vidt angår spørgsmålet om antallet af generalforsamlingsvalgte bestyrelsesmedlemmer har KL som begrundelse anført, at det er særligt relevant at kunne sammensætte større bestyrelser, når der er mange kommuner knyttet til et selskab. Det skal i den sammenhæng bemærkes, at antallet af ejerkommuner i dag i ingen tilfælde overstiger to kommuner. Det må formentlig i sådanne tilfælde anses for bedst stemmende med Statens ejerskabspolitik, at bestyrelsen begrænses til 4-6 generalforsamlingsvalgte medlemmer, medmindre andre vægtige hensyn gør sig gældende. Man kan dog naturligvis forestille sig, at kredsen af ejerkommuner vil udvides, når en række anlæg nedlukkes.

Selv om det ikke fremhæves særskilt i KL's model, kan KL's tolkning af anbefalingerne om uafhængighed også i nogen grad påvirke overholdelsen af anbefalingerne om bestyrelsens sammensætning og kompetencer. Således skal valget af bestyrelsesmedlemmer efter Statens ejerskabspolitik ske på grundlag af, hvilke kompetencer der er nødvendige for selskabet, og det hensyn må alt andet lige anses for svækket, hvis et større antal bestyrelsesmedlemmer, end hvad der ville følge af Statens ejerskabspolitik, skal kunne vælges blandt kommunalbestyrelsesmedlemmerne i ejerkommunerne.

Anbefalingerne i Statens ejerskabspolitik kan umiddelbart overføres på de kommunalt ejede aktieselskaber. Spørgsmålet er herefter, i hvilket omfang anbefalingerne kan være relevante for § 60-fællesskaberne.

Der kan peges på en række positive effekter ved at pålægge § 60-fællesskaberne at leve op til anbefalingerne i Statens ejerskabspolitik. F.eks. kan man alt andet lige forestille sig en mere effektiv drift, hvis affaldsforbrændingsanlægget i kraft af armslængdeprincippet drives på § 60-fællesskabets egne præmisser og ud fra fællesskabets egne interesser. Det kan understøttes af en professionalisering af bestyrelsen samt af bestyrelsesmedlemmernes uafhængighed. Videre vil et strategisk ejerskabsdokument kunne sætte rammen om en hensigtsmæssig og målrettet udøvelse af det aktive kommunale ejerskab, om selskabets målsætninger, om den strategiske ramme og om de finansielle mål.

Omvendt er § 60-fællesskaber som organisationsform på væsentlige punkter forskellige fra dem, der hører til kerneområdet for anvendelsen af Statens ejerskabspolitik. Således er § 60-fællesskaberne myndigheder og ikke selskaber, og fællesskaberne er kendetegnet ved en relativt høj grad af kontrol, som modsvares af deltagerkommunernes direkte, solidariske og ubegrænsede hæftelse. Svækkes kontrollen, samtidig med at hæftelsesforholdene fastholdes, forrykkes denne balance. Kontrollen kommer f.eks. til udtryk ved, at ledelsesmedlemmerne udpeges af kommunerne, som har instruktionsbeføjelse, og ved, at

hver deltagende kommune som udgangspunkt skal være repræsenteret i ledelsen (hvilket i flere tilfælde fører til bestyrelser, der i antal langt overstiger Statens ejerskabspolitik anbefalinger).

Det skal også bemærkes, at den politiske aftale af 16. juni 2020 om en klimaplan for en grøn affaldssektor og cirkulær økonomi alene stiller krav om udskillelse, men ikke om selskabsgørelse (ud over i den alternative udbudsbaserede model). Selskabsgørelse havde måske været den naturlige konsekvens, hvis intentionen var, at Statens ejerskabspolitik uden større modifikationer skal overholdes for de anlæg, der i dag drives i regi af § 60-fællesskaber.

Erkendelsen af § 60-fællesskabernes egenart kommer også til udtryk i Kodeks for god selskabsledelse i kommunale forsyningsselskaber, som Statens ejerskabspolitik som nævnt er en af inspirationskilderne til.⁵³ Det fremgår af kodekset, at anbefalingerne kan tjene til eventuel inspiration for § 60-fællesskaber, men at kodekset ikke umiddelbart kan ”overføres på kommunalt ejede § 60 selskaber, idet disse selskaber er specialkommuner, hvortil primærkommunerne har kompetenceoverdraget deres opgaver.”⁵⁴

Afslutningsvis bemærkes, at det i den videre proces også kan overvejes, om § 60-fællesskaberne skal underlægges dele af Statens ejerskabspolitik, f.eks. udarbejdelsen af et strategisk ejerskabspolitikdokument, men fritages for andre dele, f.eks. dele af anbefalingerne om bestyrelsens sammensætning, kompetencer og uafhængighed. Det er også en mulighed at udvikle mellemformer, hvor *affaldsforbrændingsopgaven* varetages af et aktieselskab, som er underlagt Statens ejerskabspolitik, men hvor aktieselskabet er ejet af et § 60-fællesskab, der ikke eller ikke i fuldt omfang er underlagt Statens ejerskabspolitik.

Samlet set betyder ovenstående, at KL's plan kan indplaceres som følger i Energistyrelsens vurderingsværktøj:

Kan helt sikkert godkendes	Kan godkendes under visse forudsætninger	Kan ikke umiddelbart godkendes	Kan ikke godkendes
X			

⁵³ DANVA, Dansk affaldsforening, Dansk Fjernvarme og Danske Vandværker, *Kodeks for god selskabsledelse i kommunale forsyningsselskaber*, 2017, s. 4.

⁵⁴ DANVA, Dansk affaldsforening, Dansk Fjernvarme og Danske Vandværker, *Kodeks for god selskabsledelse i kommunale forsyningsselskaber*, 2017, s. 5.

4.1.5 **Anbefalinger**

Med henblik på – i overensstemmelse med den politiske aftale af 16. juni 2020 om en klimaplan for en grøn affaldssektor og cirkulær økonomi – at sikre fortsat tilnærmelse til anbefalingerne i Statens ejerskabspolitik anbefaler vi, at disse aktivt inddrages i de organisatoriske beslutninger, der vil skulle træffes som led i en eventuel implementering af KL's plan.

Det bemærkes i den forbindelse, at KL's plan ikke redegør for, hvordan Statens ejerskabspolitik er overholdt i dag. Særligt kan det anbefales, at der fremadrettet arbejdes for at understøtte en klar og gennemsigtig organisatorisk ansvarsfordeling samt en klar og gennemsigtig økonomisk adskillelse, ligesom arbejdet for en fortsat professionalisering af affaldsforbrændingsanlæggenes bestyrelser bør videreføres. Udøvelsen af kommunernes ejerskab bør også i fremtiden sikres tilrettelagt som et aktivt ejerskab, der respekterer, at beslutninger i selskabet i almindelighed træffes af selskabets ledelse og i overensstemmelse med selskabets egne interesser og principper for god selskabsledelse. Det bør desuden overvejes efter Statens ejerskabspolitik's forskrifter at udarbejde strategiske ejerskabsdokumenter, som kan danne rammen om ejerskabsudøvelsen.

Samtidig bør saglige og rimelige afvigelser fra Statens ejerskabspolitik begrundes, både nu og i fremtiden, og derfor anbefaler vi også, at KL begrundes sin tolkning af de tre konkrete anbefalinger vedrørende bestyrelsens størrelse og bestyrelsesmedlemmernes henholdsvis bestyrelsesformandens uafhængighed.

4.2 **Muligheden for at undtage forbrændingsopgaven for udbudspligt, jf. de udbudsretlige in house-regler**

4.2.1 **Gældende regler**

4.2.1.1 Indledende bemærkninger

Størstedelen af offentlige myndigheders indkøb af varer, tjenesteydelser og bygge- og anlægsarbejder skal konkurrenceudsættes i medfør af udbudsloven.⁵⁵

Udbudsloven stiller ikke krav om, at en ordregiver skal udbyde opgaver, som kan løses internt ved hjælp af egne ressourcer (klassisk in house).

⁵⁵ Loven er en implementering af direktiv 2014/24 (udbudsdirektivet). Udbudslovens in house regler og regler om fælleskontrol samt horisontale samarbejder i §§ 12-16 gennemfører udbudsdirektivets artikel 12.

I udbudsretlig sammenhæng udgør staten en enhed, og aftaler mellem statslige myndigheder er derfor in house-aftaler, som ikke er omfattet af udbudspligt.⁵⁶ Dette hænger sammen med, at aftaler, der indgås mellem to enheder inden for samme juridiske person, ikke er en offentlig kontrakt i udbudslovens forstand. Det samme gør sig gældende for aftaler mellem forskellige enheder inden for en kommune.

Andre offentlige myndigheder eller ordregivere er separate retlige enheder, og udgangspunktet er, at gensidigt bebyrdende aftaler mellem en kommune og sådanne enheder er omfattet af reglerne om udbudspligt. Som undtagelse til dette udgangspunkt gælder dog, at opgaver under visse betingelser kan løses af andre retlige enheder (udvidet in house).

4.2.1.2 Udvidet in house

Udgangspunktet er som nævnt, at en kontrakt indgået med en selvstændig juridisk enhed er en udbudspligtig kontrakt. Efter EU-Domstolens praksis kan det dog forholde sig anderledes, når den selvstændige juridiske enhed reelt er en integreret del af den ordregivende myndighed.

Med artikel 12 i udbudsdirektivet har EU-lovgiver fastsat regler om in house-produktion. Disse regler er direktivnært implementeret ved §§ 12-16 i udbudsloven. Artikel 12, stk. 1/udbudslovens § 12 er formentlig tænkt som en kodificering af Domstolens praksis.

Den udvidede in house-situation, jf. udbudslovens § 12, omfatter navnlig tildeling af en opgave til en anden retlig enhed, a) som kontrolleres af ordregiveren alene eller sammen med andre ordregivere (*kontrolkriteriet*), b) hvis virksomhed hovedsageligt består af opgaver fra de kontrollerende ordregivere (*virksomhedskriteriet*), og c) hvori private ikke ejer kapitalandele. Denne situation omfatter f.eks. de tilfælde, hvor kommunen tildeler opgaver til andre retlige enheder, der både med hensyn til beslutningskompetence og i økonomisk henseende er så tæt knyttet til kommunen, at det kan sidestilles med en intern arbejdsdeling.

Kontrolkriteriet indebærer, at kommunen skal udøve en kontrol, som svarer til den kontrol, den udøver over sine egne tjenestegrene. Betingelsen er opfyldt, hvis kommunen – eller enheder, der kontrolleres af kommunen – udøver en bestemmende indflydelse på de kontrollerede enheders strategiske målsætninger og væsentlige beslutninger, jf. udbudslovens § 12, stk. 2.

⁵⁶ Jf. lovbemærkningerne i forarbejderne til udbudslovens § 24, nr. 24.

Ifølge EU-Domstolens praksis skal der være tale om en strukturel og funktionel kontrol, og denne kontrol skal være effektiv.⁵⁷ Endvidere skal kontrollen være reel. Det er ikke i sig selv tilstrækkeligt, at den ordregivende myndighed alene eller sammen med andre offentlige myndigheder besidder den samlede kapital i det kontraherende selskab.⁵⁸

Hvorvidt kontrolkriteriet er opfyldt, vil bero på en konkret vurdering af en række aspekter, der overordnet set relaterer sig til, om enheden er ledelsesmæssigt og økonomisk selvstændig. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen opregner i en vejledende udtalelse af 2. februar 2010 om in house-begrebets betydning for kommunal aftaleindgåelse med selvejende institutioner blandt andet følgende forhold, der kan tillægges betydning ved vurderingen kriteriet:

- Bestyrelsesdeltagelse
- Kontrol via vedtægter og formål
- Kontrol med budget
- Kontrol med kommercielle dispositioner
- Yderligere kommunal kontrol
- Den kommunale tilsynsforpligtelse

Styrelsen antager, at kontrolkriteriet konkret kan være opfyldt, hvis ordregiveren – uden at have bestemmende indflydelse i beslutningsorganer – har bestemmende indflydelse via formåls- og vedtægtskontrol, budgetkontrol, kontrol med kommercielle dispositioner og/eller lovbestemte tilsynsforpligtelser.

Virksomhedskriteriet indebærer, at enhedens aktiviteter hovedsageligt (dvs. mere end 80 %) skal udføres i forbindelse med gennemførelse af de opgaver, enheden har fået betroet af kommunen eller andre enheder, der kontrolleres af kommunen.

Alle opgaver, der ikke er udført for ejerne af den påståede in house-enhed, antages at være udført for tredjemand. Det vil f.eks. sige, at behandling af affald, der udføres af et kommunalt eller fælleskommunalt selskab for kommuner, der ikke opfylder kontrolkriteriet, ikke kan medregnes i forhold til opfyldelsen af virksomhedskriteriet.⁵⁹

⁵⁷ Domstolens dom af 29. november 2012 i sag C-182 og 183/11, Econord SpA mod Comune di Cagno og Comune di Varese samt Comune di Solbiate og Comune di Varese, EU:C:2012:758, præmis 27.

⁵⁸ Jf. Domstolens dom af 11. maj 2006 i sag C-340/04, Carbotermo SpA og Consorzio Alisei mod Comune di Busto Arsizio og AGESP SPA, EU:C:2006:308

⁵⁹ Jf. Domstolens dom af 8. december 2016 i sag C-553/15, Undis Servizi Srl mod Comune di Sulmona, EU:C:2016:935, pr. 37.

Ved opgørelsen af procentdelen af aktiviteterne skal ordregiveren efter udbudslovens § 16 tage hensyn til den gennemsnitlige samlede omsætning eller et hensigtsmæssigt alternativt aktivitetsbaseret mål såsom omkostninger, som den pågældende juridiske person eller ordregiveren har haft i forbindelse med tjenesteydelser, varer og bygge- og anlægsarbejder i tre år forud for kontrakttildelingen. Når omsætningen eller alternative aktivitetsbaserede mål ikke foreligger, eller når denne omsætning eller de aktivitetsbaserede mål ikke længere er relevante, er det tilstrækkeligt at påvise, at målingen af aktiviteten er troværdig.

Baggrunden for kriteriet om, at der ikke må være *privat kapitaldeltagelse* i den retlige enhed, er, at ordregiver ikke kan udøve den nødvendige kontrol med en selvstændig juridisk person, som den er medejer af, når der også er private medejere. En ordregivende myndighed styres af hensyn og krav, som tjener almene formål, mens private investeringer styres af overvejelser, som tjener private interesser og forfølger formål af en anden karakter. Herudover er der risiko for, at deltagende private virksomheder får en konkurrencefordel frem for andre virksomheder.⁶⁰ Kravet om, at private ikke må eje kapitalandele i den retlige enhed, gælder ikke for ikke-kontrollerende og ikke-blokerende private kapitalandele, der er krævet i henhold til lovgivningen, og som ikke udøver en afgørende indflydelse på den juridiske person, jf. udbudslovens § 12, stk. 1, nr. 3.

Såfremt de tre betingelser i udbudslovens § 12 er opfyldt, finder udbudsloven heller ikke anvendelse på kontrakter, der tildeles horisontalt til en anden enhed, der er kontrolleret af samme ordregivende myndighed (horisontal kontrakttildeling), jf. § 13.

4.2.1.3 Fælles kontrolkontrol

EU-Domstolen har fastslået i sin retspraksis, at flere ordregivende myndigheder kan opfylde både kontrol- og virksomhedskriteriet i fællesskab (fælles kontrol).⁶¹ Denne praksis er kodificeret i udbudsdirektivets artikel 12, stk. 3, og er implementeret i udbudslovens § 14.

Når der er tale om fælles kontrol, skal samme betingelser som i udbudslovens § 12 være opfyldt, jf. § 14, stk. 1. Det vil sige, at der skal være tale om tildeling af en opgave til en anden retlig enhed, som kontrolleres af ordregiverne, som hovedsagligt udfører opgaver fra de kontrollerende ordregivere, og som ikke har kapitalandele, der ejes af private.

⁶⁰ Jf. Domstolens dom af 11. januar 2005 i sag C-26/03, Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau GmbH mod Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, EU:C:2005:5, pr- 50-51.

⁶¹ Jf. blandt andet Domstolens dom af 13. november 2008 i sag C-324/07, Coditel Brabant SA mod Commune d'Uccle, Région de Bruxelles-Capitale, EU:C:2008:621.

Derudover stiller udbudslovens § 14, stk. 2, krav til udøvelsen af den kontrol, der udøves af flere ordregivere tilsammen: a) Den juridiske persons beslutningstagende organer skal være sammensat af repræsentanter fra alle deltagende ordregivere, b) ordregiverne skal i fællesskab kunne udøve en bestemmende indflydelse på strategiske målsætninger og væsentlige beslutninger, og c) den kontrollerede juridiske person må ikke varetage interesser, som står i modsætning til de kontrollerende ordregiveres interesser.

Selve ejerandelen er ikke afgørende for, hvorvidt der udøves en fælles kontrol. Hvis en offentlig myndighed bliver minoritetsdeltager i et offentligt ejet selskab, kan den kontrol, som de offentlige myndigheder, der ejer dette selskab, fører, betegnes som kontrol, der svarer til den, de fører med deres egne tjenestegrene, når disse offentlige ejere i fællesskab udfører kontrollen.⁶² En sådan kontrol kan blandt andet følge sammensætningen af bestyrelsen, kontrollen med selskabets besluttende organer, bestyrelsens beføjelser, og selskabets formål, herunder om selskabets formål er sammenfaldende med ejernes.

Herudover er det et krav, at der er tale om effektiv kontrol, og at proforma arrangementer, hvor den reelle kontrol udøves af hovedaktionæren, ikke udgør fælles kontrol.⁶³ Dette skyldes, at hvis en ordregivende myndighed i en fællesejet enhed ikke har mulighed for at medvirke til kontrollen med enheden, ville det åbne mulighed for en omgåelse af udbudsdirektivets regler. Hvis der således alene er tale om en formel tilslutning til en sådan enhed eller dennes fælles ledelsesorgan, ville det fritage den ordregivende myndighed for forpligtelsen til at iværksætte en udbudsprocedure i henhold til EU-retten, selv om den ordregivende myndighed på ingen måde tog del i den ”tilsvarende kontrol” med enheden.⁶⁴

4.2.1.4 *Horisontale samarbejdsaftaler / administrative aftaler mellem enheder i den offentlige sektor*

Ordregivere kan også indgå horisontale samarbejdsaftaler om levering af offentlige ydelser med andre ordregivere uden udbudspligt, når betingelserne i udbudsdirektivets artikel 12, stk. 4/udbudslovens § 15 er opfyldte. Sådanne aftaler mellem enheder i den offentlige sektor skal have til formål at organisere opfyldelsen af offentlige opgaver eller public service-opgaver.

Betingelserne for at undtage horisontale samarbejdsaftaler for udbud er efter udbudslovens § 15, at a) kontrakten skal etablere eller gennemføre et samarbejde mellem de deltagende ordregivere med det formål at sikre, at de offentlige tjenester, som skal udføres, bliver leveret med henblik på at realisere fælles målsætninger, b) samarbejdet udelukkende er underlagt hensyn med relation til offentlighedens interesser, og c) de deltagende ordregivere udfører mindre end 20 pct.% af de aktiviteter, der berøres af

⁶² Coditel-dommen, pr. 61-63.

⁶³ Jf. Domstolens dom af 29. november 2012 i sag C-182 og 183/11, Econord SpA mod Comune di Cagno og Comune di Varese samt Comune di Solbiate og Comune di Varese, EU:C:2012:758.

⁶⁴ Econord-dommen, pr. 30-31

samarbejdet på det åbne marked. Ved opgørelsen af procentdelen finder udbudslovens § 16 ligeledes anvendelse, jf. nærmere afsnit 4.2.1.2 ovenfor. Betingelserne i udbudslovens § 12 skal ikke være opfyldte.

Bestemmelsen skal ses i sammenhæng med betragtning 33 i præamblen til udbudsdirektivet fra 2014, hvor det blandt andet anføres, at ordregivende myndigheder bør kunne vælge at levere deres offentlige tjenesteydelser i fællesskab i et samarbejde, der ikke forpligter dem til at anvende nogen bestemt retlig form. Det fremgår, at de forskellige deltagende myndigheders tjenesteydelser ikke nødvendigvis behøver at være identiske. De kan også være komplementære.

Adgangen til at undtage horisontale samarbejdsaftaler fra udbud er en implementering af EU-Domstolens faste praksis, hvorefter aftaler om udførelsen af public service-opgaver ikke er omfattet af anvendelsesområdet for udbudsdirektivet, når visse betingelser er opfyldt.⁶⁵ Der er ikke fuldstændigt sammenfald mellem de betingelser, der opstilles i EU-Domstolens praksis, og betingelserne i udbudsdirektivets artikel 12, stk. 4/udbudslovens § 15. Kernen i EU-Domstolens praksis er dog reflekteret i bestemmelserne, idet det fremgår, at kontrakten skal gennemføre et samarbejde om levering af public service-opgaver med henblik på at sikre opfyldelsen af et fælles mål.

4.2.2 *KL's plan*

KL's plan indeholder ikke en stillingtagen til, hvordan de foreslåede løsningsmodeller til effektiv fordeling af restaffald mellem anlæggene overholder udbudsreglerne, herunder hvordan betingelserne for at undtage forbrændingsopgaven fra udbud som følge af in house-reglerne eller undtagelsen om horisontale samarbejder konkret kan opfyldes. Planen indeholder dog visse bemærkninger, der giver indtryk af, hvordan løsningsmodellerne har sammenhæng med udbudsreglerne.

Under overskriften "Effektiv fordeling af affaldsmængder" i afsnittet om KL's forståelse af aftaleteksten og tilgang til opgaven, anfører KL, at mindre import og nedlukning af forbrændingsanlæg kræver en systematiseret fordeling af dansk affald. KL har foretaget en analyse, der har resulteret i en effektiv fordeling, men KL anfører, at denne i praksis kan blive anderledes beroende på blandt andet, at KL og ejerkommunerne skal behandle tilbagemeldingen fra myndigheder og politikere, og at planen skal drøftes i selskabernes bestyrelser, ligesom der skal ske en politisk konsolidering af tilpasningsplanen på tværs af kommunerne.

⁶⁵ Jf. blandt andet Domstolens dom af 9. juni 2009 i sag C-480/06, Kommissionen mod Tyskland (Hamburg), EU:C:2009:357, dom af 19. december 2012 i sag C-159/11, Azienda Sanitaria Locale di Lecce og Università del Salento mod Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl./flfl., EU:C:2012:817, og dom af 8. maj 2014 i sag C-15/13, Technische Universität Hamburg-Harburg og Hochschul-Informationssystem GmbH mod Datenlotsen Informationssysteme GmbH.

KL anfører videre, at der kan tænkes flere forskellige modeller til effektiv fordeling af restaffald mellem anlæggene. Det anføres, at fordelingen af mængder skal tage højde for den kommunale anvisning af restaffald, som varetages af både kommuner, der er ejere af affaldsenergianlæg, og kommuner, der ikke i dag er ejere.

KL oplister tre modeller, der bør afsøges i den forbindelse.

Én, der indebærer en landsdækkende fordeling af affaldet ved en aftalebaseret mellemkommunal koordinering. Det anføres, at KL lægger vægt på, at omkostninger til transport og logistik skal afregnes efter solidariske principper, hvor udgangspunktet er, at ejerkommunerne hæfter for et anlægs gæld – indtil andet eventuelt aftales mellem kommunerne.

KL anfører, at en anden, eksisterende model, er formaliserede horisontale samarbejder, som kommunerne i dag kan indgå. KL nævner som eksempel samarbejdet mellem AffaldVarme Aarhus og Reno-Djurs (senest udvidet med yderligere samarbejde med Favrskov Forsyning og Renosyd).

Endelig anfører KL, at affaldet fra de lukkede anlæg kan udbydes til de fortsættende anlæg.

Det fremgår af KL's plan, at den ikke forhindrer, at kommuner uden ejerskab til forbrændingsanlæg fortsat kan udbyde deres affald til håndtering. Det fremgår videre, at det i fremtiden dog vil være oplagt, at kommuner, som ikke har et anlæg inden for egen kommunegrænse, kan få medejerskab af et nærliggende forbrændingsanlæg for at undgå, at det enkelte anlæg overskrider 20 %-grænsen, jf. "in house-reglen" i udbudsloven. Det anføres i forlængelse heraf, at udvidelsen af ejerkredsen i bestående affaldsselskaber må bero på konkrete forhandlinger mellem kommuner og selskaber.

Under overskriften "Fortsat finansiering via KommuneKredit" i afsnittet "Uddybende om økonomisk regulering og effektiviseringskrav", anfører KL, at for så vidt angår nye forhold, der kan føre til, at der opstår en ændret konkurrencesituation, kan reduktion af kapaciteten betyde en øget mængde affald, der flyder. KL anfører, at KL forstår aftaleteksten således, at der ikke vil være en pligt for kommuner uden ejerskab til affaldsenergianlæg til at sende affaldshåndtering i EU-udbud. KL anfører, at KL i den forbindelse forudsætter, at kommuner, som ikke har et affaldsenergianlæg inden for egen kommunegrænse, kan få medejerskab af et nærliggende anlæg. KL anfører videre, at i modsat fald kan 20 %-grænsen for anvendelse af "in house"-reglen i udbudsloven betyde, at et givent anlæg vil være forpligtet til at sende hele forbrændingskapaciteten i EU-udbud, hvorved der kan opstå en ændret konkurrencesituation. KL bemærker, at såfremt der skulle opstå kapacitetsmangel som følge af nedlagt kapacitet, vil kommunerne være nødt til at eksportere affaldet, og dermed kan der opstå en ny konkurrencesituation.

Med hensyn til kravene om klar og gennemsigtig organisatorisk ansvarsfordeling anfører KL, at det er KL's vurdering, at de kommunale anlæg – på nær BOFA på Bornholm – i dag opfylder kravene uanset selskabernes organiseringsform, herunder når selskaberne drives som § 60 selskaber.

Endelig har KL indsat bemærkninger til nogle af anbefalingerne i Statens ejerskabspolitik. KL anfører, at der ønskes mulighed for større bestyrelser end de anbefalede bestyrelser med 4-6 medlemmer. KL anfører, at det kan være særligt relevant i de tilfælde, hvor der er mange kommuner knyttet til selskabet. KL ønsker ligeledes, at flertallet af bestyrelsens medlemmer skal kunne vælges blandt kommunalbestyrelsesmedlemmer fra ejerkommunerne, samt at bestyrelsesformanden skal kunne være et kommunalbestyrelsesmedlem fra en ejerkommune.

4.2.3 Vurdering

KL's plan indeholder som anført ikke en samlet eller endelig beskrivelse af, hvordan kommunernes overholdelse af udbudsreglerne i forbindelse med de foreslåede løsningsmodeller skal ske.

Det er uden videre uproblematisk i forhold til udbudsreglerne, når KL anfører, at kommunerne kan udbyde affaldet fra de lukkede anlæg til forbrænding på de fortsættende anlæg. Således giver KL's tredje model ikke anledning til yderligere udbudsretlige bemærkninger.

Med hensyn til KL's "anden, eksisterende model", der omfatter formaliserende horisontale samarbejder, er det nærliggende at antage, at der er tale om en model, der er i overensstemmelse med udbudslovens § 15, hvorefter der under visse betingelser kan indgås aftaler mellem offentlige myndigheder med henblik på at opfylde offentlige opgaver eller public service-opgaver. Det kan dog ikke på baggrund af KL's plan vurderes, om betingelserne i § 15 er opfyldt. Det kan imidlertid bemærkes, at opgaven med forbrænding af affald udgør en offentlig tjeneste omfattet af § 15, jf. Hamburg-dommen, der vedrørte en tilsvarende ydelse, og at modellen således som minimum opfylder dette kriterium i udbudslovens § 15.

KL henviser også til en model med "*en landsdækkende fordeling af affaldet ved en aftalebaseret mellemkommunal koordinering*". Det forekommer uklart, hvad indholdet af denne model er, og hvordan den i givet fald lever op til udbudsreglerne. Det er således ikke klart, om der tænkes på et horisontalt samarbejde, der koordineres centralt, eller om KL forestiller sig en in house-situation, hvor flere kommuner udfører en fælles kontrol i overensstemmelse med betingelserne i udbudslovens §§ 12 og 14. Det er derfor ikke muligt at vurdere denne "model" nærmere.

Ud over ovenstående tre modeller, forudsætter KL, at kommuner uden ejerskab til forbrændingsanlæg kan få medejerskab af et nærliggende forbrændingsanlæg for at undgå, at det enkelte anlæg overskrider "20 %-grænsen" i in house-reglen i udbudsloven. Vi forstår det anførte sådan, at det ifølge planen vil være

muligt for kommuner at undlade at sende forbrændingsopgaven i EU-udbud, idet kommuner kan tildele opgaven til et in house-selskab efter udbudslovens § 12, eller til et in house-selskab, som kommunen fører en fælles kontrol med sammen med andre kommuner, jf. udbudslovens § 14. Det bemærkes, at vi herved forstår henvisningen til 20 %-grænsen, som en henvisning til virksomhedskriteriet i udbudslovens § 12, stk. 1, nr. 2, og § 14, stk. 1, nr. 2.

Hertil bemærkes, at der som udgangspunkt ikke er noget til hinder for, at en kommune får medejerskab til et nærliggende forbrændingsanlæg med henblik på at sikre, at betingelsen om, at mere end 80 % af selskabets aktiviteter udføres i forbindelse med de opgaver, selskabet har fået betroet af de kontrollerende ordregivere, opfyldes. Det er dog, som anført ovenfor, ikke tilstrækkeligt for etablering af fælles kontrol, jf. udbudslovens § 14, at kommunen får ejerskab til forbrændingsanlægget, jf. blandt andet Econord-dommen. Der skal være tale om en reel og effektiv kontrol, der sikrer, at de deltagende kommuner har mulighed for effektivt at tage del i kontrollen med selskabet.

Hvorvidt kontrolkriteriet og kravet om fælles kontrol er opfyldt, vil altid bero på en konkret vurdering af en række forskellige aspekter vedrørende anlæggenes ledelsesmæssige og økonomiske selvstændighed, som det ikke umiddelbart er muligt for os at foretage på baggrund af oplysningerne i KL's rapport.

KL har dog anført bemærkninger til visse af anbefalingerne i Statens ejerskabspolitik for så vidt angår bestyrelser, som kan være med til at sikre, at kravene om effektiv kontrol i udbudslovens §§ 12 og 14 er opfyldte. KL har således blandt andet anført, at der ønskes mulighed for større bestyrelser end de anbefalede bestyrelser med 4-6 medlemmer, og at dette kan være særligt relevant i tilfælde, hvor der er mange kommuner knyttet til selskabet. KL ønsker ligeledes, at flertallet af bestyrelsens medlemmer skal kunne vælges blandt kommunalbestyrelsesmedlemmer fra ejerkommunerne, samt at bestyrelsesformanden skal kunne være et kommunalbestyrelsesmedlem fra en ejerkommune. Det bemærkes dog, at der i forhold til kravene om effektiv kontrol/fælles kontrol altid vil skulle foretages en samlet vurdering af de relevante aspekter vedrørende selskabet.

Med hensyn til opfyldelsen af kontrolkriteriet sammenholdt med kravet i den politiske aftale om, at der skal være organisatorisk og økonomisk adskillelse mellem kommune og forbrændingsanlæg, bemærkes, at KL har ikke redegjort nærmere for, hvordan det sikres, at begge dele opfyldes.

Kontrolkriteriet og kravet om organisatorisk og økonomisk adskillelse mellem kommune og forbrændingsanlæg er efter vores opfattelse ikke uforenelige med hinanden. Det er en forudsætning i EU-Domstolens praksis for at anvende den udvidede in house-undtagelse, at den ordregivende myndighed tildeler opgaven til en organisatorisk og økonomisk adskilt enhed, jf. eksempelvis Teckal-dommen. Samtidig er det afgørende i forhold til kontrolkriteriet, som anført, at kommunen kan udøve en effektiv bestemmende indflydelse på strategiske målsætninger og væsentlige beslutninger, jf. blandt andet Econord-dommen.

Omvendt er det ikke afgørende, om kommunen har indflydelse på den daglige drift, jf. § 12, stk. 2, forudsætningsvist.⁶⁶

Sammenfattende er det vores vurdering, at KL's plan ikke er uforenelig med muligheden for at undtage forbrændingsopgaven for udbudspligt, jf. de udbudsretlige in house-regler, såfremt betingelserne herfor er opfyldte. Det er dog ikke muligt på baggrund af oplysningerne i KL's rapport at vurdere, om de enkelte betingelser for at anvende undtagelserne er opfyldte.

Samlet set, betyder ovenstående, at KL's plan kan indplaceres som følger, i Energistyrelsens vurderingsværktøj:

Kan helt sikkert godkendes	Kan godkendes under visse forudsætninger	Kan ikke umiddelbart godkendes	Kan ikke godkendes
	X		

4.2.4 *Anbefalinger*

Anvendelsen af undtagelserne i udbudsdirektivets/udbudslovens in house-regler og regler om horisontale samarbejder forudsætter en nærmere vurdering af forbrændingsanlæggenes organisering og de specifikke betingelser, der er oplistet i udbudslovens §§ 12-16. Der skal foretages en konkret vurdering, hvor der skal inddrages en række af de forskellige faktorer, der gør sig gældende for hver enkelt tildeling.

Selv om KL's plan ikke er umiddelbart uforenelig med anvendelsen af in house-reglerne og reglerne om horisontale samarbejder, er det vigtigt i en eventuel udmøntning af planen at sikre, at in house-betingelserne vil være opfyldte ved tildeling af forbrændingsopgaven. Vi anbefaler derfor, at man i forbindelse med en eventuel udmøntning af planen og valget af "model" for fordeling af affaldet konkret forholder sig til, hvordan det sikres, at betingelserne for anvendelse af de relevante undtagelser er opfyldte, hvis det fortsat ønskes, at forbrændingsopgaven kan undtages for udbud.

I forhold til in house-reglen og kravet om fælleskontrol bør man navnlig være opmærksom på, at de kommuner, der har ejerskab eller medejerskab til et forbrændingsanlæg, faktisk har mulighed for at føre reel og effektiv kontrol med de strategiske målsætninger og væsentlige beslutninger i selskabet. Et "pro forma" medejerskab vil ikke være tilstrækkeligt til at etablere fælles kontrol.

⁶⁶ Der kan også henvises til Klagenævnet for Udbuds tilkendegivelse i "Resumé af afgørelser om udbud fra EF-Domstolen og Retten af første instans fra og med 2009", side 26.

Endvidere bør man være særligt opmærksom på, at det kan være en svær balancegang både at sikre opfyldelse af kravet i den politiske aftale om klar og gennemsigtig organisatorisk ansvarsfordeling mellem kommune og forbrændingsanlæg og samtidig opfyldelse af kontrolkriteriet. Det vil ikke være tilstrækkeligt at henvise til, at der ikke sker en ændring af forbrændingsselskabernes organiseringsform.

Endelig bør KL være opmærksom på, at virksomhedskriteriet i udbudslovens § 12 samt 20 % %-reglen for horisontale samarbejder er opfyldt, herunder at opgørelsen sker i overensstemmelse med udbudslovens § 16.

Hvis betingelserne for anvendelse af in house-reglerne eller reglerne om horisontale samarbejder ikke er opfyldte eller ikke kan opfyldes, kan det overvejes, om håndteringen af forbrændingsforpligtelsen kan være undtaget for udbudspligt ved, at opgaven kan anses som en overdragelse af myndighed (og ikke en gensidigt bebyrdende aftale).⁶⁷ Vurderingen af, om der er tale om myndighedsoverdragelse, angår navnlig en vurdering af, om enheden overdrages beføjelser og ressourcer til at kunne udøve opgaven selvstændigt og under eget ansvar. Hvis opgaven ønskes undtaget for udbud med henvisning hertil, bør der ligeledes foretages en konkret vurdering af, om forudsætningerne i EU-Domstolens praksis for at undlade udbud er til stede. Ved denne model vil det desuden skulle overvejes, om udskillelse fra kommunen forudsætter en lovhjemlet delegation, jf. nærmere afsnit 4.1.1 ovenfor.

4.3 Regler om fri bevægelighed

4.3.1 Gældende regler

4.3.1.1 Indledende bemærkninger

Affald er efter EU-Domstolens praksis en vare af særegen karakter, der er omfattet af TEUF's bestemmelser om fri bevægelighed.⁶⁸

Efter artikel 34 TEUF er kvantitative indførselsrestriktion (importrestriktioner), såvel som alle foranstaltninger med tilsvarende virkning, som udgangspunkt forbudt mellem medlemsstaterne. Tilsvarende gælder for kvantitative udførelsesrestriktioner (eksportrestriktioner), jf. artikel 35 TEUF.

⁶⁷ Jf. Domstolens dom af 21. december 2016 i sag C-51/15, Remondis GmbH & Cp. KG Region Nord mod Region Hannover, EU:C:2016:985, og dom af 21. december 2016 i sag C-429/19, Remondis GmbH & Cp. KG Region Nord mod Region Hannover, EU:C:2016:985.

⁶⁸ Jf. Domstolens dom af 9. juli 1992, Kommissionen mod Kongeriget Belgien, EU:C:1992:310, pr. 28 og 34.

Traktatens regler om fri bevægelighed kommer dog kun til anvendelse i det omfang, EU-lovgiver ikke har harmoniseret området. For så vidt angår overførsel af affald mellem EU-medlemsstater samt fra og til EU-medlemsstater er området udtømmende reguleret i forordning nr. 1013/2006 af 14. juni 2006 om overførsel af affald⁶⁹ (transportforordningen).⁷⁰⁷¹ Det betyder, at nationale foranstaltninger vedrørende overførsel af affald ikke skal efterprøves i forhold til artikel 34-36 TEUF.⁷²

Derudover suppleres transportforordningen af affaldsrammedirektivet⁷³, der blandt andet også indeholder visse bestemmelser af betydning for adgangen til at overføre affald mellem medlemsstaterne, samt af EU-Domstolens praksis.

I hvilket omfang der kan indføres restriktioner, der begrænser importen/eksporten af affald, afhænger således af bestemmelserne i transportforordningen suppleret af affaldsrammedirektivet.

4.3.1.2 *Transportforordningen*

Transportforordningen indfører procedurer og kontrolordninger for overførsel af affald, der afhænger af overførselens oprindelse, bestemmelsessted og rute, affaldstypen og den behandling, affaldet skal gennemgå ved bestemmelsesstedet, jf. artikel 1, stk. 1. Den gælder blandt andet for overførsel af affald mellem medlemsstater, affald importeret til EU fra tredjelande samt affald eksporteret fra EU til tredjelande, jf. artikel 1, stk. 2.

Efter forordningens artikel 11-12 kan der i visse situationer gøres indsigelser mod overførsel af affald. Artikel 11 gælder for affald bestemt til *bortskaffelse*⁷⁴ og indeholder de mest vidtgående muligheder for

⁶⁹ EUT L 190/1 af 12. juli 2006.

⁷⁰ Jf. Domstolens dom af 8. september 2009 i sag C-411/06, Kommissionen mod Europa-Parlamentet og Rådet for den Europæiske Union, EU:C:2009:518, pr. 72, og dom af 8. september 2009 i sag C-292/12, Kommissionen mod Europa-Parlamentet og Rådet for den Europæiske Union, EU:C:2009:518, pr. 49.

⁷¹ Jf. Domstolens dom af 8. september 2009 i sag C-411/06, Kommissionen mod Europa-Parlamentet og Rådet for den Europæiske Union, EU:C:2009:518, pr. 72, og dom af 8. september 2009 i sag C-292/12, Kommissionen mod Europa-Parlamentet og Rådet for den Europæiske Union, EU:C:2009:518, pr. 49.

⁷² Jf. Domstolens dom af 13. december 2001 i sag C-324/99, DaimlerChrysler AG mod Land Baden-Württemberg, EU:C:2001:682, pr. 46, og sag C-292/12, pr. 49.

⁷³ Direktiv nr. 2008/98 af 19. november 2008 om affald og ophævelse af visse direktiver, EUT L 312/3 af 22. november 2008.

⁷⁴ Ved "bortskaffelse" forstås enhver form og metode, der er anført i bilag II A til affaldsrammedirektivet, jf. artikel 1, stk. 1, litra e) i affaldsrammedirektivet, jf. transportforordningens artikel 2, stk. 4. Det omfatter blandt andet forskellige former for deponering, forbrænding og behandlinger.

at gøre indsigelse. Artikel 12 gælder for affald bestemt til *nyttiggørelse*⁷⁵ og indeholder mindre vidtgående muligheder for at gøre indsigelse.

Hovedanvendelse som brændsel eller andre midler til energifremstilling er som udgangspunkt nyttiggørelse.⁷⁶ Det følger dog af transportforordningens artikel 3, stk. 5, at overførsel af blandet kommunalt affald (affaldsindgang 20 03 01) indsamlet fra private husholdninger, herunder i tilfælde, hvor denne indsamling også omfatter sådant affald fra andre producenter⁷⁷ til nyttiggørelses- og bortskaffelses anlæg i henhold til forordningen, er underlagt samme bestemmelser som overførsel af affald bestemt til bortskaffelse.^{78/79}

Er der tale om bortskaffelse, er det muligt at gøre indsigelse mod en overførsel af affald begrundet i miljøhensyn og myndighedernes muligheder for at sikre den tilstrækkelige bortskaffelseskapacitet, herunder gennem affaldsplanlægning og etablering af den nødvendige infrastruktur. Det følger således blandt andet af transportforordningens artikel 11, stk. 1, litra a), at der kan gøres indsigelse mod en planlagt overførsel af affald, når den planlagte overførsel eller bortskaffelse ikke vil være i overensstemmelse med de foranstaltninger til helt eller delvist forbud eller systematisk indsigelse mod overførsel af affald til bortskaffelse, der er truffet med henblik på at iværksætte principperne om nærhed, prioritering

⁷⁵ Ved "nyttiggørelse" forstås enhver form og metode, der er anført i bilag II B til affaldsrammedirektivet, jf. artikel 1, stk. 1, litra f) i direktivet, jf. forordningens artikel 2, stk. 6. Det omfatter blandt andet forskellige former for genindvinding, regenerering og videreudnyttelse.

⁷⁶ Jf. bilag II B (R 1).

⁷⁷ Ved "producent" forstås enhver, hvis aktiviteter frembringer affald (oprindelig producent), og/eller enhver, der udfører forbehandling, blanding eller andre behandlingsprocesser, hvorved affaldets art eller sammensætning ændres (ny producent) (som defineret i artikel 1, stk. 1, litra b) i affaldsdirektivet).

⁷⁸ Om baggrunden for artikel 3, stk. 5, kan blandt andet henvises til Europa-Parlamentets enslydende bemærkninger til ændringsforslag 28 (artikel 11, stk. 1, litra h a) samt ændringsforslag 33 (artikel 12, stk. 1, litra h a) om mulighed for at gøre indsigelse mod overførsel af affald, der er blandet kommunalt indsamlet husholdningsaffald (affaldsnøglenummer 20 03 01):

*"Affald fra private husholdninger bør ikke transporteres længere end absolut nødvendigt. Medlemsstaterne bør overtage ansvaret for dette uhomogene affald og tilskyndes til selv at løse deres problemer med husholdningsaffald i overensstemmelse med artikel 5 i rammedirektivet for affald 75/442/EØF. Det skal således have **mulighed** for at gøre indsigelse mod overførsel af husholdningsaffald i henhold til bestemmelserne om affald til bortskaffelse. Det er i overensstemmelse med artikel 3, stk. 5, og udelukker naturligvis ikke samarbejde med nabolande."* (Europa-Parlamentet indstilling ved andenbehandling om Rådets fælles holdning med henblik på vedtagelse af Europa-Parlamentets og Rådets forordning om overførsel af affald af 10. oktober 2005, A6-0287/2005).

⁷⁹ Det er kommunerne, der klassificerer, om der er tale om henholdsvis farligt affald, emballageaffald, affald egnet til materiale-nyttiggørelse, forbrændingseget affald eller deponeringsaffald, jf. bekendtgørelse nr. 224 af 8. marts 2019 om affald § 4, stk. 2. Klassificeringen sker efter listen over affald i bilag 2 i affaldsbekendtgørelsen, der gennemfører Det Europæiske Affaldskatalog (EAK).

af nyttiggørelse og tilstrækkelig egenkapacitet på fællesskabsplan og på nationalt plan, jf. direktiv 2006/12 (affaldsrammedirektivet).

Erhvervsaffald, der kan nyttiggøres, er derimod som udgangspunkt omfattet af det indre marked.⁸⁰

4.3.1.3 *Affaldsrammedirektivet*

Som nævnt, indeholder affaldsrammedirektivet visse bestemmelser af betydning for adgangen til at overføre affald mellem medlemsstaterne, ligesom der henvises til direktivet i transportforordningens artikel 11, stk. 1, litra a).

Affaldsrammedirektivets artikel 16 omhandler foranstaltninger til at oprette et integreret og tilstrækkeligt net af bortskaffelses anlæg og anlæg til nyttiggørelse af kommunalt affald, indsamlet fra private husholdninger.

Bestemmelsen indebærer, at medlemsstaterne er forpligtet til (hvis det er nødvendigt og hensigtsmæssigt i samarbejde med andre medlemslande) at oprette et integreret og tilstrækkeligt net af bortskaffelses anlæg og anlæg til nyttiggørelse af blandet kommunalt affald indsamlet fra husholdninger og lignende affald fra virksomheder, hvorved EU såvel som hver enkelt medlemsstat sættes i stand til selv at bortskaffe eget affald og nyttiggøre blandet kommunalt affald fra husholdninger og lignende affald fra virksomheder.⁸¹⁸²

Bestemmelsen indebærer ligeledes, at adgangen til at hindre overførsler af blandet kommunalt affald og lignende affald fra virksomheder efter transportforordningen udvides til at omfatte alt affald, forudsat at muligheden for at oprette et net af bortskaffelses anlæg og anlæg til nyttiggørelse efter artikel 16, stk. 1, er udnyttet.⁸³ Det er også en forudsætning, at sådanne overførsler vil bevirke, at nationalt affald vil skulle bortskaffes, eller at dette affald vil skulle behandles på en måde, der ikke er i overensstemmelse med deres nationale affaldshåndteringsplaner. Medlemsstaterne skal underrette Kommissionen om sådanne afgørelser om hindring af overførsel af affald.

⁸⁰ Ellen Margrethe Basse, *Erhvervsmiljøret*, side 541.

⁸¹ Jf. også præambelens 32. betragtning, hvorefter affaldsrammedirektivet blandt andet har til formål at sikre, at EU som helhed bliver i stand til selv at bortskaffe sit affald og nyttiggøre blandet kommunalt affald indsamlet fra private husholdninger.

⁸² Se også gengivelsen i forarbejderne til lov nr. 1388 af 14. december 2010 om ændring af lov om miljøbeskyttelse (affaldshierarki, nationale affaldshåndteringsplaner og nationale affaldsforebyggelsesplaner).

⁸³ LFF 2010 13, afsnit 2 Affaldsrammedirektivet.

Under visse betingelser er det således muligt efter affaldsrammedirektivets artikel 16 at hindre overførsel af affald ud over de tilfælde, der er oplyst i transportforordningen. Herudover er udgangspunktet, at miljømyndigheder skal acceptere, at affald til forbrænding på nyttiggørelsesanlæg krydser grænserne i EU efter reglerne i transportforordningen.⁸⁴

4.3.1.4 EU-Domstolens praksis

I sag C-292/12, Regn-Sells AS mod Sillamäe Linnavalitsus, tog Domstolen stilling til, om blandt andet artikel 16, i affaldsrammedirektivet, giver adgang til, at en medlemsstat tillader, at en virksomhed, der driver affaldsbehandlingsanlæg i et bestemt område, mod vederlag får eneret til forarbejdning af kommunalt affald. Sagen handlede om en mindre kommune i Estland, der gennemførte et udbud om indsamling og transport af affald, der var frembragt inden for kommunens område, og som skulle overdrages til et bestemt deponeringsanlæg, der dermed fik eneret til at modtage affaldet.

EU-Domstolen udtalte, at for så vidt angår affald til bortskaffelse og blandet kommunalt affald (affald, der skal behandles som affald til bortskaffelse), fremgår det af artikel 11, stk. 1, litra a), i transportforordningen, sammenholdt med blandt andet artikel 16 i affaldsrammedirektivet, at medlemsstaterne kan træffe generelle foranstaltninger for at begrænse overførslen af affald mellem medlemsstaterne ved helt eller delvist at forbyde sådanne overførsler med henblik på at gennemføre nærhedsprincippet, princippet om prioritering af nyttiggørelse og princippet om tilstrækkelig egenkapacitet i overensstemmelse med affaldsrammedirektivet.⁸⁵

Domstolen udtalte videre, at en forpligtelse, som en kommune har pålagt en virksomhed, der er ansvarlig for indsamlingen af affald på dens område, til at overføre visse typer af affald til et behandlingsanlæg i samme medlemsstat, under visse betingelser svarer til en generel foranstaltning om forbud mod overførsel af det omhandlede affald, og at en sådan foranstaltning er i overensstemmelse med transportforordningen for så vidt som den blandt andet har til formål at gennemføre princippet om tilstrækkelig egenkapacitet og nærhedsprincippet i artikel 16 i affaldsrammedirektivet, jf. transportforordningens artikel 11, stk. 1, litra a).⁸⁶

Med hensyn til artikel 16 i affaldsrammedirektivet udtalte Domstolen, at ved oprettelsen af et integreret og tilstrækkeligt net af anlæg til behandling af affald bestemt til bortskaffelse og af indsamlet blandet kommunalt affald, råder medlemsstaterne over en vid skønsbeføjelse for så vidt angår valget af det

⁸⁴ LFF 2010 13, afsnit 2 Affaldsdirektivet.

⁸⁵ Pr. 56.

⁸⁶ Pr. 57-58.

territoriale grundlag, som de anser for egnet til at nå en tilstrækkelig national egenkapacitet med hensyn til behandling af det omhandlede affald.⁸⁷ Domstolen udtalte herefter, at en af de vigtigste foranstaltninger, som medlemsstaterne må træffe i denne forbindelse, består i at tilstræbe en behandling af dette affald i det anlæg, der ligger nærmest muligt det sted, hvor det produceres.⁸⁸

På denne baggrund fastslog Domstolen, at en medlemsstat, hvad angår affald bestemt til bortskaffelse og blandet kommunalt affald indsamlet fra private husholdninger og i givet fald fra andre producenter, har ret til at give de kommuner i det geografiske område, de finder mest egnet, kompetence til håndtering af det affald, der er produceret på dens område med henblik på at sikre overholdelsen af sine forpligtelser i artikel 16 i affaldsrammedirektivet. Domstolen fastslog videre, at disse kommuner inden for rammerne af deres kompetence kan foreskrive, at behandlingen af disse affaldstyper skal foretages på det nærmeste egnede anlæg.⁸⁹

Herefter fastslog Domstolen, at hvad angår andet affald bestemt til nyttiggørelse end blandet kommunalt affald, giver transportforordningen ikke en national myndighed mulighed for at vedtage en generel foranstaltning, der bevirker, at overførsel af sådant affald til andre medlemsstater med henblik på at blive behandlet dér helt eller delvist forbydes.⁹⁰

Det følger således af EU-Domstolens dom, at en model, der anviser, hvor affald skal forbrændes, skal sondre imellem affald bestemt til bortskaffelse samt blandet kommunalt affald indsamlet fra private husholdninger over for andet affald bestemt til nyttiggørelse, idet en model, der omfatter sidstnævnte, som udgangspunkt ikke vil være i overensstemmelsen med EU-retten.

4.3.2 KL's plan

KL anfører, at planen for at tilpasse forbrændingskapaciteten tager afsæt i den politiske aftale om en klimaplans krav om et kapacitetsloft svarende til udviklingen i de danske affaldsmængder, der forventes reduceret med 30 % i 2030 (side 4). KL anfører, at dens analyser er baseret på en forudsætning om, at den aktuelle miljøgodkendte kapacitet er 3,95 mio. tons, mens de forventede affaldsmængder i 2030 til affaldsenergianlæggene er 2,6 mio. tons.

⁸⁷ Pr. 59-60.

⁸⁸ Pr. 61-62,

⁸⁹ Pr. 63.

⁹⁰ Pr. 64-67.

I forhold til kravet om, at planen skal sikre en effektiv fordeling af affaldsmængder mellem anlæggene, anfører KL blandt andet, at mindre import og nedlukning af forbrændingsanlæg kræver systemiseret fordeling af dansk affald. KL bemærker dog, at i praksis kan fordelingen blive anderledes end den fordeling, der følger af KL's analyse, idet fordelingen vil bero på, at KL og ejerkommunerne skal behandle tilbagemeldingen fra myndigheder og politikere, og planen skal drøftes i selskabernes bestyrelser, ligesom der skal ske en politisk konsolidering af tilpasningsplanen på tværs af kommunerne.

I forhold til kravet om, at det er de mindst effektive anlæg, der skal lukkes, anfører KL, at i det faglige grundlag for KL's plan er effektiviteten samlet udtrykt gennem den økonomiske effektivitet.

I forhold til kravet om, at planen skal være lovmedholdelig, anfører KL blandt andet, at KL's plan forudsættes at være lovmedholdelig både i dansk og EU-sammenhæng, da affaldsforbrænding i KL's plan fortsat vil være en kommunal opgave efter det retsgrundlag, der gælder i dag. KL anfører, at det er forudsat, at eventuelle problemstillinger om lovmedholdelig/lovmedholdelighed afklares af de statslige myndigheder og ikke af KL.

Særligt i forhold til import af affald, anfører KL:

"Af aftaleteksten fremgår et politisk ønske om at begrænse import af forbrændingseget affald til danske anlæg. Det vil være i strid med EU-retten at indføre et forbud mod import af affald, da det ikke vil være foreneligt med forordning om overførsel af affald (transportforordningen), men planen er tilrettelagt ud fra, at kapaciteten tilpasses til danske affaldsmængder."

KL har redegjort nærmere for rammerne i transportforordningen i analyserapporten på side 18.

KL bemærker også, at skulle der opstå kapacitetsmangel som følge af nedlagt kapacitet, vil kommunerne være nødt til at eksportere affaldet, og dermed kan der opstå en ny konkurrencesituation.

Uddybende om kravet om lovmedholdelighed anfører KL, at alle danske forbrændingsanlæg er nyttiggørelsesanlæg, at affaldshåndteringen ifølge miljøbeskyttelsesloven er en kommunal opgave, og at kommunerne har pligt til at sikre kapacitet til nyttiggørelse efter blandt andet varmemforsyningsloven og elforsyningsloven. Videre anfører KL, at husholdninger og virksomheder er omfattet af benyttelsespligten, men at virksomheder frit kan vælge at eksportere deres forbrændingseggede affald til godkendte anlæg i udlandet. Herefter gentages det, at idet affaldsforbrænding i KL's plan fortsat vil være en kommunal opgave, og da der vil være anvisningsret til anlæggene, forudsættes planen at være lovmedholdelig både i dansk og EU-sammenhæng.

KL's plan for nedlukning af de mindst effektive anlæg bygger på en række forudsætninger. Det fremgår af KL's analyserapport, at der blandt andet er indgået en forudsætning om et modtagegebyr på 350 kr. per ton affald, der importeres fra andre lande. Det anføres, at modelberegningen viser, at hovedparten af de dyreste anlæg lukker allerede i 2026, fremfor at køre videre baseret på importaffald eller med reduceret drift (analyserapporten siderne 9 og 54).

Om fastsættelsen af modtagegebyret på importaffald, anfører KL, at der er betydelig usikkerhed om udviklingen af prisen for importaffald frem mod 2030. Der er derfor lavet følsomhedsanalyser, hvor modtagegebyret hæves til 550 kr./ton, og begrænsningen på import først indføres i 2030, så perioden 2020-2030 ikke har en begrænsning. KL anfører, at dette gør import af affald mere attraktivt og medfører et højere forbrug af import i perioden 2020-2029 (analyserapporten side 65).

4.3.3 Vurdering

Begrænsningen af forbrændingskapaciteten på de danske affaldsforbrændingsanlæg følger af den politiske aftale. Dette udgør – som også anført af KL – en forudsætning for KL's plan om implementering af kapacitetsnedsættelsen ved nedlukning af de mindst effektive forbrændingsanlæg. Vurderingen af KL's plan omfatter derfor også kun en juridisk vurdering af, hvorvidt implementeringen af KL's plan (og ikke forudsætningerne i den politiske aftale) ville være lovmedholdelig.

KL's plan indeholder kun i begrænset omfang beskrivelser, der gør det muligt at vurdere planens overensstemmelse med de EU-retlige krav til fri bevægelighed, som udmøntet i sektorlovgivningen. Som anført ovenfor, skyldes det, at KL forudsætter, at planen er lovmedholdelig, da den ikke ændrer på, at kommunerne har pligt til at sikre kapacitet til nyttiggørelse, at der vil være anvisningsret, og at virksomheder frit kan vælge at eksportere deres forbrændingsegnete affald til godkendte anlæg i udlandet. Dette er i overensstemmelse med transportforordningen og affaldsrammedirektivet, som gengivet ovenfor.

Det er følgelig også vores vurdering, at der ikke er noget i KL's plan, der strider med EU-sektorlovgivningen, der regulerer området for fri bevægelighed af affald. Denne vurdering skal dog ses i lyset af, at KL's model ikke indeholder konkrete anvisninger for fordelingen af affaldet mellem anlæggene.

Samlet set, betyder ovenstående, at KL's plan kan indplaceres som følger, i Energistyrelsens vurderingsværktøj:

Kan helt sikkert godkendes	Kan godkendes under visse forudsætninger	Kan ikke umiddelbart godkendes	Kan ikke godkendes
	X		

4.3.4 **Anbefalinger**

Den politiske aftale indeholder ikke et forbud mod import af affald. En regulering, der begrænser forbrændingskapaciteten og fordeler affaldet mellem nærmere bestemte forbrændingsanlæg, risikerer imidlertid at begrænse importen af affald. Det er både en forudsætning i den politiske aftale og resultatet af KL's analyser.

En sådan regulering er lovlig efter EU-retten, hvis den kan rummes inden for de undtagelser for begrænsning af importen, der er oplyst i transportforordningens artikel 11-12, som suppleres af affaldsrammedirektivets artikel 16, og som er fortolket af EU-Domstolen i blandt andet den nævnte dom i sag C-292/12, Regn-Sells AS mod Sillamäe Linnavalitsus. Ved en eventuel udmøntning af KL's plan, herunder i forbindelse med den konkrete fordeling af affaldet (som vil blive aftalt efterfølgende), bør det således sikres, at betingelserne for anvendelse af undtagelserne er overholdt. Det bør navnlig sikres, at den eventuelle udmøntning ikke indebærer et forbud mod overførsel af andet affald bestemt til nyttiggørelse, idet adgangen til at anvise, hvor affald skal forbrændes efter transportforordningens artikel 11, stk. 1, litra a), samt affaldsrammedirektivets artikel 16, alene omfatter affald bestemt til bortskaffelse samt blandet kommunalt affald indsamlet fra private husholdninger og i givet fald fra andre producenter.

Det er som anført i afsnittet ovenfor vores vurdering, at der ikke er noget i KL's plan, der er i strid med transportforordningens eller affaldsrammedirektivets regler. Vi finder dog anledning til at bemærke, at KL i planen anfører, at der vil kunne opstå kapacitetsmangel som følge af nedlagt kapacitet, hvorved kommunerne vil være nødt til at eksportere affaldet. Begrænsningen af forbrændingskapaciteten er som anført en forudsætning for KL's plan. Det bemærkes dog – som også fremhævet flere steder af KL – at kommunerne har en pligt til at sikre kapacitet til håndtering af forbrændingseget affald. Begrænsningen af kapaciteten må således ikke indebære, at kommunerne ikke kan opfylde deres anvisningspligt.

4.4 **Forureneren betaler-princippet**

4.4.1 **Gældende regler**

Forureneren betaler-princippet er et grundlæggende princip på miljøområdet, jf. herved TEUF artikel 191, stk. 2, og miljøbeskyttelseslovens § 4, stk. 3-4. På affaldsområdet genfindes princippet blandt andet i affaldsdirektivets artikel 14. Nedenfor beskrives i overordnede træk den nugældende udmøntning af forureneren betaler-princippet i de dele af den danske affaldsregulering, der er af særlig relevans for affaldsforbrændingsopgaven, herunder navnlig i miljøbeskyttelsesloven og

affaldsaktørbekendtgørelsen.⁹¹ Som det vil fremgå, er de enkelte kommunale ordninger underlagt hvile i sig selv-princippet, og omkostningerne skal i almindelighed gebyrfinansieres.

Uden for de lovregulerede områder er den kommunale opgavevaretagelse på forsyningsområdet underlagt hvile i sig selv-princippet i medfør af kommunalfuldmagtsreglerne.⁹² På affaldsområdet er hvile i sig selv-princippet udmøntet i miljøbeskyttelseslovens § 48 og i affaldsaktørbekendtgørelsen, jf. nærmere herom nedenfor. Inden beskrivelsen af bestemmelserne bemærkes, at i det omfang de kommunalt ejede affaldsforbrændingsanlæg varetager affaldsforbrændingsaktiviteter, der ikke omfattes af miljøbeskyttelseslovens §§ 45 og 48, vil det almindelige hvile i sig selv-princip alligevel være gældende i kraft af kommunalfuldmagtsreglerne, og princippet vil da føre til, at omkostningerne ved disse aktiviteter også i sidste ende betales af forureneren.

Kommunalbestyrelsen forestår håndteringen af affald, medmindre andet er bestemt, jf. miljøbeskyttelseslovens § 45, stk. 1, og det er også kommunalbestyrelsen, der som udgangspunkt skal fastsætte gebyrer til dækning af udgifter til blandt andet planlægning, etablering, drift og administration af affaldsordninger, jf. miljøbeskyttelseslovens § 48, stk. 1, nr. 1, og affaldsaktørbekendtgørelsens § 15, stk. 1.

Intentionen med bestemmelsen i miljøbeskyttelseslovens § 48, stk. 1, er, at den almindelige kommunale opgavevaretagelse på affaldsområdet skal gebyrfinansieres.⁹³ Kommunalbestyrelsen er forpligtet til at fastsætte særskilte gebyrer for hver affaldsordning baseret på de udgifter, som er opgjort i kommunalbestyrelsens regnskab, jf. miljøbeskyttelseslovens § 48, stk. 3, 1. pkt., medmindre der i andre regler er fastsat en anden finansieringsform. Kommunalbestyrelsen skal på anmodning være i stand til at udlevere beregningen af gebyret for hver særskilt ordning, jf. miljøbeskyttelseslovens § 48, stk. 3, 2. pkt. Bestemmelsen i miljøbeskyttelseslovens § 48, stk. 3, har til hensigt at styrke forureneren betaler-princippet og synliggøre, at de enkelte kommunale ordninger er underlagt hvile i sig selv-princippet.⁹⁴ Således skal kommunalbestyrelserne være i stand til at dokumentere gebyrstørrelsen over for ordningernes brugergrupper. Da miljøbeskyttelseslovens § 48, stk. 3, blev indført, ophævede man samtidig muligheden for at

⁹¹ Bekendtgørelse nr. 2097 af 14. december 2020 om affaldsregulativer, -gebyrer og -aktører mv.

⁹² Rønsholdt & Taheri Abkenar, *Kommunalret i grundtræk*, 2020, s. 91.

⁹³ Lovforslag nr. 152 om ændring af lov om miljøbeskyttelse fremsat den 26. februar 2009, de specielle bemærkninger til § 1, nr. 42, afsnittet om § 48, stk. 1. Der gælder efter forarbejderne visse undtagelser, f.eks. at kommunalbestyrelserne ikke må fastsætte gebyrer for ordninger for genanvendeligt erhvervsaffald, hvilket var en konsekvens af den nye organisering af affaldssektoren, der blev gennemført med lov nr. 513 af 12. juni 2009. En anden undtagelse findes i miljøbeskyttelseslovens § 48, stk. 2, der omhandler ordninger med indsamling af bærbare batterier og akkumulatorer.

⁹⁴ Lovforslag nr. 152 om ændring af lov om miljøbeskyttelse fremsat den 26. februar 2009, de almindelige bemærkninger, afsnit 2.2.3.3.

opkræve samlegebyrer, herunder for at tydeliggøre at hver enkelt ordning skal hvile i sig selv, og at det ikke blot er affaldsområdet under ét, der skal hvile i sig selv.⁹⁵

For så vidt angår husholdninger skal gebyret fastsat i medfør af miljøbeskyttelseslovens § 48, stk. 1, opkræves hos den på ejendommen tinglyste adkomsthaver, jf. miljøbeskyttelseslovens § 48, stk. 6, og affaldsaktørbekendtgørelsens § 15, stk. 3. For så vidt angår virksomheder opkræves gebyret hos den i CVR-registret registrerede ejer af virksomheden, jf. miljøbeskyttelseslovens § 48, stk. 7, og gebyret skal opkræves for hvert p-nummer, jf. affaldsaktørbekendtgørelsens § 15, stk. 4. Tidligere, jf. herved f.eks. lovbekendtgørelse nr. 1757 af 22. december 2006, § 48, stk. 5, opkrævedes gebyret også for virksomheder hos ejendommens adkomsthaver, men det blev ændret ved lov nr. 513 af 12. juni 2009 for at opnå en højere grad af overensstemmelse med forureneren betaler-princippet.⁹⁶

Det var ikke hensigten med lov nr. 513 af 12. juni 2009 at ændre de grundlæggende principper for gebyrfastsættelsen, herunder at kommunalbestyrelsen skal respektere hvile i sig selv-princippet, og at kommunen således gennem gebyrer kan få dækket sine omkostninger, men ikke optjene et overskud. Miljøbeskyttelseslovens § 48 angav dog før, at kommunalbestyrelsen *”kan fastsætte gebyrer til dækning af udgifter [...]”*, jf. herved lovbekendtgørelse nr. 1757 af 22. december 2006, § 48, stk. 1, hvilket gav anledning til den fortolkning, at kommunalbestyrelsen havde mulighed for at skattefinansiere nogle af udgifterne til affaldsområdet. Ved lov nr. 513 af 12. juni 2009 ændredes ordlyden til den nugældende, hvorefter kommunalbestyrelsen *”skal fastsætte gebyrer til dækning af udgifter [...]”*.⁹⁷

Ud over at gebyrfastsættelsen er underlagt hvile i sig selv-princippet, angiver forarbejderne til lov nr. 513 af 12. juni 2009 blandt andet følgende om de grundlæggende principper, som det således ikke var hensigten at ændre ved:

”Samtidig skal gebyropkrævningen så vidt muligt forebygge, at der sker krydssubsidiering, både mellem de forskellige ordninger og mellem forskellige brugergrupper (lighedsprincippet). Det vil sige, at der ikke må optjenes et overskud på en af de kommunale ordninger, som benyttes til at finansiere et underskud på en anden ordning, og at en brugergruppe ikke systematisk må betale

⁹⁵ Lovforslag nr. 152 om ændring af lov om miljøbeskyttelse fremsat den 26. februar 2009, de specielle bemærkninger til § 1, nr. 42, afsnittet om § 48, stk. 3. Bestemmelsen er ikke til hinder for, at gebyrerne i praksis kan opkræves samlet; gebyrerne for den enkelte ordning skal blot til enhver tid kunne udskilles, så kommunalbestyrelsen kan udlevere beregningen af gebyret for hver ordning. Det samme angives i de specielle bemærkninger til § 1, nr. 42, afsnittet om § 48, stk. 4. Der kan desuden henvises til affaldsaktørbekendtgørelsens § 16, stk. 2.

⁹⁶ Lovforslag nr. 152 om ændring af lov om miljøbeskyttelse fremsat den 26. februar 2009, de specielle bemærkninger til § 1, nr. 42, afsnittet om § 48, stk. 7.

⁹⁷ Lovforslag nr. 152 om ændring af lov om miljøbeskyttelse fremsat den 26. februar 2009, de almindelige bemærkninger, afsnit 2.2.3.1, og de specielle bemærkninger til § 1, nr. 42, afsnittet om § 48, stk. 4.

*omkostningerne for en anden brugergruppe. Derudover gælder det EU-fastsatte princip om, at forurenere betaler. Det fremgår således af artikel 14 i direktiv nr. 2008/98/EF af 19. november 2008 om affald, at omkostningerne skal afholdes af den oprindelige affaldsproducent eller de nuværende eller tidligere affaldsindehavere. Endelig har domstolene fastslået, at gebyrer kan opkræves for, at kommunalbestyrelsen stiller ordninger til rådighed for virksomheder og borgere. Det er altså ikke i strid med § 48 at opkræve gebyrer for, at en ordning stilles til rådighed i stedet for at opkræve gebyrer for den faktiske benyttelse af en ordning.*⁹⁸

Miljø- og fødevarerministeren er i henhold til miljøbeskyttelseslovens § 48, stk. 4, bemyndiget til at fastsætte regler om principper for fastsættelse og opkrævning af gebyrerne. Forarbejderne angiver nogle forventninger til de regler, der skal fastsættes, herunder at krydssubsidiering skal undgås.⁹⁹ De nærmere rammer er i dag reguleret i affaldsaktørbekendtgørelsens kapitel 5, §§ 15-22.

Kommunalbestyrelsen skal opgøre omkostningerne ved den enkelte indsamlings- og anvisningsordning efter opdelingen i det kommunale budget- og regnskabssystem, og den samlede gebyrindtægt skal alene dække kommunens omkostninger til ordningen, jf. affaldsaktørbekendtgørelsens § 16, stk. 1, som også bestemmer, at hvis ordningen omfatter både husholdninger og virksomheder, skal omkostningerne til ordningen fordeles mellem husholdninger og virksomheder i overensstemmelse med de omkostninger, som husholdninger henholdsvis virksomheder giver anledning til. For så vidt angår den nærmere gebyrfastsættelse henvises navnlig til affaldsaktørbekendtgørelsens §§ 17-18. Det skal desuden bemærkes, at hvis en affaldsproducent påfører kommunalbestyrelsen ekstraomkostninger, herunder som følge af ukorrekt sortering eller ekstra omkostninger til afhentning af affald, kan kommunalbestyrelsen fastsætte og opkræve sæргеbyrer for ekstraomkostningerne, jf. affaldsaktørbekendtgørelsens § 15, stk. 2.

Den gældende regulering er ikke til hinder for, at der efter de nærmere regler herom fastsættes gebyrer, hvori der indgår henlæggelser til planlagte investeringer, jf. herved miljøbeskyttelseslovens § 48, stk. 1, nr. 3, og stk. 8, samt affaldsaktørbekendtgørelsens § 22.

4.4.2 KL's plan

KL noterer i sin plan, at modellen skal være lovmedholdelig, herunder at forurenere betaler-princippet skal overholdes.¹⁰⁰ Videre anfører KL, at der blandt andet ikke ændres på kommunernes forsyningspligt

⁹⁸ Lovforslag nr. 152 om ændring af lov om miljøbeskyttelse fremsat den 26. februar 2009, de almindelige bemærkninger, afsnit 2.2.3.1.

⁹⁹ Lovforslag nr. 152 om ændring af lov om miljøbeskyttelse fremsat den 26. februar 2009, de specielle bemærkninger til § 1, nr. 42, afsnittet om § 48, stk. 4.

¹⁰⁰ Kommunernes Landsforening, *KL's plan for at tilpasse kapacitet for affaldsenergi frem mod 2030*, s. 5.

og anvisningsret, på hvile i sig selv-princippet, eller på, at affaldsenergi er en kommunal opgave. Idet der således ikke ændres på gældende regulering, forudsætter KL, at modellen er lovmedholdelig.¹⁰¹ Måtte der vise sig problemstillinger om lovmedholdelighed, forudsætter KL, at problemstillingerne afklares af de statslige myndigheder, men KL indgår gerne i drøftelserne.¹⁰²

Den forudsætning, at der ikke ændres på gældende regulering, er med forbehold for spørgsmålene om at indføre selskabsskattepligt og en ny økonomisk regulering, som KL ikke har taget højde for. Det er begrundet med, at myndighederne ikke over for KL har redegjort for det nærmere indhold af den nye regulering på disse områder. KL's model er således udarbejdet inden for rammerne af den eksisterende regulering.¹⁰³ I den sammenhæng bemærkes, at KL anbefaler, at der ikke indføres yderligere økonomisk regulering før efter 2030, da det vil ændre forudsætningerne i KL's plan.¹⁰⁴

For så vidt angår den effektive fordeling af affaldsmængder italesættes tre mulige modeller i KL's plan. Det fremhæves desuden generelt, at en løsning vil skulle tage højde for anvisningsretten i kommuner, der ejer affaldsforbrændingsanlæg, såvel som for kommuner, der ikke ejer affaldsforbrændingsanlæg. De tre modeller, som KL fremhæver, er i) en landsdækkende, aftalebaseret, mellemkommunal koordinering, ii) formaliserede horisontale samarbejder, eller iii) udbud af affald fra nedlukkede anlæg til fortsættende anlæg. I tilknytning til førstnævnte model lægger KL vægt på, at omkostninger til transport og logistik skal afregnes efter solidariske principper, og at ejerkommunerne som udgangspunkt skal hæfte for et anlægs gæld, indtil andet eventuelt er aftalt mellem kommunerne.¹⁰⁵

Efter den politiske aftale af 16. juni 2020 om en klimaplan for en grøn affaldssektor og cirkulær økonomi skal eventuelle implementerings- og driftsomkostninger finansieres af kommunerne.¹⁰⁶ KL anfører i sin model, at det ikke fremgår af aftaleteksten, hvordan kommunerne skal finansiere disse omkostninger, eller hvad det reelt indebærer. Det forudsættes i KL's model, at kommuner og affaldsforbrændingsselskaber dækker egne eventuelle implementerings- og driftsomkostninger ud fra gældende regler, herunder at alle kommunale udgifter i forbindelse med opgaven kan gebyrfinansieres, så der ikke trækkes på den

¹⁰¹ Kommunernes Landsforening, *KL's plan for at tilpasse kapacitet for affaldsenergi frem mod 2030*, s. 6 og 13.

¹⁰² Kommunernes Landsforening, *KL's plan for at tilpasse kapacitet for affaldsenergi frem mod 2030*, s. 6.

¹⁰³ Kommunernes Landsforening, *KL's plan for at tilpasse kapacitet for affaldsenergi frem mod 2030*, s. 5-6. En ny økonomisk regulering og selskabsskattepligt hører til punkterne i tjeklisten i den politiske aftale af 16. juni 2020 om en klimaplan for en grøn affaldssektor og cirkulær økonomi (s. 10-11, pkt. 7 og 10).

¹⁰⁴ Kommunernes Landsforening, *KL's plan for at tilpasse kapacitet for affaldsenergi frem mod 2030*, s. 20.

¹⁰⁵ Kommunernes Landsforening, *KL's plan for at tilpasse kapacitet for affaldsenergi frem mod 2030*, s. 5. Som eksempel på et formaliseret horisontalt samarbejde fremhæves i planen et eksisterende samarbejde mellem AffaldVarme Aarhus og Reno Djurs.

¹⁰⁶ Den politiske aftale af 16. juni 2020 om en klimaplan for en grøn affaldssektor og cirkulær økonomi, s. 10-11, pkt. 13.

kommunale likviditet. KL forudsætter også, at staten dækker sine egne implementerings- og driftsomkostninger.¹⁰⁷

4.4.3 *Vurdering*

KL vurderer, at modellen er lovmedholdelig, og som det fremgår ovenfor, angiver KL's model at være udarbejdet, så den holder sig inden for rammerne af den allerede gældende lovgivning, herunder i forhold til forurenere betaler-princippet. Der er ikke på det foreliggende grundlag anledning til at antage, at det ikke skulle være tilfældet. Når således affaldsforbrændingsopgaven fortsat forudsættes varetaget inden for de retlige rammer, der hidtil har været gældende, må dette vurderes at være lovmedholdeligt i forhold til udmøntningen af forurenere betaler-princippet i gældende ret, jf. herved afsnit 4.4.1.

I forhold til spørgsmålet om kommunernes implementerings- og driftsomkostninger forudsættes disse af KL dækket af kommuner og kommunale affaldsforbrændingsselskaber ud fra det gældende regelgrundlag, hvilket i givet fald i henhold til gældende regler vil være lovmedholdeligt. KL angiver samtidig, at alle kommunale udgifter i forbindelse med opgaven kan gebyrfinansieres. Det må i den forbindelse bemærkes, at der ikke kan opkræves gebyrer i videre omfang, end hvad der er hjemmel til i de til enhver tid gældende regler. Når KL refererer til alle kommunale udgifter i forbindelse med opgaven, er det ikke klart, hvilket nærmere indhold dette har, og om der kan være tale om opkrævning af gebyrer i videre omfang, end hvad der vil være lovligt. På det foreliggende grundlag er der dog heller ikke særskilt årsag til at antage, at KL's model skulle indebære en ulovlig gebyropkrævning, herunder ikke mindst da KL angiver, at gebyrfinansieringen vil ske i overensstemmelse med gældende regler.

KL opstiller tre mulige, groft skitserede modeller til fordelingen af affaldsmængderne. KL's plan berører kort, at denne nærmere udmøntning af en ny, effektiv fordeling af affaldsmængderne også indebærer en stillingtagen til omkostningsfordelingen i forbindelse med affaldsforbrænding, herunder mellem kommuner, der ejer affaldsforbrændingsanlæg, og kommuner, som ikke ejer affaldsforbrændingsanlæg. KL's plan forudsættes af KL at være lovmedholdelig, og de tre modeller må derfor også antages at skulle udmøntes inden for rammerne af gældende lovgivning. For så vidt angår hensynet til at sikre en solidarisk omkostningsfordeling, bemærkes det, at dette i hvert fald i nogen grad må anses for sikret ved, at det kommunalt ejede affaldsforbrændingsanlæg, der varetager affaldsforbrændingen af affald anvist fra en anden kommune, i sin varetagelse af denne affaldsbehandling vil være underlagt hvile i sig selv-princippet.

Aftalepartierne bag den politiske aftale af 16. juni 2020 om en klimaplan for en grøn affaldssektor og cirkulær økonomi er enige om, at der skal afsættes en pulje på DKK 200.000.000, som eventuelt efter

¹⁰⁷ Kommunernes Landsforening, *KL's plan for at tilpasse kapacitet for affaldsenergi frem mod 2030*, s. 7.

behov og efter nye forhandlinger kan forøges, til at kompensere kommunerne for strandede omkostninger i anlæg, der lukker som følge af kapacitetsreduktionen. Puljen skal kunne dække tab med beløb på op til 70 % af tabet.¹⁰⁸ KL's holdning er, at staten bør dække 100 % af de strandede omkostninger i stedet for 70 % som angivet i den politiske aftale af 16. juni 2020 om en klimaplan for en grøn affaldssektor og cirkulær økonomi. Spørgsmålet om hæftelsen for eller dækningen af strandede omkostninger i relation til forureneren betaler-princippet er en del af den politiske aftale af 16. juni 2020 om en klimaplan for en grøn affaldssektor og cirkulær økonomi og er derfor ikke en del af ikke KL's planplan. Ved en implementering af KL's plan må imidlertid indgå opmærksomhed på, at compensationen for strandede omkostninger alene dækker strandede omkostninger, således at der ikke opstår spørgsmål om overholdelsen af forureneren betaler-princippet.

Det fremgår i tjeklisten i den politiske aftale af 16. juni 2020 om en klimaplan for en grøn affaldssektor og cirkulær økonomi, at der skal indføres et uafhængigt økonomisk tilsyn med sektoren i Forsyningstilsynet, og at tilsynet skal gebyrfinansieres.¹⁰⁹ Videre fremgår det, at der skal indføres selskabsskattepligt.¹¹⁰ I forbindelse med selskabsskattepligten påpeger KL, at den økonomiske effekt af dette bør vurderes, herunder omkostningen for borgere og virksomheder.¹¹¹ Såvel spørgsmålet om det uafhængige økonomiske tilsyn som spørgsmålet om selskabsskattepligt anses også for en del af en politiske aftale af 16. juni 2020 om en klimaplan for en grøn affaldssektor og cirkulær økonomi snarere end en del af KL's planplan. Disse problemstillinger er derfor heller ikke vurderet over for forureneren betaler-princippet. Endelig bemærkes, at KL har forudsat, at staten dækker sine egne implementerings- og driftsomkostninger. Afgrænsning af omkostninger kommuner og stat imellem, herunder lovmedholdeligheden heraf, er ikke omfattet af vores vurdering.

Samlet set, betyder ovenstående, at KL's plan kan indplaceres som følger, i Energistyrelsens vurderingsværktøj:

Kan helt sikkert godkendes	Kan godkendes under visse forudsætninger	Kan ikke umiddelbart godkendes	Kan ikke godkendes
X			

¹⁰⁸ Den politiske aftale af 16. juni 2020 om en klimaplan for en grøn affaldssektor og cirkulær økonomi, s. 10.

¹⁰⁹ Den politiske aftale af 16. juni 2020 om en klimaplan for en grøn affaldssektor og cirkulær økonomi, s. 10-11, pkt. 7.

¹¹⁰ Den politiske aftale af 16. juni 2020 om en klimaplan for en grøn affaldssektor og cirkulær økonomi, s. 10-11, pkt. 10.

¹¹¹ Kommunernes Landsforening, *KL's plan for at tilpasse kapacitet for affaldsenergi frem mod 2030*, s. 14.

4.4.4 *Anbefalinger*

Der er – i lyset af vores vurdering ovenfor – ikke anledning til at fremsætte konkrete anbefalinger vedrørende forurenerebetaler-princippet.

4.5 **Konkurrenceret**

4.5.1 *Gældende regler*

4.5.1.1 *Konkurrencereglernes anvendelsesområde*

Konkurrencereglerne – i form af forbud mod indgåelse af konkurrencebegrænsende aftaler mv. og misbrug af dominerende stilling – fremgår af henholdsvis konkurrencelovens §§ 6 og 11 (”de danske konkurrenceregler”) og artikel 101 og 102 TEUF (”EU-konkurrencereglerne”). De danske konkurrenceregler skal i udgangspunktet fortolkes i overensstemmelse med EU-konkurrencereglerne (såkaldt EU-konform fortolkning).

Pligtssubjekt i henhold til konkurrencereglerne er ”virksomheder”. Begrebet virksomhed omfatter enhver enhed, som udøver økonomisk virksomhed, uanset denne enheds retlige status og dens finansieringsmåde,¹¹² herunder om der er tale om privat eller offentlig virksomhed.¹¹³ Økonomisk virksomhed omfatter enhver virksomhed, der består i at udbyde varer og tjenesteydelser på et bestemt marked.¹¹⁴ Dette gælder i udgangspunktet også serviceydelser såsom affaldshåndtering.¹¹⁵

Om en aftale eller adfærd alene skal vurderes efter de danske konkurrenceregler, eller om EU-konkurrencereglerne *også* finder anvendelse, er betinget af, om det pågældende forhold har

¹¹² C-280/06, *ETI m.fl.*, EU:C:2007:775, præmis 38.

¹¹³ Kirsten Levinsen, *Konkurrenceloven med kommentarer*, 4. udgave, 2018, s. 80.

¹¹⁴ C-222/04, *Cassa di Risparmio di Firenze*, EU:C:2006:8, præmis 108.

¹¹⁵ Erhvervsministeriets besvarelse af KL's henvendelse af 26. maj 1997 (spørgsmål 115) gengivet som bilag til betænkning over forslag til konkurrenceloven (LFB1996-1997.1.172).

samhandelspåvirkning.¹¹⁶ For at dette er tilfældet, skal følgende tre betingelser være opfyldt: (1) Handel mellem medlemsstater,¹¹⁷ der (2) kan blive påvirket¹¹⁸ (3) mærkbart.¹¹⁹

Hvor en konkurrencebegrænsning skyldes offentlig regulering, har det betydning, om en aftale eller adfærd alene skal vurderes efter de danske konkurrenceregler, eller om EU-konkurrencereglerne også finder anvendelse.

- (1) *De danske konkurrenceregler*. Konkurrenceloven omfatter ikke konkurrencebegrænsninger, der er en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering. En konkurrencebegrænsning, som er fastsat af en kommunalbestyrelse eller bestyrelsen i et kommunalt fællesskab, jf. § 60 i lov om kommunernes styrelse, er kun en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering, når konkurrencebegrænsningen er nødvendig for, at bestyrelsen kan opfylde de opgaver, den er pålagt i henhold til lovgivning, jf. konkurrencelovens § 2, stk. 2 og 3.¹²⁰ Afgørelse af, hvorvidt en konkurrencebegrænsning er en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering, træffes af den minister, under hvis ressortområde den pågældende regulering henhører, jf. konkurrencelovens § 2, stk. 4. Afgørelsen herom kan prøves af domstolene, jf. grundlovens § 63.
- (2) *EU-konkurrencereglerne*. I det omfang EU-konkurrencereglerne også finder anvendelse, er der en vis — om end mere begrænset — mulighed for at undtage forholdet fra konkurrencereglernes anvendelsesområde. Konkurrencereglerne angår virksomheders aftaler og adfærd og ikke medlemsstaternes love eller administrative bestemmelser. Konkurrencebegrænsninger, der skyldes, at virksomheder påtvinges en konkurrencestridig adfærd ved en national lovgivning, falder uden for reglerne anvendelsesområde. Det samme er tilfældet, hvis tilfældet, hvis denne lovgivning skaber en retligretlig ramme, som på sin side berøver dem enhver mulighed for at konkurrere

¹¹⁶ Kommissionens meddelelse — Retningslinjer vedrørende begrebet påvirkning af handelen i traktatens artikel 81 og 82 (2004/C 101/07) ("samhandelsmeddelelsen").

¹¹⁷ Samhandelsmeddelelsen, punkt 19-22.

¹¹⁸ Samhandelsmeddelelsen, punkt 23-43.

¹¹⁹ Samhandelsmeddelelsen, punkt 44-57. Særligt bemærkes punkt 46, hvoraf fremgår følgende: "I flere sager angående import og eksport har EF-Domstolen fastslået, at mærkbarhedskriteriet var opfyldt, når de deltagende virksomheders salg tegnede sig for ca. 5 % af markedet. Markedsandelen alene er dog ikke altid blevet betragtet som den afgørende faktor. Der må i særdeleshed også tages hensyn til virksomhedernes omsætning inden for de relevante produkter." (fodnoter udeladt).

¹²⁰ Som eksempel herpå er i Erhvervsministeriets besvarelse af KL's henvendelse af 26. maj 1997 (spørgsmål 115) gengivet som bilag til betænkning over forslag til konkurrenceloven (LFB1996-1997.1.172) nævnt følgende eksempel: "Case vedr. forbrændings-egnet affald - helhedshensyn contra konkurrencehensyn. Hvis den nødvendige forbrændingskapacitet kun kan sikres gennem den konkurrencebegrænsning, der ligger i at anvise alt affald til et enkelt forbrændingsanlæg, er konkurrencebegrænsningen nødvendig for at opfylde formålet om at »begrænse problemer i forbindelse med affaldsbortskaffelse«. Derfor vil konkurrencebegrænsningen være undtaget fra konkurrencelovens indgrebsbestemmelser, jf. § 2, stk. 2, 2. pkt.".

retmæssigt.¹²¹ Medlemsstaterne er dog begrænset i forhold til at indføre rammer, der ophæver muligheden for at konkurrere. Det skyldes, at selv om artikel 101 og 102 TEUF udelukkende vedrører virksomheders aftaler og adfærd, og ikke medlemsstaternes love eller administrative bestemmelser, fremgår det ikke desto mindre af disse bestemmelser, sammenholdt med samarbejdsforpligtelsen i artikel 4 i TEUF (loyalitetsprincippet), at medlemsstaterne ikke kan indføre eller opretholde foranstaltninger, som kan ophæve den tilsigtede virkning af de konkurrenceregler, som gælder for virksomheder.¹²²

4.5.1.2 *Forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftale*

Aftaler mellem virksomheder, vedtagelser inden for en sammenslutning af virksomheder og samordnet praksis (herefter samlet ”aftaler”), som har til formål eller til følge at begrænse eller fordreje konkurrencen, er i strid med § 6, stk. 1, i konkurrenceloven og artikel 101, stk. 1, TEUF.

Overordnet sondres mellem *horisontale aftaler* (aftaler mellem virksomheder på samme omsætningsled) og *vertikale aftaler* (aftaler mellem virksomheder på hvert sit omsætningsled). Fra et konkurrenceretligt perspektiv er det særligt horisontale aftaler, der udgør et konkurrenceretligt problem. Det gælder blandt andet følgende typer af horisontale aftaler:

- (1) *Aftaler om produktionsbegrænsning*. Forbuddet mod indgåelse af aftale om begrænsning af produktion omfatter aftaler, der sigter på at begrænse produktionen med henblik på en forhøjelse af prisen. Forbuddet omfatter også såkaldt ”krisekarteller”, dvs. aftaler mellem konkurrenter, hvorved man forsøger at reducere en overkapacitet i markedet.¹²³
- (2) *Aftaler om kundedeling*. Forbuddet mod indgåelse af aftaler om kundedeling er begrundet i, at det mindsker kundernes valgmuligheder og medfører medfører højere priser eller lavere produktion.¹²⁴

¹²¹ C-280/08 P, *Deutsche Telecom*, EU:C:2010:603, præmis 80.

¹²² C-198/01, *CIF*, EU:C:2003:430, præmis 45.

¹²³ Der kan i den forbindelse henvises til EU-Domstolens afgørelse af i C-209/07, *Beef Industry Development*, ECLI:EU:C:2008:643. I denne dom udtalte EU-Domstolen, at aftaler om nedsættelse en overkapacitet i oksekødssektoren med forarbejdningskapaciteten på 25 % indgået mellem de ti førende forarbejdningsvirksomheder i Irland udgjorde en aftale, der havde til formål at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen i artikel 101 (1).

¹²⁴ Som eksempel på en ulovlig aftale om kundedeling kan henvises til *Konkurrencerådets afgørelse af 28. november 2001 om aftale indgået mellem Naturgas Midt-Nord I/S og Aalborg Kommune*. I henhold til aftalen skulle Aalborg Kommunes forsyningsvirksomhed forsyne eksisterende gaskunder med et årsforbrug på under 150.000 m³ naturgas, mens Naturgas Midt-Nord I/S forsynede større kunder og kunder med et årsforbrug på over 20.000 m³ naturgas, der ikke kunne forsynes fra det eksisterende bygasnet. Nye kunder med et årsforbrug på mellem 20.000 og 150.000 m³ naturgas skulle fordeles mellem parterne.

- (3) *Aftaler om markedsdeling*. En aftale mellem konkurrenter om at dele et marked mellem sig geografisk er ligeledes i udgangspunktet en ulovlig konkurrencebegrænsning. Det er – på samme vis som kundedeling – begrundet i, at det medfører højere priser eller lavere produktion.

Sådanne aftaler udgør i udgangspunktet alvorlige konkurrencebegrænsninger, der har til formål at begrænse konkurrencen.

En aftale, der er i strid med forbuddet i konkurrencelovens § 6, stk. 1, og artikel 101 (1) TEUF, kan alligevel være lovlig, hvis den opfylder betingelserne i konkurrencelovens § 8, stk. 1, og artikel 101 (3) TEUF. For at en sådan aftale kan fritages, skal den opfylde følgende betingelser:

- a) bidrager til at forbedre produktionen eller fordelingen af varerne eller til at fremme den tekniske eller økonomiske udvikling,
- b) sikrer forbrugerne en rimelig andel af fordelen herved,
- c) ikke pålægger de pågældende virksomheder begrænsninger, som ikke er nødvendige for at nå disse mål, og
- d) ikke giver disse virksomheder mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer.

I udgangspunktet kan enhver konkurrencebegrænsende aftale fritages efter § 8, stk. 1, i konkurrenceloven og artikel 101, stk. 3, TEUF.¹²⁵ Det er dog usandsynligt, at alvorlige konkurrencebegrænsninger, hvor formålet er at begrænse konkurrencen, i praksis kan opnå fritagelse.¹²⁶

4.5.1.3 *Forbuddet mod misbrug af dominerende stilling*

Det er forbudt for en eller flere virksomheder mv. at misbruge en dominerende stilling, jf. henholdsvis § 11 i konkurrenceloven og artikel 102 TEUF.

Der foreligger en *dominerede stilling*, når en virksomhed indtager en økonomisk magtposition, som sætter den i stand til at hindre, at der opretholdes en effektiv konkurrence på det relevante marked, idet den kan anlægge en i betydeligt omfang uafhængig adfærd over for sine konkurrenter og kunder og i sidste

¹²⁵ Anvendelse af artikel 101, stk. 3, TEUF er behandlet i Kommissionens meddelelse om retningslinjer for anvendelse af traktatens artikel 81, stk. 3 (i dag artikel 101, stk. 3) (2004/C 101/08) ("retningslinjerne for anvendelse af artikel 101, stk. 3").

¹²⁶ Retningslinjerne for anvendelse af artikel 101, stk. 3, punkt 46.

instans over for forbrugerne.¹²⁷ Der foreligger en *kollektiv dominerende stilling*, når to eller flere indtager en sådan magtposition.¹²⁸

Det er ikke i sig selv i strid med konkurrencereglerne at have en dominerende stilling. Det retsstridige består i at *misbruge* denne stilling. Et misbrug kan blandt andet bestå i følgende former for adfærd:

- (1) *Direkte eller indirekte at påtvinge urimelige salgspriser*. En pris er urimeligt høj, hvis den ikke står i et rimeligt forhold til den økonomiske værdi af den pågældende vare eller tjenesteydelse.¹²⁹
- (2) *Begrænsning af produktion til skade for forbrugerne*. Et sådansådant misbrug kan bestå i begrænsning af produktionen, herunder hvor et offentligt monopol ikke bliver drevet tilstrækkeligt tilstrækkeligt effektivt, og det åbenbart ikke er i stand til at dække efterspørgslen på markedet.¹³⁰

Der eksisterer ikke en lignende kodificeret undtagelse til forbuddet mod misbrug af dominerende stilling som den, der gælder i forhold til forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i henhold til § 8 i konkurrenceloven og artikel 101, stk. 3, TEUF. Det fremgår dog af retspraksis, at en adfærd, der i udgangspunktet udgør et misbrug, kan legitimeres med henvisning til de samme forhold, som fremgår af de nævnte bestemmelser (et såkaldt effektivitetsforsvar). Herudover foreligger der ikke et misbrug, hvis adfærden er objektivt nødvendig, dvs. at den skyldes forhold, der er eksterne i forhold til virksomheden.

4.5.2 *KL's plan*

KL's modeller for effektiv fordeling af affaldet er behandlet i "KL's plan for at tilpasse kapacitet for affaldsenergi frem mod 2030", s. 4 ff., hvoraf fremgår blandt andet følgende:

"Med den gældende regulering er det kun ejerne selv, der kan lukke anlæg og dermed sikre, at kapaciteten nedjusteres som politisk ønsket. Godkender de statslige myndigheder KL's plan, igangsættes derfor en proces, hvor KL's plan er et udgangspunkt for dialog med ejerkommuner og kommunale selskaber, der kan indgå i kapacitetstilpasning frem mod 2030, og med staten, herunder om de enkelte anlægs økonomiske forhold og muligheder for transformation.

¹²⁷ Sag 27/76, *United Brands*, EU:C:1978:22, præmis 65.

¹²⁸ Forenede sager C-68/94 og C-30/95, *Frankrig og Société commerciale des potasses mf.*, EU:C:1998:148, præmis 221.

¹²⁹ Sag 27/76, *United Brands*, EEU:C:1978:22, præmis 250.

¹³⁰ Der kan i den forbindelse henvises til C-41/90, *Klaus Höfner og Fritz Eiser mod Macrotron GmbH*, EU:C:1991:161, præmis 34. Sagen angik et offentligt arbejdsformidlingskontor, der besad et monopol.

...

Én model, der bør afsøges, er en landsdækkende fordeling af affaldet ved en aftalebaseret mellemkommunal koordinering. KL lægger vægt på, at omkostninger til transport og logistik skal afregnes efter solidariske principper, hvor udgangspunktet er, at ejerkommunerne hæfter for et anlægs gæld – indtil andet evt. aftales mellem kommuner.

...

En anden, eksisterende model, er formaliserede horisontale samarbejder, som kommunerne i dag kan indgå. Et eksempel på et sådant horisontalt samarbejde er samarbejdet mellem AffaldVarme Aarhus og Reno-Djurs (senest udvidet med yderligere samarbejde med Favrskov Forsyning og Renosyd).

Endelig kan affaldet fra de lukkede anlæg udbydes til de fortsættende anlæg. (vores understregning).

4.5.3 Vurdering

Den politiske aftale forudsætter, at KL's plan indebærer en dialog med ejerkommuner og kommunale selskaber om kapacitetstilpasning frem mod 2030. Vi har ikke foretaget en vurdering af, om en sådan fremgangsmåde risikerer at udgøre en konkurrencestridig aftale om kapacitetsreduktion. Vores vurdering angår udelukkende, om de af KL forslåede modeller for *fordeling* af affald på baggrund af kapacitetsbegrænsningen er i overensstemmelse med konkurrencereglerne.

Affaldsforbrændingsanlæg må i udgangspunktet anses for at være økonomisk virksomhed i henhold til konkurrenceloven og EU-konkurrencereglerne.¹³¹ Det skyldes navnlig, at forbrænding af affald sker mod betaling, og at virksomheder har mulighed for at afsætte deres affald andre steder end til de kommunale forbrændingsanlæg, herunder til anlæg uden for Danmark,¹³² samt at danske forbrændingsanlæg er i konkurrence med hinanden om forbrændingseget affald fra både husholdninger og virksomheder, som udbydes af de kommuner, der ikke selv har en direkte ejerandel i et affaldsforbrændingsanlæg.

¹³¹ Se i samme retning Erhvervsministeriets besvarelse af KL's henvendelse af 26. maj 1997 (spørgsmål 115) gengivet som bilag til betænkning over forslag til konkurrenceloven (LFB1996-1997.1.172).

¹³² Det er også lagt til grund i KL's plan for at tilpasse kapacitet for affaldsenergi frem mod 2030, s. 13, hvori der anføres bl.a. følgende: "Virksomheder kan frit vælge at eksportere deres forbrændingsegnet affald til godkendte anlæg i udlandet".

Det falder uden for rammerne af dette notat at afgrænse markedet for forbrændingseget affald. Notatet tager derfor ikke endelig stilling til, om EU-konkurrencereglerne konkret finder anvendelse. Det kan dog konstateres, at forbrændingsanlæg i Danmark i dag modtager en del forbrændingseget affald fra andre medlemsstater, og at en del af formålet med KL's modeller er at foretage en kontrolleret nedlukning af forbrændingskapacitet i Danmark ved, at kapaciteten tilpasses de danske affaldsmængder.¹³³ En sådan reduktion af forbrændingskapaciteten og fordeling af affald blandt de bestående anlæg *kan* derfor påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne. Om den vil være mærkbar, har vi ikke tilstrækkeligt markedsdata til at vurdere, men det kan på det foreliggende grundlag ikke udelukkes.¹³⁴

Vurderingen af, om KL's modeller er lovmedholdelige, må derfor tage udgangspunkt i, at både de danske konkurrenceregler og EU-konkurrencereglerne kan finde anvendelse.

De to første modeller for fordeling af affald sker i form af enten mellemkommunal koordinering eller formaliserede horisontale samarbejder.¹³⁵ Det er vores vurdering, at der er en betydelig sandsynlighed for, at sådanne aftaler vil blive anset som horisontale aftaler mellem virksomheder i konkurrenceretlig forstand.¹³⁶

For det første er det derfor vigtigt at sikre, at KL's modeller ikke er i strid med *forbuddet mod indgåelse af konkurrencebegrænsende aftaler*. For at sikre, at det ikke er tilfældet, er det væsentligt, at modellerne ikke medfører, at der er tale om en aftale om produktionsbegrænsning. Det samme er tilfældet, hvis KL's modeller medfører en aftale om kundedeling eller geografisk opdeling af markedet for forbrænding af affald i Danmark.

KL's to første modeller kan derfor i udgangspunktet alene godkendes under forudsætning af, at der ikke er tale om indgåelse af aftale om produktionsbegrænsning og opdeling af markedet. Sådan som modellerne er beskrevet, er der en betydelig risiko for, at der vil være tale om konkurrencebegrænsende aftaler.

For det tilfælde, at KL's modeller indebærer indgåelse af konkurrencebegrænsende aftaler, vil de principielt kunne fritages fra forbuddet mod sådanne aftaler, hvis betingelserne for individuel fritagelse efter

¹³³ KL's plan for at tilpasse kapacitet for affaldsenergi frem mod 2030, s. 7.

¹³⁴ Det bemærkes, at Gorrissen Federspiel har udarbejdet konkurrenceanalyse (maj 2019), hvori det konkluderes, at forbrændingsanlæg ikke opererer i direkte konkurrence. Vi har ikke haft adgang til markedsdata, der gør os i stand til at efterprøve denne konklusion, men vi bemærker, at planen om at reducere forbrænding af affald i Danmark bl.a. har til formål at begrænse importen af forbrændingseget affald i Danmark, hvilket tyder på, at der er en vis konkurrence på tværs af medlemsstaterne.

¹³⁵ KL's plan for at tilpasse kapacitet for affaldsenergi frem mod 2030, s. 5.

¹³⁶ Det fremgår også af KL's plan for at tilpasse kapacitet for affaldsenergi frem mod 2030, s. 4, at i henhold til den "gældende regulering er det kun ejerne selv, der kan lukke anlæg og dermed sikre, at kapaciteten nedjusteres som politisk ønsket."

§ 8 i konkurrenceloven og artikel 101, stk. 3, TEUF er opfyldt.¹³⁷ Idet sådanne aftaler i udgangspunktet må antages at have til formål at begrænse konkurrencen, vil det dog i praksis være ganske vanskeligt at fritage sådanne aftaler. Problemstillingen relaterer sig navnlig til, at aftaler om begrænsning af produktion og markedsopdeling i udgangspunktet udgangspunktet risikerer at føre til højere priser i markedet.

Hvis sådanne aftaler skal kunne fritages, vil det kræve klar dokumentation for, at betingelserne for individuel fritagelse er opfyldt.¹³⁸ Det betyder, at det skal kunne dokumenteres for det første, at aftalerne bidrager til at forbedre produktionen eller fordelingen af varerne eller til at fremme den tekniske eller økonomiske udvikling. Det kan være omkostningsbesparelse¹³⁹ og kvalitative effektivitetsgevinster,¹⁴⁰ herunder kvalitetsforbedringer. I den forbindelse kan miljømæssige forbedringer inddrages i et vist omfang.¹⁴¹ For det andet skal aftalerne sikre, at forbrugerne opnår en rimelig andel af fordelene herved, herunder at eventuelle omkostningsbesparelse medfører lavere priserne for forbrugerne.¹⁴² For det tredje må aftalerne ikke pålægge de pågældende virksomheder begrænsninger, som ikke er nødvendige for at nå disse effektivitetsgevinster.¹⁴³ Endeligt - for det fjerde - må aftalerne ikke give virksomhederne mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer.¹⁴⁴ På grundlag af de foreliggende oplysninger er det ikke muligt at vurdere, om KL's modeller vil kunne opfylde disse betingelser.

For det andet er det vigtigt at sikre, at KL's modeller heller ikke er i strid med *forbuddet mod misbrug af dominerende stilling*. Det falder som anført uden for denne vurdering at foretage en markedsafgrænsning. Det er derfor ikke muligt at vurdere, hvorvidt et eller flere af de danske nyttiggørelsesanlæg indtager en dominerende stilling i markedet. De første to modeller, som KL foreslår, rejser dog i udgangspunktet ikke samme bekymring i forhold til misbrug af dominerende stilling, som det er tilfældet i forhold til indgåelse af konkurrencebegrænsende aftaler. Det bemærkes dog, at et misbrug kan bestå i begrænsning af produktionen. Det kan f.eks. være tilfældet, hvor et offentligt monopol ikke bliver drevet tilstrækkelig

¹³⁷ Retningslinjerne for anvendelse af artikel 101, stk. 3, punkt 46.

¹³⁸ Retningslinjerne for anvendelse af artikel 101, stk. 3, punkt 51.

¹³⁹ Retningslinjerne for anvendelse af artikel 101, stk. 3, punkt 64-68.

¹⁴⁰ Retningslinjerne for anvendelse af artikel 101, stk. 3, punkt 69-72.

¹⁴¹ Kommissionens beslutning af 24. januar 1999 i sag IV/36.718 – CECED, punkt 47-67. Her havde de europæiske producenter af husholdningsapparater og nationale branchesammenslutninger fastlagt en standard for energiforbruget i vaskemaskiner, som de fremstillede eller importerede. Som led i aftalen ville de udfase de mest energitunge vaskemaskiner, hvilket havde til formål at begrænse konkurrencen ved en reduktion i udvalget af produkter. På baggrund af miljøfordele blev aftalen fritaget efter artikel 101, stk. 3.

¹⁴² Retningslinjerne for anvendelse af artikel 101, stk. 3, punkt 83-104.

¹⁴³ Retningslinjerne for anvendelse af artikel 101, stk. 3, punkt 73-82.

¹⁴⁴ Retningslinjerne for anvendelse af artikel 101, stk. 3, punkt 105-116.

effektivt, og det åbenbart ikke er i stand til at dække efterspørgslen på markedet. Det kan ikke på baggrund af de modtagende oplysninger afgøres, om KL's modeller medfører risiko herfor.¹⁴⁵

De tredje model, som KL forslår, er baseret på, at fordelingen af affald sker på baggrund af udbud – og ikke efter aftale. Modellen skaber således heller ikke de samme udfordringer som de to øvrige i forhold til forbuddet mod indgåelse af konkurrencebegrænsende aftaler. Fordeling af affald på baggrund af udbud giver heller anledning til bekymring i forhold til misbrug af dominerende stilling

Sammenfattende er det vores vurdering, at der er en formodning for, at en gennemførelse af KL's to første modeller vil være i strid med konkurrencereglerne. Dette bør dog undersøges nærmere, før der kan tages endelig stilling. Den sidste model (udbudsmodellen) er efter vores vurdering ikke i strid med konkurrencereglerne.

Samlet set, betyder ovenstående, at KL's plan kan indplaceres som følger, i Energistyrelsens vurderingsværktøj:

Kan helt sikkert godkendes	Kan godkendes under visse Forudsætninger	Kan ikke umiddelbart godkendes	Kan ikke godkendes
	X		

4.5.4 *Anbefalinger*

For det tilfælde at man ønsker at gå videre med KL's to første modeller, anbefaler vi følgende:

- *Anmeld aftalerne til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.*

For at sikre, at KL's to første modeller er i overensstemmelse med konkurrencereglerne, bør de aftaler, som KL forslår (enten i form af mellemkommunal koordinering eller formaliserede horisontale samarbejder), anmeldes til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, jf. konkurrencelovens § 8, stk. 2. Styrelsen kan herefter vurdere, om aftalerne kan fritages fra forbuddet mod indgåelse af konkurrencebegrænsende aftaler.

¹⁴⁵ Spørgsmålet er berørt i KL's plan for at tilpasse kapacitet for affaldsenergi frem mod 2030, s. 12, hvoraf fremgår følgende: "I øvrigt bemærkes, at skulle der opstå kapacitetsmangel som følge af nedlagt kapacitet, vil kommunerne være nødt til at eksportere affaldet, og dermed kan der opstå en ny konkurrencesituation."

- *Afklar, om EU-konkurrencereglerne finder anvendelse.*

Hvis EU-konkurrencereglerne ikke finder anvendelse, kan det overvejes, om en aftale om fordeling af affald kan anses som en direkte og nødvendig følge af offentligretlig regulering og derfor undtaget fra konkurrencereglerne, jf. konkurrencelovens § 2, stk. 2. Afgørelsen heraf træffes af ressortministeriet, jf. § 2, stk. 4.

København, den 11. februar 2021



Sune Fugleholm
Partner, Advokat (H)



Rass Holdgaard
Partner, Advokat (H)