Mere konkurrence på affalds-forbrændingsområdet

Konkurrencepakken betyder, at al forbrænding af affald skal udsættes for konkurrence og udbydes.

AFFALD

Af partner Katrine Møller Jacobsen og partner Tina Braad, Holst, Advokater

Den 11. april 2011 blev der mellem den tidligere regering (Venstre og Det Konservative Folkeparti) og Dansk Folkeparti, Liberal Alliance og Kristendemokraterne indgået politisk aftale om Konkurrencepakken. Konkurrencepakken indeholder under overskriften "Mere konkurrence om affaldsforbrænding" en række tiltag, der har til formål at sikre mere konkurrence på affaldsforbrændingsområdet.

Konkurrencepakkens regulering om mere konkurrence for affaldsforbrænding må antages at få væsentlig betydning for affaldsforbrændingssektoren. Hvor affaldsforbrændingsområdet i dag er et hvile-i-sig-selv område, følger det af Konkurrencepakken, at al forbrænding af affald skal konkurrenceudsættes og udbydes. For kommunerne medfører dette bl.a., at affaldsforbrændingsanlæg ikke længere kan drives som en del af den kommunale forvaltning, men må udskilles i selvstændige selskaber.

Nedenfor ses en gennemgang af de enkelte hovedelementer fra Konkurrencepakkens forslag på forbrændingsområdet.

Konkurrencepakken rummer en række tiltag, der har til formål at skabe mere konkurrence når det gælder forbrænding af affald. Foto: Polfoto/Rasmus Baaner.

Hovedelementerne i Konkurrencepakken vedrørende affaldsforbrænding

Konkurrencepakkens regulering på affaldsforbrændingsområdet indeholder følgende hovedelementer:

- Hvile-i-sig-selv princippet på affaldsforbrændingsområdet erstattes med en markedsbaseret regulering
- Affaldsforbrændingsanlæg selskabsgøres
- Kommunal anvisningsret for erhvervsaffald til forbrænding ophæves
- Kommunernes indsamlings- og behandlingsforpligtelse i relation til husholdningsaffald fastholdes samtidig med, at der indføres en kommunal udbudspligt for forbrænding af husholdningsaffald;
- Kommunalt ejede eller medejede forbrændingsanlæg, der er "vanskeligt stillede", kan i en overgangsperiode på op til fem år få mulighed for at tiltrække husholdningsaffald fra

"ejerkommunerne" uden udbud ("Mix-scenariet")

Ophævelse af hvile-i-sig-selv princippet

Konkurrencepakken foreskriver, at affaldsforbrændingsanlæg fremadrettet ikke skal hvile-i-sig-selv, men drives på markedsvilkår. Da kommuner ikke inden for kommunalfuldmagtens rammer kan drive virksomhed med et erhvervsøkonomisk formål (profitformål), vil affaldsforbrændingsvirksomhed efter en liberalisering ikke kunne drives som en del af den kommunale forvaltning, men skal udskilles i selvstændige selskaber, jf. nærmere nedenfor.

Liberaliseringen af affaldsforbrændingsanlæggene har bl.a. betydning for mulighederne for finansiering af disse.

Finansieringen af affaldsforbrændingsanlæg - Kommunegaranti

Det er antaget i administrativ praksis, at en kommune iht. kommunalfuldmagtsreglerne lovligt kan yde støtte i form af garantistillelse for forsyningsvirksomhed. Dette forudsætter imidlertid, at der er tale om en virksomhed, som kommunen lovligt kan varetage.

Så længe det gældende hvile-i-sig-selv princip for affaldsforbrændingsanlæg er opretholdt, vil kommunen fortsat juridisk set kunne yde støtte i form af garantistillelse til etablering, udvidelse eller erhvervelse af affaldsforbrændingsanlæg. Hvorvidt kommunale lån eller kommunal garantistillelse mv. får konsekvenser for kommunens låneramme skal vurderes iht. Bekendtgørelsen 1311/2009 om kommuners låntagning og meddelelse af garantier mv. ("Lånebekendtgørelsen"). Ifølge Lånebekendtgørelsens § 2 er investeringer i affaldsforbrændingsanlæg i vidt omfang omfattet af den såkaldte automatiske låneadgang, der indebærer, at kommunale lån eller garantistillelse ikke belaster kommunens låneramme.

Konkurrencepakken indebærer, at affaldsforbrænding skal drives på markedsvilkår, og kommunen kan derfor ikke fremadrettet yde støtte i form af kommunegaranti. Spørgsmålet er derfor, om en lovligt ydet kommunegaranti til et eksisterende affaldsforbrændingsanlæg kan kræves afviklet, såfremt betingelserne for at give kommunegaranti - som følge af liberaliseringen - ikke længere er tilstede.

Det er vores vurdering, at der næppe gennem lovgivning kan gribes ind i allerede lovligt ydede kommunale garantier, idet dette må antages at stride imod grundlovssikrede rettigheder. Da en ophævelse af hvile-i-sig-selv princippet på affaldsforbrændingsområdet eventuelt indebærer, at kommunen iht. kommunalfuldmagtsreglerne formelt set vil være forpligtet til at afvikle kommunegarantien, er det vores vurdering, at det lovgivningsmæssigt må sikres, at kommunegarantierne i eksisterende værker kan fortsættes, indtil det garanterede lån er afskrevet.

KL har tilkendegivet, at der er behov for finansielle overgangsordninger, for at hele sektoren ikke skal gå i stå som følge af, at "kommunerne af gode grunde tøver med at give garanti for nye lån". KL foreslår, at staten regaranterer alle kommunale lån til nyinvesteringer i sektoren, f.eks. de kommende tre år.

I det omfang "hvile-i-sig-selv" princippet kan opretholdes i en overgangsperiode, må det umiddelbart antages, at også kommunegaranti vil være mulig. I den situation, hvor man med sikkerhed ved, at "hvile-i-sig-selv" princippet kun opretholdes f.eks. i en fem-årig periode, må det samtidig vurderes, at nye garantier formentlig kun kan gives for denne kortere periode.

(Fortsættes næste side)

(Fortsat fra forrige side)

Konkurrencepakkens betydning for varmeforsyningslovens prisregulering

Konkurrencepakken forholder sig ikke til, hvorledes afregning af særligt varme fremadrettet skal indgå, og der stilles ikke umiddelbart forslag om ændring af varmeforsyningslovens prisregulering.

Affaldsforbrændingsvarmen afregnes i dag til den laveste af henholdsvis det fastsatte prisloft, den omkostningsbestemte pris og en eventuel substitutionspris (dvs. prisen på varme fra en alternativ leverandør i området). Idet varmen ikke umiddelbart foreslås konkurrenceudsat, vil affaldsvarmeprisen antagelig skulle fastsættes som hidtil.

Hvile-i-sig-selv princippet for affaldsforbrændingsanlæg er i øvrigt lovfæstet i elforsyningslovens § 75, stk. 3, og en ophævelse af princippet vil således forudsætte en ændring af elforsyningsloven.

Udskillelse af affaldsforbrænding i selvstændige selskaber - selskabsgørelse

Konkurrencepakken indebærer som nævnt, at affaldsforbrændingsanlæg skal udskilles fra den kommunale forvaltning i selvstændige selskaber.

Selve udskillelsen af forbrændingsvirksomheden og etableringen i selvstændigt selskab må antages i vidt omfang strukturelt at have lighedstræk med den proces, kommunerne har gennemgået i forbindelse med vandsektorlovens udskillelse af vand- og spildevandsvirksomhed.

Samtidig vil udskillelseskravet dog formentlig kunne give anledning til en række selvstændige og konkrete problemstillinger relateret til affaldsområdet, herunder f.eks. i forhold til det fremtidige samspil med kommunens affaldshåndteringsaktiviteter.

Det må antages, at Konkurrencepakken forudsætter krav om selskabsgørelse af affaldsforbrændingsanlæggene også i den i Konkurrencepakken beskrevne overgangsperiode (Mix-scenariet), jf. nærmere nedenfor.

Ophævelse af kommunal anvisningsret for erhvervsaffald - udbudspligt for husholdningsaffald

Konkurrencepakken foreskriver, at al forbrænding af kommunalt indsamlet affald som absolut udgangspunkt skal udbydes.

Ifølge Konkurrencepakken er den eneste undtagelse til udbudspligten en overgangsperiode, hvorefter "trængte" kommuner i en fem-årig periode kan vælge at forbrænde eget husholdningsaffald på et selskabsudskilt anlæg, som kommunen er ejer eller medejer af (det såkaldte "Mix-scenarie").

For husholdningsaffald (blandet kommunalt indsamlet affald) indebærer Konkurrencepakken således, at kommunernes ret til uden udbud at forbrænde husholdningsaffald på kommunalt ejede anlæg ophæves.

For erhvervsaffald indebærer Konkurrencepakken, at den kommunale anvisningsret for erhvervsaffald til forbrænding ophæves. Dette indebærer, at virksomhederne selv overtager ansvaret for korrekt behandling af det forbrændingsegnede erhvervsaffald og frit kan vælge, hvilket affaldsforbrændingsanlæg, de ønsker at benytte.

Konkurrencepakken giver på dette punkt anledning til en række overvejelser af udbudsretlig karakter. Konkurrencepakken forudsætter således, at den i EU-Domstolens praksis såkaldte "udvidede inhouse regel" fraviges. Den udvidede inhouse regel giver netop mulighed for, at en kommune eller en flerhed af kommuner under visse forudsætninger kan forbrænde eget kommunalt indsamlet blandet affald uden at gennemføre udbud. Konkurrencepakken synes endvidere at udelukke en anvendelse af eneretsbestemmelsen i udbudsdirektivets artikel 18, der giver mulighed for at overlade en udbudspligtig opgave til en ordregivende myndighed uden afholdelse af udbud.

Konkurrencepakken indeholder ikke en mere detaljeret redegørelse for de udbudsretlige overvejelser og forholder sig ikke til spørgsmålet, om Konkurrencepakkens udbudsretlige forudsætninger og konsekvenser er forenelige med EU-Domstolens praksis inden for udbudsretten eller med EU-direktiverne vedrørende udbud. Idet Konkurrencepakken efter sit indhold indebærer en udbudspligt, der går videre end EU-Domstolens praksis og udbudsdirektiverne, vil indholdet – i det omfang det lovligt kan gennemføres – kræve regulering ved lov.

Overgangsperiode - "Mix-scenariet"

Ifølge Konkurrencepakken kan trængte kommuner som nævnt ovenfor i en overgangsperiode på fem år forbrænde eget husholdningsaffald uden udbud.

Reglen er umiddelbart baseret på en antagelse om, at mange af de eksisterende affaldsforbrændingsanlæg vil være afskrevet inden for en femårs periode.

Det er ikke nærmere beskrevet, hvad der ligger i kravet om, at kommunen skal være "trængt" for at gøre brug af overgangsreglen.

Det må dog umiddelbart antages, at overgangsperioden skal sikre de kommuner, der er bundet af ikke-afskrevne lån, og som samtidig ikke kan tiltrække de nødvendige mængder affald til forbrændingsanlægget, mod at lide økonomisk tab som følge af, at kommunen ikke længere kan forbrænde affald på sit eget anlæg.

Mix-scenariet forudsætter ifølge Konkurrencepakken umiddelbart, at al forbrænding af affald, herunder tillige forbrænding af erhvervsaffald, skal ske til hvile-i-sig-selv prisen i overgangsperioden.

Dette betyder, at de anlæg, der kan benytte overgangsreglen, ikke samtidig kan oppebære en fortjeneste på forbrænding af erhvervsaffald.

Fritagelse fra udbud i Mix-scenariet er endvidere betinget af, at absolut hovedparten af det affald, som forbrændingsanlægget forbrænder, kommer fra ejerkommunen eller ejerkommunerne.

Overgangsreglen i Mix-scenariet omfatter endelig kun de kommuner, hvis aftaler om affaldsforbrænding er baseret på helt eller delvist ejerskab af affaldsforbrændingsanlægget.

Kommuner, der i dag samarbejder om affaldsforbrænding gennem såkaldt forpligtende samarbejdsaftaler, men hvor kommunerne ikke har ejerskab eller medejerskab til anlægget, vil således ikke kunne gøre brug af overgangsperioden og dermed heller ikke af Mix-scenariets fritagelse fra udbud.

For så vidt angår de affaldsforbrændingsanlæg, hvor aftaler om forbrænding ikke hviler på ejerskab, men udelukkende på forpligtende samarbejdsformer, vurderer vi således, at der konkret vil blive behov for særlige overgangsregler.

Afsluttende bemærkninger

Ved gennemgangen ovenfor har vi taget udgangspunkt i Konkurrencepakkens forslag om mere konkurrence på affaldsforbrændingsområdet. Konkurrencepakken mangler dog stillingtagen til en lang række konsekvenser af forslagets hovedpræmisser, hvilket formentlig først vil blive behandlet i forbindelse med fremsættelse af lovforslag.

Aftalen om Konkurrencepakken er en politisk aftale og kan derfor ikke betragtes som juridisk bindende. De elementer, der indgår i Konkurrencepakken vedrørende affaldsforbrænding, bliver således først bindende, når og i det omfang elementerne udmøntes i konkret lovgivning.

Det kan således umiddelbart forventes, at den endelige konstellation af ordningen vil få et noget andet indhold end det, der følger af Konkurrencepakken.

Ifølge tidligere miljøminister, Karen Ellemann, vil der tidligst blive fremsat lovforslag om liberalisering af forbrændingssektoren i oktober 2012. Ministeren har henvist til, at gennemførelsen af reformen forudsætter gennemgribende ændringer af bl.a. elforsyningsloven og varmeforsyningsloven.

Ministeren har endvidere tilkendegivet, at der vil blive lagt vægt på at sikre dels en kontrolleret overgang til et nyt reguleringsregime, dels at reguleringen udformes, således at kommuner og forbrændingsanlæg får mulighed for at planlægge overgangen.

Som følge af det netop gennemførte regeringsskifte vil en gennemførelse af Konkurrencepakkens regulering af affaldsforbrændingsområdet forudsætte, at der fortsat er politisk opbakning til Konkurrencepakkens regulering af affaldsforbrændingsområdet.

kmj@holst-law.com
tbr@holst-law.com