

Miljøstyrelsen
Strandgade 29
1401 København K

Att. Funktionsleder Niels Bukholt

Kommuners deltagelse i selskaber der håndterer genanvendeligt erhvervsaffald

Miljøstyrelsen har bedt mig vurdere, om der i lov om kommuners og regioners deltagelse i selskaber er hjemmel til, at en kommune kan deltage i et selskab, der blandt andet varetager sortering af genanvendeligt erhvervsaffald.

Fra Miljøstyrelsen har jeg modtaget et notat af 6. januar 2014 med en vurdering af dette spørgsmål. Det konkluderes i notatet, at regler i miljølovgivningen og i lov om kommuners deltagelse i selskaber er til hinder for, at en kommune deltager i et selskab, der blandt andet varetager sortering af genanvendeligt erhvervsaffald.

Miljøstyrelsen har oplyst, at notatet er et fælles notat, som Erhvervs- og Vækstministeriet, Økonomi- og Indenrigsministeriet og Miljøministeriet har udarbejdet i fællesskab. Alle tre ministerier er derfor enige i notatets konklusion.

Som det nærmere vil fremgå nedenfor, er det også min vurdering, at reglerne i miljølovgivningen udelukker, at kommuner kan varetage opgaven med håndtering af genanvendeligt erhvervsaffald, og at kommunerne derfor heller ikke med hjemmel i lov om kommuners deltagelse i selskaber kan varetage denne opgave.

1. RETSGRUNDLAG

1.1 Lov om kommuners deltagelse i selskaber

Kommunerne kan efter lov nr. 548 af 8. juni 2006 om kommuners udførelse af opgaver for andre offentlige myndigheder og kommuners og regioners deltagelse i selskaber med senere ændringer ("548-loven") under visse betingelser deltage i selskaber. 548-loven trådte i kraft den 1. januar 2007.

Efter lovens § 3, stk. 1, kan kommuner deltage finansielt og ledelsesmæssigt i selskaber, der driver virksomhed med henblik på salg af produkter og tjenesteydelser, som bygger på

kommunal viden, der er oparbejdet i kommunen i forbindelse med løsning af kommunale opgaver. Den kommunale opgave må ikke tidligere have været overladt til private, medmindre særlige omstændigheder taler herfor.

Efter lovens § 4, stk. 1, skal de private deltagere i selskabet besidde mindst 25 pct. af selskabets kapital og stemmerettigheder. Efter lovens § 5, stk. 1, må højst 50 pct. af selskabets omsætning gennemsnitligt over 3 år stamme fra salg til andre end kommuner.

Af lovbemærkningerne til hovedloven fra 2006 (lov nr. 548 af 8. juni 2006) fremgår følgende om betingelserne for kommuners deltagelse i selskaber:

"Det offentlige skal imidlertid ikke kunne agere på markedet i forhold til en hvilken som helst opgave. Det skal alene være i forhold til opgaver, der ikke tidligere har været udliciteret til private virksomheder. Selskaber anses således for at være et alternativ til, at kommuner og regioner varetager opgaven i eget regi. ...

Det foreslås, at kommuner og regioner fremover må deltage i fælles selskaber med private, der bygger på kommunal eller regional viden i det omfang, ydelserne ikke hidtil har været varetaget af private virksomheder. Dermed sikres, at etableringen af fælles selskaber om kommunale og regionale opgaver sker i forhold til opgaver, der tidligere alene har været varetaget af det offentlige. Dette bidrager til at få flere opgaver ud i konkurrence på markedet. ...

formålet med selskaberne er en markedsforberedelse med henblik på at få flere offentlige opgaver ud på markedet." (mine understregninger)

Af Økonomi- og Erhvervsministerens høringsnotat af 23. marts 2006 til Folketingets Erhvervsudvalg, som blev udarbejdet på baggrund af høringen over lovforslaget (L 176, saml. 2005 - 2006, bilag 1) fremgår følgende:

"Hensigten hermed er at sikre, at etableringen af fælles selskaber om kommunale og regionale opgaver sker i forhold til opgaver, der tidligere alene har været varetaget af det offentlige. Dette bidrager til at få flere opgaver ud i konkurrence på markedet. Der er derimod ingen begrundelse i, at lovforslaget skal kunne anvendes til at opgaver, der i en kommune eller region tidligere har været løst af en privat virksomhed, efterfølgende atter skal løses af et fælles selskab med offentlig deltagelse."

(min understregning)

Om den kommunale viden, der ligger til grund for en opgave, som varetages af selskabet, anføres følgende i Karsten Revsbech, "Kommunernes opgaver, Kommunalfuldmagten m.v., 2. udg., side 230:

"... det [er] et generelt krav, at den kommunale viden, der ligger til grund, udspringer af en lovlig kommunal opgave."

1.2 Miljøbeskyttelsesloven

Efter § 45, stk. 1, i lov nr. 879 af 26. juni 2010 om miljøbeskyttelse med senere ændringer ("miljøbeskyttelsesloven") forestår kommunalbestyrelsen håndteringen af affald, medmindre andet er fastsat i loven eller regler udstedt i medfør af loven. Når en kommunal indsamlingsordning er etableret, må indsamling af det affald, som ordningen omfatter, kun finde sted ved kommunalbestyrelsens foranstaltning eller bemyndigelse, jf. § 45, stk. 3.

Ved lov nr. 513 af 12. juni 2009 om ændring af miljøbeskyttelsesloven ("513-loven") blev reglerne på affaldsområdet ændret således, at håndteringen af husholdningsaffald fortsat var en kommunal opgave, mens håndteringen af genanvendeligt erhvervsaffald ikke længere skulle håndteres af kommunerne men derimod varetages af private, jf. § 45, stk. 6.

I de almindelige bemærkninger til 513-loven anføres bl.a. følgende:

"Forslaget indebærer at kommunalbestyrelserne fremover ikke vil have kapacitetsforpligtelse for det genanvendelige erhvervsaffald bortset fra kapacitet til genanvendeligt erhvervsaffald fra genbrugspladser og affald frembragt af kommunens institutioner og virksomheder. Kommunalbestyrelsen må derfor fremover ikke etablere indsamlings- eller anvisningsordninger for genanvendeligt erhvervsaffald. Kommunalbestyrelsen må som en konsekvens af forslaget heller ikke dimensionere kapaciteten på eventuelle kommunale genanvendelsesanlæg efter mængden af genanvendeligt erhvervsaffald eller indgå aftaler om håndtering af genanvendeligt erhvervsaffald med andre anlæg. Denne kapacitetsplanlægning må alene ske i forhold til det genanvendelige husholdningsaffald, genanvendeligt erhvervsaffald frembragt af kommunens institutioner og virksomheder, genanvendeligt erhvervsaffald fra genbrugspladser samt affald til forbrænding og deponering." (min understregning)

Med 513-loven blev der endvidere indsat en bemyndigelse for miljøministeren i § 46 b til at fastsætte nærmere regler om kommuners adgang til fortsat at håndtere genanvendeligt erhvervsaffald på kommunale anlæg, der var sat i drift inden den 26. februar 2009.

Bestemmelsen lyder således:

"Miljøministeren fastsætter regler om, at kommunale anlæg, der er godkendt til behandling af genanvendeligt affald og godkendt og sat i drift inden den 26. februar 2009, fortsat kan behandle genanvendeligt erhvervsaffald.

Stk. 2. Miljøministeren kan fastsætte de nærmere vilkår for driften af de i stk. 1 nævnte anlæg, herunder vilkår om regnskabsmæssig adskillelse."

Om bestemmelsen fremgår følgende af lovbemærkningerne:

"De eksisterende kommunale genanvendelses anlæg kan med forslaget til § 46 b, udbyde ledig behandlingskapacitet til genanvendeligt erhvervsaffald på markedsvilkår, uanset at det med forslaget ikke længere er en kommunal opgave at sikre behandlingskapacitet for genanvendeligt erhvervsaffald." (min understregning)

I et svar til Folketingets Miljø- og Planlægningsudvalg (svar på spørgsmål nr. 14, L 152, bilag 17, saml. 2008-09) tog Miljøministeren stilling til et spørgsmål fra Affald Danmark om kommunernes adgang til at etablere ny kommunal kapacitet for genanvendeligt erhvervsaffald, når 513-loven var trådt i kraft. Af ministerens svar fremgår følgende:

"Et af hovedelementerne i lovforslaget og den bagvedliggende politiske aftale om en ny organisering af affaldssektoren er en liberalisering af det genanvendelige erhvervsaffald. Den oprindelige aftale tog ikke særskilt stilling til, om de kommunale anlæg fortsat skulle kunne behandle genanvendeligt erhvervsaffald, når kommunerne med lovforslaget ikke længere har kapacitetsansvaret for dette affald.

I forbindelse med de politiske forhandlinger om aftalen op til lovforslagets fremsættelse blev det besluttet, at de eksisterende kommunale genanvendelses anlæg fortsat skal have mulighed for at genanvende erhvervsaffald, i det omfang, der på de kommunale anlæg var kapacitet hertil ved lovforslagets fremsættelse. Den nye lovgivning skal således ikke indebære, at kommunerne vil blive afskåret fra at udnytte denne allerede etablerede kapacitet. ...

Udgangspunktet i den politiske aftale er en højere grad af markedsudsættelse af det genanvendelige erhvervsaffald, dog således at det ud fra en værdispildsbetragtning bliver muligt at udnytte eksisterende kapacitet til behandling af genanvendeligt erhvervsaffald på de kommunale anlæg. I overensstemmelse hermed kan der ikke etableres ny kommunal kapacitet til genanvendelse af erhvervsaffald.

Et forslag om offentligt/privat partnerskab for anlæg der genvender erhvervsaffald vil betyde en øget adgang for de kommunale anlæg til at agere på et område, hvor de ikke længere har et ansvar og en dertil knyttet opgave, og vil således ikke være i overensstemmelse med den ramme for de kommunale aktiviteter på dette område, som er fastlagt i den politiske aftale." (mine understregninger)

§ 46 b er udmøntet i affaldsbekendtgørelsens § 24, stk. 3, der lyder således:

"Kommunalbestyrelsen må ikke etablere ordninger for eller tilbyde indsamling af kildesorteret erhvervsaffald til materialenyttiggørelse fra virksomheder ... Kommunalbestyrelsen kan dog fortsat lade kildesorteret erhvervsaffald egnet til materialenyttiggørelse fra kommunens egne institutioner og virksomheder være omfattet af ordninger for affald egnet til materialenyttiggørelse."

Håndteringen af erhvervsaffaldet er endvidere reguleret i affaldsbekendtgørelsens § 84, der lyder således:

"Kommunale behandlingsanlæg må ikke varetage indsamling eller behandling af kildesorteret erhvervsaffald til materialenyttiggørelse, jf. dog stk. 2 og 3.

Stk. 2. Et kommunalt behandlingsanlæg, ejet af en kommunalbestyrelse eller et kommunalt fællesskab, kan behandle kildesorteret erhvervsaffald til materialenyttiggørelse fra kommunens eller kommunernes egne institutioner og virksomheder.

Stk.3. Et kommunalt behandlingsanlæg kan behandle kildesorteret erhvervsaffald til materialenyttiggørelse fra andre virksomheder end de af stk. 2 omfattede, i det omfang det er i overensstemmelse med en af Miljøstyrelsen godkendt anmeldelse, jf. § 99."

2. VURDERING

Kommuners deltagelse i selskaber efter 548-loven kan kun ske med henblik på salg af produkter eller ydelser, der bygger på kommunal viden, som er oparbejdet i kommunen i forbindelse med løsning af kommunale opgaver. Over en 3-årig periode må højst 50 pct. af selskabets omsætning gennemsnitligt stamme fra salg til andre end kommuner.

Formålet med at skabe adgang til kommunal deltagelse i selskaber efter 548-loven er, at offentlige opgaver, som er varetaget af det offentlige, i højere grad kommer ud på markedet. Det følger heraf, at kommunerne ikke med hjemmel i 548-loven kan varetage opgaver, der allerede varetages af private.

Endvidere kan kommunerne ikke med hjemmel i 548-loven deltage i selskaber, som skal løse opgaver, der efter lovgivningen ikke må varetages af kommunerne, men derimod skal varetages af private. I denne situation ville selskabsdeltagelsen nemlig blive en måde for kommunen til at udvide sit lovlige opgaveområde på gennem deltagelse i et selskab. Det er der ikke hjemmel til.

Tilsvarende ville en kommune i "den omvendte situation" ikke kunne udskille opgaver til et selskab omfattet af 548-loven, hvis det i lovgivningen var bestemt, at kommunen skulle varetage denne opgave i eget regi, jf. i samme retning Frederik Gammelgaard, "Kommunal erhvervsvirksomhed" (2004), side 299 - 300.

Med ændringen af miljøbeskyttelsesloven i 2009 blev kommunernes adgang til håndtering af genanvendeligt erhvervsaffald ophævet. Formålet var at markedsudsætte håndteringen af det genanvendelige erhvervsaffald. Kommunerne kunne dog ud fra en værdispildsbetragtning fortsat håndtere erhvervsaffaldet på eksisterende anlæg, som havde overkapacitet. Men ud over tilfælde af eksisterende overkapacitet var det overladt til private at varetage opgaven med håndtering af genanvendeligt erhvervsaffald. Den opgave havde kommunerne ikke længere adgang til at varetage.

Efter affaldsbekendtgørelsens § 84 må kommunale behandlingsanlæg ikke varetage indsamling eller behandling af erhvervsaffald. Et kommunalt behandlingsanlæg er i affaldsbekendtgørelsens § 3, nr. 37, defineret som et anlæg, der behandler affald til materialenytiggørelse, og hvor en eller flere kommunalbestyrelser tilsammen ejer en væsentlig andel af anlægget eller ejer en væsentlig del af kapitalen i det selskab eller lignende, der ejer anlægget.

Der kan rejses det spørgsmål, om der fra bestemmelsen i § 84 skal sluttes modsætningsvis således, at kommuner godt kan deltage i selskaber, der behandler genanvendeligt erhvervsaffald, når blot kommunen ikke ejer en væsentlig andel af selskabet. Efter min vurdering er en sådan fortolkning af § 84 imidlertid vanskelig at forene med forarbejderne til ændringen af miljøbeskyttelsesloven i 2009, hvorefter de kommunale aktiviteter på området for genanvendeligt erhvervsaffald skulle begrænses til de tilfælde, hvor kommunen havde en eksisterende overkapacitet. Jeg finder derfor ikke, at der kan sluttes modsætningsvis fra § 84.

Miljøstyrelsen bør dog overveje at præcisere affaldsbekendtgørelsens regler, så det mere klart fremgår, at kommunernes behandling af genanvendeligt erhvervsaffald er begrænset til de nævnte tilfælde af overkapacitet.

Det er på denne baggrund min opfattelse, at der ikke i 548-loven er hjemmel til, at en kommune uden for undtagelsestilfældene med eksisterende overkapacitet kan deltage i selskaber, som håndterer genanvendeligt erhvervsaffald, herunder varetager sortering af genanvendeligt erhvervsaffald. Kommunen vil hverken kunne deltage i etableringen af et sådant selskab eller i den efterfølgende drift af selskabet.

Med venlig hilsen
Kammeradvokaten


Søren Bugleholm
— Advokat